



BENEMÉRITA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE PUEBLA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

LICENCIATURA EN DERECHO

Apuntes jurídico-filosóficos para un marco categorial crítico del Derecho desde la filosofía de la liberación de Enrique Dussel

Tesis que para obtener el título de:
ABOGADO, NOTARIO Y ACTUARIO

PRESENTA:
IVÁN ELÍAS OJEDA CUEVAS

DIRECTOR:
DR. SAMUEL TOVAR RUIZ
ASESOR METODOLÓGICO:
DR. SILVANO VICTORIA DE LA ROSA

HEROICA PUEBLA DE ZARAGOZA A DICIEMBRE DE 2016

Dedicatorias y agradecimientos:

A quienes con su sudor nos dan el pan, el techo, el vestido, el arte, la mano en medio de la tormenta y la ciencia. A quienes con su sangre nos han enseñado la dignidad, la esperanza, el honor, la justicia y que el mañana será para todas y todos.

A María Eugenia Cuevas Adame, mi madre, quien me enseñó que vale buscar la raíz de los problemas porque sólo así los solucionamos. A Elías Ojeda Hernández, mi padre, quien me educó en la ética-política a querer a nuestro pueblo y hacer siempre algo por los que menos tienen. A mi hermanos y familia porque, además del cariño, han hecho un gran esfuerzo por entender mis extraños oficios por la patria. A Elizabeth porque su compañía me provoca para hacer más y mejores acciones, ideas, actitudes. A los imprescindibles F. y E.

A los compañeros y compañeras, porque que cada esfuerzo cotidiano que realizan por una patria para todos, merece todo el agradecimiento del mundo. Porque nos falta mucho por hacer. Porque son también mis hermanos. Enumerarlos y señalar su importancia individual y colectiva llevaría libros enteros.

A quienes la distancia territorial, afectiva o política los ha llevado lejos. Porque están presentes en mi corazón para siempre y en mis preocupaciones teórico-prácticas permanentemente.

Agradecimientos particulares a mis profesores: Lilia Silvia Vázquez Calderón, Samuel Tovar Ruiz y Silvano Victoria de la Rosa, por su ejemplo, apoyo y ánimos para salir avante académicamente.

Índice

Contenido

Dedicatoria.....	1
Índice.....	3
Introducción	5
Capítulo § 1. Ciencia y filosofía del Derecho: Análisis material (psicoanálisis, economía política, filosofía, política).....	10
1.1. Nuestro “Marco categorial”	12
1.2. Para qué nos va a servir.....	13
Capítulo § 2. Del cosmos a la vida. La vida comunitaria como materialidad de lo jurídico	15
2.1. Cosmos y mundo. ¿Cómo nos aproximamos a la vida y a lo jurídico?	15
2.2. Vida comunitaria: Proximidad, lejanía y fetichización.....	18
2.3. Voluntad de vivir y protección de la vida.....	22
2.4. Lo normativo: Lo jurídico, lo moral, la costumbre.	28
2.5. La sanción: la violencia jurídica.....	34
2.6. Lo jurídico y lo político	37
Capítulo § 3. De lo normativo a la norma jurídica.	46
3.1. Comunidad Jurídica-política y Momento fundacional.....	46
3.2. Lo institucional (entes jurídicos y políticos).....	48
3.3. Potentia y potestas, nomos e ius	52
3.4. El campo jurídico.....	59
3.5. Sistema jurídico y ley	63
3.6. La norma jurídica.....	75
Capítulo § 4. Estado, Economía y Legislación.....	88
4.1. Lo social, la Sociedad Política y la Sociedad Civil	88
4.2. Asamblea Constituyente y Constitución.....	92
4.3. En torno a la idea de Estado.....	98
4.4. Lo económico y lo jurídico.....	108
4.5. La función legislativa.....	112

Capítulo § 5. Hegemonía y legalidad en la dialéctica social	118
5.1. Legitimidad y soberanía	118
5.2. Dominación y Hegemonía	125
5.3. Legalidad	135
5.4. La clase dominante contra la legalidad	141
5.5. La dialéctica poder ley	146
Capítulo § 6. El Otro y la posibilidad de un derecho de la liberación	153
6.1. La pretensión de justicia	154
6.2. La fetichización de lo jurídico	156
6.3. El Otro y el Derecho	160
Conclusiones	168
Bibliografía	173

Introducción

Esta tesis tenía por objeto original el analizar el proceso de conversión en ley del “voto universal para la elección a rector en la BUAP”, era, creíamos, una historia del derecho en la que esperábamos incorporar una perspectiva crítica. Después de realizadas las investigaciones históricas intentamos encajar las reflexiones en las lecturas clásicas del marxismo, del neopositivismo o de la llamada teoría crítica del derecho: en el primer caso es poco lo que Marx y Engels trataron del derecho en sí, y del proceso legislativo, aunque son abundantes las referencias políticas. En el caso del neopositivismo reparamos en un horizonte teórico “neutral” que impedía entender elementos como la dominación, reacción, mayoriteo y demás sucesos que engloban dicho debate y su resolución; en el caso de la teoría crítica del derecho nos parecía demasiado economicista. Lo más firme que teníamos era la perspectiva dialéctica hegeliana-marxista pero hacía falta mucho más. En aras de buscar panoramas políticos que nos permitieran entender las emociones de los participantes de los hechos, las dudas, los resultados, sus apreciaciones y aspiraciones; hasta la conformación de espacios con dos leyes, dos autoridades, así como el resultado final, nos introdujimos al estudio de otros teóricos del derecho (aunque sus análisis bien podrían pensarse que son políticos), de la filosofía y de la historia. En este navegar encontramos la obra de Dussel a partir del artículo “legalidad y legitimidad” que apareció en el periódico La Jornada. La crítica que propone, rápidamente nos llevó a sus obras las cuales hemos estudiado durante los últimos dos años (periodos que coinciden con los preparativos y elaboración de esta tesis). Inmediatamente (así como Engels se refería a la adhesión a Feuerbach) nos adherimos a la Filosofía de la Liberación que nos introdujo a pensar lo que otros autores despectivamente señalaban como idealismo, fascismo o revisionismo.

Consideramos que la Filosofía de la Liberación (FdL) ha jugado un papel importante en las investigaciones descolonizadoras, reivindicadoras del pensamiento crítico y en el compromiso de la ciencia con la práctica. No está de más señalar que también tiene su novedad en promover una visión del mundo pensada desde América Latina.

Por supuesto que no simpatizamos con dichas teorías pero, del mismo modo que Marx con Hegel, Spinoza, Smith, Ricardo y otros; necesitábamos incorporar los aportes más avanzados de las ciencias de nuestra época para poder avocarnos a nuestro estudio. Dussel es uno de los autores latinoamericanos del pensamiento social crítico que mejor han incorporado los avances del siglo XX al marxismo, que, desprovisto de algunos elementos modernos y fusionado con los aportes revolucionarios¹ de América Latina, ha denominado Filosofía de la Liberación.

La tesis de historia quedó rebasada y se abrió una reflexión sociológica, histórica, política y filosófica del derecho, un montón de apellidos que en algunas corrientes podrían sonar amenazantes pero que nosotros hemos encontrado como parte de la misma reflexión jurídica. Dichas reflexiones nos obligaron a ir explorando un territorio poco teorizado por la Filosofía de la Liberación (FdL): el Derecho. En este sentido tuvimos que ir a las fuentes de la FdL para, de la mano con los representantes clásicos del derecho moderno, generar una propuesta de interpretación crítica (y coadyuvar a una praxis de la liberación en el campo jurídico) que es el cuerpo de esta tesis.

Después de meditarlo mucho (y en esto hay que reconocer la paciencia y disposición de mi asesor el Dr. Samuel Tovar), optamos por centrarme en lo que era el apartado metodológico para generar una tesis más próxima a la filosofía del Derecho. Así se generaron los 6 apartados que conforman una exposición de los apuntes y reflexiones que son producto de lo que investigamos a lo largo de un año y que hemos denominado “Apuntes jurídico-filosóficos para un marco categorial crítico del Derecho desde la filosofía de la liberación de Enrique Dussel”, porque consideramos este inicio como un boceto, una primera aproximación desde algunos de los clásicos (aún nos hace falta ver mucho de las investigaciones actuales y los críticos principales, sin dejar de reconocer que aún es mucha la literatura disponible sobre el tema por lo que nuestra muestra sólo la consideramos representativa para los efectos del trabajo que aquí emprendemos).

¹ Movimientos sociales de América Latina en el siglo XX desde el zapatismo de la revolución mexicana, la teología de la liberación, los nacionalismos revolucionarios, la revolución cubana y nicaragüense, por citar algunos ejemplos destacados.

Adelantándonos un poco, en la parte propositiva del 6 capítulo, seleccionamos para el desarrollo del presente trabajo entre otras categorías la sustantiva jurídica “Derecho”, por razones de que el derecho no es sólo un artificio sino una realidad social históricamente determinada; es decir una realidad social perceptible por los sentidos y por el intelecto humano. En ese sentido nos queda claro que el derecho en tanto forma jurídica de relaciones sociales e históricamente determinadas es un fenómeno que depende de ciertas condiciones como por ejemplo una sociedad altamente diferenciada y un sistema de relaciones sociales en que el proceso de dominación reclama de garantías formales para su cabal eficacia. Entonces de esta manera la sustantividad del derecho no solo queda de manifiesto sino queda evidenciada la necesidad histórica y científica de su demostración. Por otro lado otra categoría que hemos seleccionado es la relativa a la liberación. En efecto la libertad según Kant, Hegel y ulteriormente Marx consiste en la conciencia de la necesidad para ejercer la acción social. Los procesos de liberación parten de ese hecho fundamental consistente en adquirir conciencia de realizar un acto colectivo y organizado capaz de emancipar a quienes en un determinado contexto social como el capitalista o anteriormente el feudal o el esclavista tienen la condición de sujetos oprimidos, alienados, o sujetos a proceso de dominación no naturales sino claramente políticos. En este sentido la liberación por la que aboga Dussel se inscribe en el proceso de la teoría crítica latinoamericana en que se buscan alternativas teóricas y metodológicas para, por una parte, clarificar las circunstancias concretas en que se encuentran los pueblos oprimidos de América Latina; por otra parte en base a análisis objetivos proponer estrategias de liberación, es decir de emancipación en términos humanos.

Pasemos a algunas ideas metodológicas:

En el desarrollo de este texto nos inclinaremos por integrar un marco categorial crítico, que incorpora a la filosofía de la liberación (aunque no en el mismo sentido de Jesús Antonio de la Torre Rangel²), con concepciones marxistas que se alejan del

² Quien tiene una visión aún formalista del fenómeno jurídico y sólo incorpora el planteamiento de liberación y de la otredad de la Filosofía de la Liberación, negando sus aportes categoriales en el plano filosófico y no desarrollando su complemento jurídico, para muestra el siguiente texto sobre la definición del derecho: “De tal manera que el Derecho es una realidad cuya esencia radica en el hombre mismo, como un ser individual y social. *El orden jurídico tiene como punto de arranque los derechos humanos*, entendiendo como tales no sólo la serie

estructuralismo (ya criticado en su apogeo por N. Poulantzas³). Ahora bien, si es cierto que la columna vertebral de esta tesis se encuentra en la Filosofía de la Liberación (la cual, a su vez, actualiza el marxismo más heterodoxo del siglo XX y principios del XXI), no es menos cierto que nuestra disposición es de crítica en general para mantenernos a salvo de dogmatismos⁴. No está de más señalar que es desde esta perspectiva que nos aproximamos a ideas y nociones (directa o indirectamente a través de Dussel) de Heidegger, Levinas, Nietzsche, Schmitt, Hegel, Kant, etc.

En cuanto a otras teorías que incorporamos aquí nos parece de importancia histórica el aporte de la llamada corriente de la “Crítica Jurídica” pero nos apartamos de algunos de sus planteamientos iniciales⁵ y algunos de sus actuales (como la proximidad cierto formalismo en Kelsen). Retomamos sus aportes en metodología de su crítica⁶, aunque no sus originales inclinaciones economicistas, retomamos que el derecho ha sido vinculado como apariencia de la política, lo social, lo económico; también retomamos la

de libertades clásicas que por ellos se ha entendido, sino algo más profundo que va a la esencia misma del hombre, a la constitución de su ser como persona, y diríamos de una vez a su ser ‘el otro’.” (De la Torre Rangel, 2006, p. 34) [el subrayado es del autor]. Sobre todo en esta obra, porque al parecer en obras posteriores ha adoptado una postura un tanto distinta.

³ Por ejemplo cuando dice: “Por tanto la imagen constructivista de la <<base>> y de la <<superestructura>> -de uso puramente descriptivo, que permite visualizar de alguna manera el papel determinante de lo económico- no sólo no puede conllevar a una representación correcta de la articulación de la realidad social y, por consiguiente, de ese papel determinante, sino que a la larga se ha revelado desastrosa en más de un aspecto.” (Poulantzas, 1980, p. 11)

⁴ En este sentido reivindicamos la preocupación de N. Poulantzas: “También lo sabemos ahora: no hay teoría, cualquiera que sea y por liberadora que sea, que baste, en la <<pureza>> de su discurso, para excluir su empleo eventual con fines de poder totalitario por lo calafateadores de la distancia entre teoría y práctica, por los aplicadores de los textos y los reductores de lo real, que pueden invocar siempre esa teoría en su pureza. [...]. Stalin no es <<culpa de Marx>>, como Bonaparte (el primero) no es culpa de Rousseau, ni Franco de Jesús, Hitler de Nietzsche o Mussolini de Sorel, aun cuando sus pensamientos han sido empleados –de cierta manera en su pureza misma- para justificar esos totalitarios” (ídem, p. 20)

⁵ Por ejemplo leemos en Óscar Correas: “La teoría del derecho, en sentido crítico, debe comenzar en el mismo punto en que comienza la crítica de la economía política y de la sociedad capitalista: es decir, debe comenzar con la diferencia entre el valor de uso y el valor de cambio. Esta distinción permite fundar el espacio teórico, “lo social”, frente a lo “natural”.”(Correas, 1993, p. 28), pues consideramos que es un análisis economicista que sustituye a la vida con la “economía”, forzando las categorías de valor de uso y de cambio para explicar fenómenos sociales complejos.

⁶ Dice Correas: “La economía clásica (a la que bien podemos equiparar nuestro derecho clásico) se conformaba con analizar los fenómenos si en la superficie sin advertir que trabajaba con su *forma* de aparecer y no con su esencia misma. En el Derecho, esto es lo que les ocurre a los positivistas de toda laya. [...]. Aquí no se trata ni de uno [esencia] ni de otro [apariencia] nivel, sino que se trata de la *articulación* entre los dos. La conexión de lo jurídico con lo económico se puede intentar con la apariencia o con la esencia de este último. Lo primero es lo que hacen los sociologistas: quieren encontrar la conexión entre economía y derecho, pero sólo uniendo derecho con apariencia económica. Ahora bien, si como muestra perfectamente del Barco, ésta es una cuestión política por cuanto la incapacidad de la economía clásica no es más que producto de su posición de clase, se puede fácilmente ver cómo en el caso del derecho lo es por partida doble.” (Ídem, p. 38)

crítica al fetichismo de la apariencia (desde la teoría pura del derecho y las sucesivas olas formalistas), puesto que “la *forma jurídica* es tomada por la esencia del derecho”⁷; y recuperamos que las normas jurídicas no son, como piensan los sociologistas, “un reflejo de la repetición de fenómenos económicos”⁸.

En última instancia no dejamos de recuperar las reglas eurísticas que en términos del análisis social el marxismo clásico aportara sobre todo en obras paradigmáticas como la *Contribución a la Crítica de la Economía Política* de 1857, en donde Marx claramente muestra que no es lo que los hombres piensan acerca de sí mismo lo que explica su ser social, sino la inversa éste, su práctica concreta es lo que explica por qué esos hombres abrigan determinadas creencias, ideas, representaciones, acerca de sí mismos.

Por último en esta introducción queremos señalar que comenzaremos la tesis (y también lo desarrollaremos en el último capítulo) respecto de la utilidad y opción de transformación (práctico) que se deriva de este enfoque crítico.

⁷ Ídem, p. 41

⁸ Ibídem.

Capítulo § 1.

Ciencia y filosofía del Derecho: Análisis material (psicoanálisis, economía política, filosofía, política)

En cuanto al “canon académico” podemos señalar que nuestra investigación se integra en Ciencia y Filosofía del Derecho, siendo para nosotros científico filosófica. Sabemos del problema que esto puede causar entre los sectores más conservadores de la academia mexicana (que se dice ha sido retratada con una sonrisa congelada durante sus terceras bodas de oro con el positivismo del siglo XIX). Seremos, parafraseando a Aristóteles: Amigos del positivismo, pero más amigos de la verdad.

En primer lugar consideramos que la experiencia jurídica es una experiencia social-normativa-política⁹, en ese sentido nos alejamos también del planteamiento positivista de pureza de la interpretación jurídica.

También sabemos que nuestro análisis diluye en algunos aspectos lo “estrictamente jurídico” en lo normativo¹⁰ y entiende al primero tanto interdependiente como independiente a lo político, distinción que se establece de facto y que categorizada nos ayudará a comprender mejor el fenómeno jurídico, permitir un análisis crítico que vincule a la filosofía con el deber ser de la norma, recupere la labor de justicia no sólo del abogado sino también del “jurisconsulto” y el legislador, además de posibilitar a los oprimidos asumir sus protagonismo en el ámbito jurídico, entender y dotar de prospectiva sus derechos conquistados y existentes en la resistencia o la rebeldía.

⁹ En oposición a la reflexión positivista: “la experiencia jurídica es una experiencia normativa” (Bobbio, 1997, p. 3)

¹⁰ Noción que esbozaremos en esta Tesis, y de la cual podríamos aproximar que se parece a la noción de norma en sentido amplio que propuso E.G. Máynez: “La palabra *norma* suele situarse en dos sentidos: uno amplio y otro estricto: *lato sensu* aplicase a toda la regla de comportamiento, obligatoria o no; *stricto sensu* corresponde a *la que impone deberes o confiere derechos*” (García Máynez, 1982, p. 4), nosotros consideramos que la primera definición no se trata de un aparece, de un ser ahí (por ende no es una norma), sino de un Ser (lo esencial de las normas que se encuentra en lo normativo). En cuanto a la segunda ya corresponde a lo fenomenológico, cuya definición es muy reduccionista en Máynez, pero que podemos adelantar que es tan basta como la moral, los convencionalismos y lo jurídico, con diferencias ópticas que intentaremos delinear (o al menos respecto a lo jurídico). Pareciera que negamos a Máynez más no: intentamos subsumir su erudición jurídica en un marco teórico menos formalista pero con igual pretensión de verdad.

Nuestra perspectiva es crítica porque no podíamos adherirnos a una teoría cuya propuesta es una obediencia ciega a algún tipo de mano invisible¹¹ de lo jurídico, haciéndola pasar como “conclusión científica” que constituye desde el derecho una ideología (neo)liberal más. La ciencia como cualquier acto humano debe ser ética y en nuestra época debe estar contra la guerra, la opresión, el fanatismo, la creciente deshumanización¹² etc., es decir del lado de los excluidos y oprimidos. Se podrá aludir que nuestra posición es “ideológica o moralizante” pero sólo es honesta¹³, a diferencia del positivismo que hablando de neutralidad protege la opresión).

Nuestro alcance es aproximarnos a la totalidad de lo social desde lo jurídico, entender sus implicaciones, interrelaciones así como la forma en que la realidad trasciende el campo jurídico para reflejarse y relacionarse a partir de él. Planteamiento que si bien ha sido enunciado por algunos de los neopositivistas contemporáneos¹⁴ padece algún tipo de formalismo sobre todo al referirse a las normas jurídicas en concreto.

En cuanto a la metodología en concreto, hemos integrado teoría política, sociología del derecho, filosofía y psicoanálisis¹⁵. Esto derivado de que percibimos un agotamiento del neopositivismo (en su intento de rescatar a los positivismos que le preceden e inspiran), sobre todo cuando a la par de cierta pretensión de “pureza” de

¹¹ Que parecen sustentar cuando afirman: “la norma fundamente básica, que resulta indemostrable desde el punto de validez normativa, constituye el fundamento de validez de todo el sistema normativo considerado en su conjunto” (Rojas Amandi, 2008, p. 112)

¹² Recuperamos esta afirmación: “Al adjudicar a la norma una significación jurídica *en sí* dotándola de una naturaleza racional, en oposición a los acontecimientos sociales temporal e históricamente determinados, y al aislar a las normas de la totalidad de la que forma parte, la *teoría pura* del derecho de Kelsen ha desarrollado una lógica deshumanizada de carácter jurídico” (ídem, p. 82)

¹³ Aún de aquellos que en un afán “cientificista” declaran: “El concepto de derecho no incluye determinadas exigencias morales, debido a que éstas no son susceptibles de aprenderse objetivamente como dato científico” (ídem, p. 174), pero tildan el derecho no estatal como “no válido, ilegal, ilegítimo” utilizando como único ejemplo (en una maniobra moralista e ideologizante disfrazada de científicismo) “las reglas de los bandidos”.

¹⁴ Por ejemplo cuando leemos: “Los problemas jurídicos no son problemas de derecho, sino sociales, económicos, políticos, etc. El último fundamento de validez de una norma jurídica constituye la específica estructura de la realidad social. La fuerza de la realidad se impondrá siempre a las proposiciones jurídicas que la contradigan, ya sea al imponer la necesidad de su existencia y contenido o al hacer imposible su aplicación” (ídem, p. 152)

¹⁵ Algo en lo que algunos teóricos actuales ya han incursionado: “la naturaleza de la norma jurídica se debe buscar en el complejo de fenómenos psicosociales e histórico-políticos en que se integra y desarrolla la vida del hombre. Sólo de esta forma se podrá llegar a un conocimiento objetivo de la norma jurídica” (ídem, p. 82), aunque de un modo aún muy formal, poco crítico, más bien en un intento de justificar el positivismo y no de superar sus carencias *ad ovo*.

interpretación también tiene momentos críticos se le contraponen momentos de lucidez: “la razón de ser de la sanción habrá que encontrarla en la realidad social”¹⁶. No pasamos de largo sus aportes, ni los hacemos menos, sólo los rescatamos críticamente para integrarlos en una propuesta que abona a la praxis de la liberación.

1.1. Nuestro “Marco categorial”

En el desarrollo de esta tesis intentaremos conformar aproximaciones sobre lo jurídico trataremos de abonar a la conformación de categorías, mientras que la mayoría y los conceptos¹⁷ más acabados se tomarán desde los autores que hemos leído (en una construcción que procurará incorporar los aportes en general). Nos avocaremos a entender-explicar fenómenos jurídico-políticos a través de categorías que tratamos de integrar de un modo orgánico¹⁸ para aportar en la rama del Derecho. Por ello, pasaremos a exponer el sistema de categorías, desarrollarlo a partir de la investigación y la crítica¹⁹, para luego sintetizar nuestra tesis (en el apartado de conclusiones), es decir que haremos un tránsito de lo simple a lo complejo²⁰ para poder generar una síntesis (es decir regresar a algo simple pero cualitativamente superior).

¹⁶ ídem, p. 121

¹⁷ En cuanto a la diferencia de concepto y categoría: “El “concepto” se refiere a la “esencia” (*Wesen*) abstracta, por ejemplo del capital. Por su parte, el “desarrollo” (*Entwicklung*) del *concepto* de capital se efectúa por el “análisis” de las *determinaciones* (*Bestimmungen*), y por la “constitución” de las *categorías*. Es un *proceso* que establece una relación con la *realidad* misma que, por otra parte, es igualmente un proceso histórico-concreto. Engels escribió con claridad que —el concepto (*Begriff*) de una cosa (*Sache*) y su realidad (*Wirklichkeit*) discurren simultáneamente como una línea asíntota: siempre se aproximan pero nunca coinciden|| Se trata de un “proceso infinito esencial” -dice en la misma carta- de no coincidencia del concepto con la realidad, y del concepto con su fenómeno, con su apariencia (*Erscheinung*).” (Dussel, 2006b, p. 1), interpretación sobre la que desarrollaremos nuestro marco categorial.

¹⁸ “La sucesión y conexión racional de todas las categorías organizadas sin saltos en un sistema, constituye un momento esencial de lo que Marx entiende por ‘ciencia’ [...]”. (Ídem, p. 3)

¹⁹ “Los conceptos se desarrollan, se elaboran a través de categorías. Por ello la tarea consiste en efectuar una ‘crítica general de todo el *sistema de la categorías* (*Kategorien*) económicas (MEGA, II, 3, 1385, 21). [...] Las categorías son las —diferentes formas (*Formen*)|| (MEGA, II, 3, 1499, 9-10) o —configuraciones (*Gestaltungen*)|| (ibid., 12-14) a través de las cuales, analíticamente, el concepto es desarrollado genética, dialéctica, racionalmente.”. (Íbidem)

²⁰ Nos dice Dussel: “No es lo mismo un plano de profundidad que un grado de abstracción de las categorías. El primero se sitúa en una relación de “fundamentalidad”; el segundo en una relación de “complejidad”. La “esencia” es la identidad y el fundamento (*Grund*); el “fenómeno” es la di-ferencia (*Unterscheidung*) y lo fundado. Lo más abstracto es más general, universal, simple; lo más concreto es más particular, complejo. [...] De esta manera, el “marco categorial” se estructura desde lo más simple a lo más complejo, asciende “de lo abstracto a lo concreto.” (Ídem. P. 6)

Siguiendo a Hegel, en el primer capítulo iniciaremos entendiendo la totalidad (el dónde y el cómo de lo jurídico) en la que se situará nuestra *Idea de lo jurídico*²¹, es decir que hablaremos de cosmos, mundo y totalidad.

Creemos que la sobreabundancia de referencias de Hegel, Dussel y otros autores en la primera parte de este marco categorial podría chocar con las reflexiones elaboradas por algunos pseudomarxistas²². Lo que podría dar la falsa impresión de que nos inclinamos hacia el pensamiento moderno de Hegel o Heidegger. Creemos que Dussel resuelve bien la aparente dicotomía “idealismo-materialismo”²³ que fijaron los soviéticos y construye un giro decolonial.

1.2. Para qué nos va a servir.

Nuestra intención a partir de esta tesis: apuntar a un giro descolonizador (tarea aún inmensa para estos apuntes), es decir una deconstrucción de lo aquí planteado para poder entonces conformar un Derecho descolonizador, como reivindicación de lo otro negado; como también el conformar una aparato crítico que permita a un estudiante de leyes tener otra perspectiva de la disciplina, una perspectiva que, siendo también ética y política, le ayude a defender el oficio en una época de oscuridad.

Esta tesis es consciente de que sigue con la cabeza en Europa (comprendiendo la modernidad y la filosofía del “centro”) y los pies en América Latina, es sin duda el primer esfuerzo a deconstruir en un largo periodo de actividad académica puesto que consideramos que como academia mexicana seguimos pensando como colonizados:

“No sabemos de motín que no sea explicable por el mecanismo de la Revolución Francesa, ni entendemos constitución que no se parezca a la Constitución yanqui”.²⁴

²¹ Asumiendo la perspectiva que propone Hegel: “La *ciencia filosófica del Derecho* tiene por objeto la *Idea del Derecho*, o sea el concepto del Derecho y su realización.”(Hegel, 1980, p. 37) y señalando que no entendemos lo jurídico y el Derecho como sinónimos.

²² Sobre todo soviéticos, dogmáticos o algunos estructuralistas de manual.

²³ Dussel, 2011, p. 55

²⁴ (Martín Luis Guzmán citado en Rojas Amandi, 2008, p. 155)

En países donde la modernidad es un fenómeno de opresión general, el pensamiento racional y positivista deviene legitimación activa de la opresión, es decir elemento de la hegemonía que la mantiene y realiza. Consideramos que es un yugo del que hay que sacudirse²⁵. Nuestra tesis es una primer crítica (todavía dentro) que pretende sugerir otras vías de pensamiento.

Por último queremos señalar que nuestro marco categorial no sólo es una investigación teórica sino el preámbulo de una acción crítica libertadora, aunque sus características no puedan ser aún esbozadas aquí. Nuestra recopilación histórica es un contar la visión de los oprimidos²⁶. Nuestras conclusiones un reto a deconstruir en futuras investigaciones.

Comenzamos con una referencia nostálgica en el crecimiento teórico de un egresado de derecho que después de varios años sintetiza sus escasos conocimientos teóricos:

“Precisamente aquí está la diferencia entre mi juventud y mi vejez de jurista. El joven tenía fe en la ciencia; el viejo la perdió: El joven creía saber; el viejo sabe que no sabe. Y cuando al saber se junta el saber que no se sabe entonces la ciencia se convierte en poesía. El joven se contentaba con el concepto científico del derecho; el viejo siente que en este concepto se pierde su impulso y su drama, y, por lo tanto, su verdad. El joven quería los contornos cortantes de la definición; el viejo prefiere los matices del parangón. El joven no creía sino en lo que veía; el viejo no cree más que en lo que no se puede ver.” (Carnelutti, 1948, pp. 23–24)

De estudiante pensaba que estaba a la izquierda, en mi salida de esta etapa sé que hay que estudiar mucho para poder hacer algo real por los demás, sé que falta mucho por aprender, que hay que ser mucho más humilde, concreto y claro para saltar el egoísmo y situarse efectivamente junto al otro.

²⁵ Tal como lo propone de paso Rojas Amandi (Ídem, pp. 155-156): “la influencia racionalista ha hecho creer que a la doctrina jurídica le basta con promulgar leyes que establezcan las reglas de acción propias de la naturaleza humana de valor universal para que la realidad social se transforme automáticamente y todos los individuos alcancen en ella felicidad eterna. Es decir, deposita una confianza ciega en la acción normalizadora de la normatividad jurídica”. (Ídem, p. 156)

²⁶ En la idea que plantea W. Benjamin como investigación de la historia negada de los oprimidos.

Capítulo § 2.

Del cosmos a la vida. La vida comunitaria como materialidad de lo jurídico

2.1. Cosmos y mundo. ¿Cómo nos aproximamos a la vida y a lo jurídico?

Al construir su *Filosofía de la Liberación* (2011), Dussel define categorías que nos permiten articular lo que en Hegel (y otros autores como Nietzsche, Heidegger, Levinas o Spinoza) se pudiera concebir como “idealista” con el método dialéctico y la perspectiva económico-política del marxismo. Como primera categoría, que nos permite subsumir los aportes de los llamados “idealistas” y los materialistas ingenuos, encontramos la categoría de *cosmos* que Dussel define de la siguiente manera:

“Designaremos con la palabra de origen griego “cosmos”, a la totalidad de las cosas reales, conocidas o no por el ser humano. La totalidad de los astros, la vida, lo real en cuanto es algo constituido de suyo, desde su propia esencia.”²⁷

Esta definición de “totalidad de las cosas reales” nos permite separar la subjetividad (la idea, o el concepto) de las cosas reales, las que se constituyen “desde su propia esencia”²⁸. Pero también nos urge a determinar la idea de totalidad. Consideramos que esta noción nos evita caer en la distinción de sujeto y objeto, como primera categoría o noción, perspectiva que es iniciada por los griegos.

Entrando al tema de totalidad, la podemos ubicar como la categoría de categorías ontológicas²⁹. Resulta importante explicar la naturaleza de esta categoría, ubicarla dentro de nuestro marco para poder aproximarnos a aspectos concretos de mayor complejidad:

²⁷ Dussel, 2011, p. 54

²⁸ Y abunda el Dr. Dussel: “Universo va a significar el modo como yo llamo al cosmos incluido en el mundo y ahí sí puede haber una historia del universo, los griegos lo concibieron de una manera, los medievales de otro, el moderno de otro; pero una cosa es lo real como real, otra cosa mi experiencia de lo real y otra cosa es eso real cósmico incorporado a mi mundo en una cierta concepción del universo, tres cosas distintas”. (Dussel, 2015, min. 30:25)

²⁹ Ídem, 2015

“La totalidad es aquello donde algo, que yo conozco, investigo, intuyo, se encuentra, es el en donde se encuentra”.³⁰

Para Dussel la totalidad, es además, el fundamento de todo sentido³¹ y es aquello que se estudia en lo ontológico, siendo su opuesto-complementario lo óntico, lo que se refiere a los entes (que son al mismo tiempo la parte del todo y se compone de partes, constituyendo a su vez totalidades)³². Es de lo que se ocupa la “razón dialéctica”³³. En cuanto a otras categorías filosóficas que usualmente se asocian: Dussel ubica a la *metafísica* (las cursivas implican a que nos situamos enteramente en su interpretación) como lo trascendental a la totalidad equiparándolo a lo Ético³⁴. Lo cual nos hace entender que la aproximación que hace Dussel (como la mayoría de los marxistas) es una filosofía de la praxis.

El desarrollo de Dussel incorpora, sin duda alguna, varias de las nociones de Hegel, quien ya entiende la totalidad vinculada al proceso histórico³⁵ y las relaciones con otros campos (que definiremos más adelante), para señalar que lo aquí denominaremos sistema jurídico estatal que junto con el sistema político estatal conforma la totalidad de *lo estatal*³⁶. No vayamos más adelante de este comentario. Sigamos con nuestra exposición.

³⁰ Ídem, 2015

³¹ “La totalidad es aquello en lo que ya siempre nos encontramos y encontramos a cualquier objeto de investigación y conocimiento o aún del querer como deseo, etc. Es una categoría que no es un objeto. En el gran diálogo entre Popper, gran epistemólogo, y Adorno, de la escuela de Frankfurt, discutieron, y claro Popper se encontraba al nivel de los entes y de los objetos de la ciencia, pero Adorno se encontraba dentro de un pensamiento dialéctico. Entonces, por ejemplo, Popper puede decir “la totalidad no tiene contenido, no tiene sentido”, entonces uno dice ¡bah!, “no tiene sentido”, uno puede pensar: entonces “no lo trato”, no, no tiene sentido porque es el fundamento de todo sentido y no puede tener sentido el fundamento. [...] porque es lo supuesto en toda investigación pero al mismo tiempo en la vida cotidiana, yo estoy siempre dentro de totalidades”. (Ídem, min 9:25-10:19)

³² Ídem.

³³ Dussel, 2011, p. 53

³⁴ Dussel, 2015

³⁵ “Montesquieu ha expresado el verdadero criterio histórico, el legítimo punto de vista filosófico, de considerar la legislación en general y sus determinaciones particulares, no aislada ni abstractamente, sino, por el contrario, como momentos que dependen de una *totalidad*, en conexión con todas las demás determinaciones que constituyen el carácter de una nación y de un período; conexión en la que aquéllas adquieren su genuino significado, así como tal medio, su justificación” (Hegel, 1980, p. 40)

³⁶ “Así, pues, este tratado, en cuanto contiene la ciencia del Estado, no debe ser otra cosa, sino la tentativa de *comprender y presentar al Estado como algo racional en sí*” (Ídem, 1980), Si bien Hegel se remite exclusivamente al estado, no es menos cierto que la comprensión y su racionalización van más allá de lo que los positivistas han señalado como la auto fundamentación del derecho. En esta tesis, como lo fundamentaremos más adelante, ubicaremos al sistema jurídico estatal como interdependiente del político.

El mundo es la primer totalidad³⁷ desde la que se constituye el sentido de las cosas (de los entes) y de lo ontológico. Éste se va desplegando, desde que el sujeto se encuentra en el vientre y es partir de la proximidad³⁸ en su interacción con la lejanía³⁹ que conforma el sentido del cosmos que es el mundo. Cuando más arriba ejemplificábamos el sentido de universo nos aproximábamos a la noción de que “sin ser humano no hay mundo sino cosmos”⁴⁰. Aparentemente la noción mundo (originaria de Heidegger pero recuperada por Dussel) y proximidad (a su vez retomada de Levinas por Dussel), podría hacernos pensar que nos encontramos en una interpretación filosófica subjetivista o solipsista; sin embargo, nos permite situarnos más allá del positivismo⁴¹, o de ideas naturalistas⁴², abriéndonos a una interpretación de corte crítico, en varios sentidos, sobre todo desde la periferia. Es una noción que no niega la realidad del cosmos pero establece que el sentido además de variar puede tener consecuencias reales también. Más adelante se verá el alcance de esta valoración, ahora nos limitaremos a explicar que el pensamiento situado, ya tiene un fundamento al utilizar la categoría mundo, Dussel nos explica:

“El mundo, en cambio, como espacialidad o totalidad de entes en una proximidad o lejanía (desde el otro en la proximidad primera), privilegia el “pasado” temporal como el “lugar” donde nació. El donde-nació es la predeterminación de toda otra determinación. [...].

³⁷ En su Filosofía de la Liberación, Dussel retoma a G. Lukács para definir que “todo mundo es una totalidad” (Dussel, 2011). También nos explica que “Mundo es entonces una totalidad instrumental, de sentido. No es una pura suma exterior de entes, sino que es la totalidad de los entes con sentido” (Dussel, 2011, p. 53). Es en sus seminarios cuando nos aclara que “El mundo es la totalidad primera” (Dussel, 2015, min 27 :10)

³⁸ “El ser humano no nace en la naturaleza. No nace desde los elementos hostiles, ni de los astros o vegetales. Nace desde el útero materno y es recibido en los brazos de la cultura.[...] La proximidad primera, la inmediatez anterior a toda inmediatez, es el mamar. [...] Es la inmediatez anterior a toda lejanía, a toda cultura, a todo trabajo (4.3); es la proximidad anterior a la económica (4.4); es ya la erótica (3.2) y la pedagógica (3.3).” (Dussel, 2011, p. 46-47)

³⁹ (Ídem, p. 53). Sobre la lejanía podríamos abundar más: “La proximidad, el cara-a-cara de la persona con la persona, deja siempre lugar a la lejanía. El niño es dejado en su cuna; el amado debe partir a su trabajo; el maestro y el discípulo deben apartarse para preparar en la vida su discurso futuro[...]. La persona se acerca, al dejar la proximidad, a los entes, a las cosas, a los objetos [lo proxémico].” (Ídem, p. 51-52)

⁴⁰ Ídem, p. 54

⁴¹ En ideas como ésta: “El *Homo Sapiens*, criatura biológica que vive en el mundo físico, se transforma en persona sólo cuando el sistema jurídico lo califica como apto para ser titular de los derechos y obligaciones que se encuentran previstos en tal sistema.” (Rojas Amandi, 2008, p. 115).

⁴² Por ejemplo cuando leemos: “Puede haber tres formas de conducta: a) aquellas que se adquieren con el nacimiento, b) las que se adquieren mediante la costumbre o el aprendizaje, y c) las conscientes o comprendidas” (Ídem, p. 80).

Decir mundo es enunciar un proyecto temporalmente futuro; es igualmente afirmar un pasado dentro de una espacialidad que por ser humana significa ser centro del mundo, pero dicho mundo puede que sea periférico de otros mundos.”⁴³

Avanzando en los alcances de la noción mundo, nos parece importante detenernos en las nociones de comprensión e interpretación. Respecto a la primera, Dussel la define como: “es el acto por el que la persona no prende algo como todo (-presión o simple aprensión), sino que com-prende o prende algo con otros momentos hasta abarcar y constituir el todo del mundo”⁴⁴. En cuanto a la segunda, la define como: “La interpretación, en cambio, constituye el sentido”⁴⁵. Esto será importante en nuestro estudio puesto que nosotros recuperaremos la comprensión, muy basta, del positivismo, sin su interpretación. Situando una comprensión en el sentido crítico que es uno de nuestros objetivos en esta tesis.

2.2. Vida comunitaria: Proximidad, lejanía y fetichización

El hombre recibe esa [su] identidad del Otro;
jamás podría conferírsela a sí mismo,
ser su propio padre. **N. A. Braunstein**⁴⁶

El ser humano nace en la cultura porque su primera relación no es con objetos sino con el cosmos mediado-nombrado por otro sujeto⁴⁷, de este modo queda sellado su origen, trazado su destino social y el modo de sus acciones. A menos que queramos aludir al falso ejemplo de un Robinson Crusoe que establecería toda una cultura y tecnología “a su libre arbitrio”. Dussel nos lo explica:

⁴³ Idem, p. 56

⁴⁴ Idem, p. 60

⁴⁵ Ídem, 2011

⁴⁶ Freud et al., 1983, p. 205

⁴⁷ “El nacimiento se produce siempre dentro de una totalidad simbólica que amamanta igualmente al recién llegado en los signos culturales y lingüísticos de su historia” (Dussel, 2011, p. 47).

“Anterior al mundo está el pueblo; anterior al ser está la realidad del otro; anterior a toda anterioridad está la responsabilidad por el débil, por el que todavía no es.”⁴⁸

Es de este modo que la cultura presupone una protección del otro, en modo de responsabilidad por la vida del otro. Concepción que nos aclara que la interpretación de vida que desarrollamos no es la del individuo, ni en su génesis es individual, ni es posible encontrarla, salvo como accidente, en la historia de la humanidad (del mismo modo que ocurre con el “Estado de Guerra” que veremos más adelante).

La vida es, además, lo que subyace a lo económico (y en esto nos vamos a detener un poco), como lo aclara Engels:

“Según la teoría materialista, el factor decisivo en la historia es, en última instancia, la producción y la reproducción de la vida inmediata.”⁴⁹

Y que más tarde en la carta a Bloch señalaría que la interpretación economicista es excesiva:

“...Según la concepción materialista de la historia, el factor que *en última instancia* determina la historia es la producción y la reproducción de la vida real. Ni Marx ni yo hemos afirmado nunca más que esto. Si alguien lo tergiversa diciendo que el factor económico es el *único* determinante, convertirá aquella tesis en una frase vacua, abstracta, absurda. [...]

El que los discípulos hagan a veces más hincapié del debido en el aspecto económico, es cosa de la que, en parte, tenemos la culpa Marx y yo mismo. Frente a los adversarios, teníamos que subrayar este principio cardinal que se negaba, y no siempre disponíamos de tiempo, espacio y ocasión para dar la debida importancia a los demás factores que intervienen en el juego de las acciones y reacciones.”⁵⁰

Debido a que Marx no concluyó su plan sobre El Capital (en el cual concebía un tomo entero al tema del Estado y el Derecho), es que debemos interpretar a partir de fragmentos. Por ello mismo la aportación de otros marxistas y del Dr. Dussel es tan importante, por ejemplo, para establecer un punto de partida a partir del cual podamos

⁴⁸ Ídem, p. 47

⁴⁹ Engels, 2006

⁵⁰ Engels, 1890

desarrollar una concepción más integral para lo jurídico. Sigamos adelante con nuestra investigación.

En el mundo hay otros⁵¹ La relación con otros es indispensable para la vida, en este sentido “Las mediaciones no son otra cosa que aquello que empuñamos para alcanzar el objetivo final de la acción”⁵². Es en este sentido que entendemos proximidad como: la cercanía originaria y el acercarse continuo de las personas desde la que se va integrando las relaciones sociales en el sujeto (y de los sujetos a la comunidad).

Pero la lejanía no es lo único que puede explicar las variantes sociales o individuales, el entendimiento de las cosas, es entonces que necesitamos del concepto de lejanía:

“La *Lejanía* de la proximidad en el mundo es siempre *cercanía* con las cosas, las mediaciones, los objetos. [...]. Los entes pueden aparecer como meras mediaciones o posibilidades cotidianas para un proyecto (2.3), y forman parte del mundo (2.2); o los entes son meros entes naturales o materia de trabajo, signos o significantes, artefactos o mercancías”.⁵³

Lejanía que se establece en el sujeto primariamente como separación de la madre, como soledad, como alejamiento de los amantes, separación del núcleo de trabajo o de la comunidad para cazar, labrar el campo.

De este modo podemos señalar, con Dussel, que la proximidad es el fundamento y esencia de la praxis. Por otra parte La lejanía da posibilidad a la *poíesis* es decir al trabajo que cumple el ser humano en la naturaleza⁵⁴. Siendo ambos momentos importantes para el desarrollo de lo jurídico, como oposición dialéctica imprescindible.

⁵¹ “La totalidad del mundo, como horizonte dentro del cual vivimos, el sistema, se compone, pone uno junto a los otros, a los entes, los objetos, las cosas que nos rodean.” (Dussel, 2011, p. 62)

⁵² Ídem, p. 62

⁵³ Ídem, p. 63

⁵⁴ Ídem, p. 64.

Tanto lejanía como proximidad son susceptibles de fetichización⁵⁵. Porque la libertad humana, libre e histórica⁵⁶ (es decir no puede determinar absolutamente las mediaciones desde una indeterminación absoluta⁵⁷), pudiendo contener entre sus deseos el cosificar la proximidad, es decir convertirla en una mediación para su ser, y/o convirtiendo las mediaciones de procuración de la vida contra la propia o la de la comunidad. Es una totalización autorreferente del sujeto en el que la proximidad intenta ser negada o convertida en una mediación o en el que las mediaciones sirven para servir al sujeto (individuo o clase) destruyendo la proximidad y la vida. La posibilidad de la corrupción de la proximidad y la lejanía es una posibilidad de la libertad humana, de sus deseos vueltos contra sí. Es una corrupción originaria, tan ancestral que pudiera darnos la idea de una maldad original; sin que sea lo “natural” o dominante (puesto que de haberlo sido la extinción habría sido lo obvio), si tampoco su contrario, es decir el supuesto de bondad originaria. Ambas nociones omiten considerar que es al fin y al cabo una construcción social en tanto comunidad o particular del individuo, la que determina en última instancia la inclinación, forma o tiempo de la corrupción.

Lo que consideramos cierto es que pese a haber cierta tendencia egoísta del recién nacido, este nace y crece en una cultura forzosamente comunitaria, derivando así la conclusión psicoanalítica de que “los límites del yo no son fijos.”⁵⁸

En este sentido la proximidad es un proceso complejísimo, vivo, continuo, cotidiano; que reacciona cuando se ve amenazada⁵⁹, tanto por el individualismo como

⁵⁵ Y en este sentido retomamos la fetichización y enajenación desde Marx: “Hemos considerado el acto de la enajenación de la actividad humana práctica, del trabajo, en dos aspectos: 1) la relación del trabajador con el producto del trabajo como con un objeto ajeno y que lo domina. Esta relación es, al mismo tiempo, la relación con el mundo exterior sensible, con los objetos naturales, como con un mundo extraño para él y que se le enfrenta con hostilidad; 2) la relación del trabajo con el acto de la producción dentro del trabajo. Esta relación es la relación del trabajador con su propia actividad, como con una actividad extraña, que no le pertenece, la acción como pasión, la fuerza como impotencia, la generación como castración, la propia energía física y espiritual del trabajador, su vida personal (pues qué es la vida sino actividad) como una actividad que no le pertenece, independiente de él, dirigida contra él. La enajenación respecto de sí mismo como, en el primer caso, la enajenación respecto de la cosa.” (Marx, 1844). Aunque también tomaremos en cuenta lo aportes que al respecto hace Dussel.

⁵⁶ “El ser humano es libre y al mismo tiempo históricamente determinado; es decir, la condición no es absoluta: es relativa, es parcial.” (Dussel, 2011, 75)

⁵⁷ Ídem, p. 75

⁵⁸ Freud et al, 1983, p. 25

⁵⁹ “El ser humano no es un ser manso, amable, a lo sumo capaz de defenderse si lo atacan, sino que es lícito atribuir a su dotación pulsional una buena cuota de agresividad” (Ídem, p. 76)

por otros grupos sociales. La comunidad despliega su proximidad de múltiples formas, muchas de las cuales se han instituido para sostener la vida humana o defenderla. El individuo mismo no permite ser sólo instrumento del deseo de otro u otros, no permite que se le arranque su vida. No es sólo pulsional, es sentido común que se deriva de la proximidad.

Serán estos elementos los que darán pie a la diferencia específica entre lo jurídico y el derecho (o las nociones de derecho subjetivo y objetivo)

La proximidad, nos sitúa en el conjunto de relaciones originarias de la cultura entre las que encontramos lo jurídico como reacción para la protección de ésta y de la vida de la comunidad. Ahora necesitamos entender la idea de vida y las derivaciones jurídico políticas de esta.

2.3. Voluntad de vivir y protección de la vida

Pudiera considerarse obvio que la vida subyace en la proximidad y la lejanía y que sólo sosteniéndola, económicamente, es que se ha dado el desarrollo de la vida comunitaria. Consideramos que no ha sido tan obvio en algunas de las teorías que analizamos críticamente (como las formalistas). Por lo que abordaremos el tema desde la teoría en la que trabajamos este marco categorial.

Consideramos, con Dussel, que “No hay necesidades primarias o biológicas, por un lado, y secundarias o culturales, por el otro, porque las necesidades humanas son siempre biológico-culturales”⁶⁰. No es posible la “intercambiabilidad”, fundamento de la economía, sin vida comunitaria puesto que siempre hemos sido gregarios. En este sentido la vida

⁶⁰ Dussel, 2011, p. 201

es materialidad⁶¹ y fundamento de la humanidad y por ende a lo jurídico⁶² y lo político (como los otros campos en los que desenvuelve la humanidad).

Es por ésta que en el sujeto existe la voluntad de vivir⁶³ la cual constituye el fundamento de lo político⁶⁴, y que puede aparecer “defectivamente como *Voluntad de Poder*”⁶⁵. En este punto podemos apoyarnos en la aproximación que desarrolla Dussel siguiendo a los voluntaristas modernos:

“La voluntad es la *potentia* primera que instituye y abre el ámbito de todo lo querido desde un por-sí-mismo como el que maneja y controla lo que pone y cuanto quiere ponerlo desde su soberanía, su *ser-señor*, su Poder-poner. La diferencia estribaría entre dos maneras de <<Poder-poner>>: como mediación de la permanencia y aumento de la Vida (el <<primer>> Schopenhauer), o como <<Poder-poner>> sobre la voluntad del otro (como <<ser-señor>> o dominación).”⁶⁶

Sobre este punto queremos enfocar en lo siguiente: precisamente la aparición defectiva como voluntad de poder⁶⁷ (sedienta de satisfacer cualquier deseo, como proximidad fetichizada) es la que se limita para proteger la vida, por ello la protección y el límite son fundamento de lo jurídico (más aún: de lo normativo⁶⁸) y no puede ser el

⁶¹ No sólo en el sentido de dado sino también según la interpretación que de materia hace Dussel: “la materialidad de la cosa-sentido, su ser posibilidad o mediación de servicio, es exactamente lo que llamamos [...] el estatuto cultural o económico del cosmos” (Ídem, p. 166)

⁶² Ya lo abordaremos más adelante pero mientras podemos aproximarnos por esta afirmación de Bobbio: “¿Cuántas son las normas que integran el ordenamiento jurídico italiano? Nadie lo sabe. Los juristas se lamentan de que son muchas; sin embargo, se crean nuevas normas y no puede ser de otra forma, si se quiere satisfacer todas las necesidades de la siempre cambiante e intrincada vida social” (Bobbio, 1997, p. 152)

⁶³ Y con esto reivindicamos el vitalismo que Dussel plantea desde Filosofía de la Liberación (Dussel, 2011) y que consideramos es el horizonte materialista que supera el economicismo del marxismo “estándar”.

⁶⁴ Dussel, 2009, p. 47

⁶⁵ Ídem, p. 48

⁶⁶ Ídem, p. 51

⁶⁷ Por ejemplo en el planteamiento siguiente: “EL PODER.- Toda sociedad organizada ha menester de una voluntad que la dirija. Esta voluntad constituye el poder del grupo. [...] Tal poder es unas veces de tipo *coactivo*; otras, carece de este carácter.” (García Maynez, 1982, p. 13), el desprendimiento de voluntad y comunidad, así como la vinculación directa con la coacción, son dos elementos de una interpretación que toma a la voluntad de poder por voluntad de vivir.

⁶⁸ Y también se extiende a otros aspectos de la vida que en suma no revisten menos importancia que la vida en sí y su protección, sobre esto recuperamos la siguiente afirmación: “Esto último [el condicionamiento del ego antes de su existencia] es válido en virtud de que las necesidades sociales exigen ciertos estilos de conducta humana relativos a todo tipo de relaciones sociales de trabajo, de matrimonio, etc. De esta forma, las exigencias de organización del yo son determinadas por las características específicas de la acción social. Resulta atinado decir que la civilización es posible gracias a que el yo organiza la actividad del individuo, de modo que éste sea capaz de someterse a las reglas necesarias para la reproducción y desarrollo de las formas de vida típicas de la sociedad” (Rojas Amandi, 2008, p. 88), esta afirmación vale, salvando ciertas inclinaciones del autor, para todo lo normativo y no sólo para lo jurídico.

poder⁶⁹ el origen de lo jurídico, aunque sean interdependientes. Vinculado a la voluntad de vivir (pues finalmente quien norma lo hace originalmente con voluntad de vida comunitaria) es más un medio de protección de la proximidad, es también los límites de su ejercicio de acuerdo a la cultura y la época. Pareciera derivado de la corrupción que agrede la proximidad, aunque también es una reacción de la proximidad, como miedo a la muerte, al dolor, a la ruptura de la proximidad. Sobre el punto aún hay mucho que reflexionar⁷⁰. La norma (por el momento en sentido amplio como regla de conducta) es la primer forma de protección contra la voluntad fetichizada, corrupta, por ello el derecho siempre ha reflexionado sobre una voluntad que guía, ayuda, y otra que violenta⁷¹.

La protección de la vida no es sólo una reflexión es también miedo a morir o ser objeto impotente de los deseos fetichizados de otro. Este miedo No deja de remitir a la voluntad de vivir, aunque lo hace como oposición, es decir por la inminencia (real, temporal o subjetiva) de la muerte o el sometimiento de la vida para enriquecer la del otro. No deriva propiamente en un deseo de actuar sino de impedir.

No es en sí la “voluntad libre”⁷² lo que nos conduce al derecho, sino después de padecer la voluntad libertina es que aparece la protección de la comunidad, o en casos concretos el individuo (aunque con el horizonte de la proximidad y de la comunidad en sí mismo). De este modo podemos retomar: “la *voluntad libre solo en sí es la voluntad inmediata o natural*”⁷³ mediando la decisión ⁷⁴es que, según Hegel, se eleva de la mera

⁶⁹ Tal como lo sugiere en esta crítica y aislada frase subrayada por E. G. Maynez: “*El fundamento del derecho radica en el poder*” (García Maynez, 1982, p. 41).

⁷⁰ Esta idea me vino después de meses de reflexionar las correcciones y observaciones que me hizo el Mtro. Enrique Dusel cuando tuve la oportunidad de entrevistarle y preguntarle sobre mis dudas en cuanto al campo jurídico y político. No considero que sea una contradicción a lo que él plantea sino un aporte, pequeñito, en una ciencia en la que el maestro no ha orientado sus trabajos más importantes.

⁷¹ Por ejemplo cuando nos la define así B. Petrocelli: “la acción ilícita tiene su momento esencial en la dirección de la voluntad del sujeto subordinado en sentido diverso o contrario a la obligación fijada a la norma” (Rojas Amandi, 2008, p. 123). o esta otra cita de Francisco Carrara: “El magistrado encuentra en aquel individuo la causa material del acto, y le dice: tú lo hiciste –imputación física-. Encuentra que aquel individuo ejecutó el acto con voluntad inteligente, y le dice: tú lo hiciste voluntariamente –imputación moral.” (Rojas Amandi, 2008, p. 124).

⁷² Hegel, 1980, p. 50

⁷³ Ídem, p. 50

⁷⁴ Ídem, p. 51

formalidad⁷⁵ a la universalidad y de allí a “libertad autoconsciente”⁷⁶. En el sentido del conflicto-interrelación de la posibilidad de corrupción es que encontramos un querer-voluntad de la norma, del deber y de la institución de autoridad que nos justifica en parte la “voluntad de normar”⁷⁷ indisolublemente unida y derivada de la necesidad de “limitar la voluntad”⁷⁸ (que es protección de la vida); misma que nutre y condiciona la voluntad política y que comparte muchas semejanzas (siguiendo a Hegel) con la moral y la ética⁷⁹. Esta voluntad de normar y protección de la vida, tienen una justificación que es también histórica: la manada (que ya tiene elementos normativos aunque en torno a la fuerza) se convierte en tribu con la institucionalidad (al inicio no muy diferenciada pero en la que se encuentra necesariamente la norma con la fuerza ya no como eje sino consecuencia); conforman la especificidad del mundo en el que el sujeto se desenvuelve⁸⁰. En cuanto a la colectividad no queda duda de su papel pero es también la norma el supuesto

⁷⁵ “La voluntad inmediata es formal, en razón de que la diferencia entre su forma y su contenido; le pertenece sólo la *decisión abstracta* como tal, y en el contenido no es, todavía el contenido y la obra de su libertad” (Ídem, p. 51).

⁷⁶ “Una exigencia en absoluto, que sea existencia de la *voluntad libre constituye el derecho*. Por consiguiente, el derecho es, en general, la libertad, en cuanto idea” (Hegel, 1980, p.60) y más adelante: “El Derecho es *algo sagrado en general*, sólo porque es la existencia del concepto absoluto, de la libertad autoconsciente.” (Ídem, p.60).

⁷⁷ “En la exigencia de la *purificación de los estímulos* radica la concepción general de que aquéllos son liberados de la forma de su inmediata determinación natural, de que lo subjetivo y de lo contingente del *contenido y devueltos* a su esencia sustancial. La verdad de esta exigencia indeterminada es que los impulsos son como el sistema racional de la determinación volitiva; entenderlo así, partiendo del concepto, es el contenido de la Ciencia del Derecho”. (Hegel, 1980, p. 55) y más adelante es un poco más explícito: “El hombre encuentra en sí, *como hecho de la propia conciencia*, el querer el derecho, la propiedad y el Estado, etc. Ulteriormente intervendrá otra forma del mismo contenido que aquí aparece con aspecto de impulsos, es decir la de los *deberes*”. (Ídem, p. 55). Y aproximándose a la autoconciencia nos dice: “Pero la verdad de esta universalidad formal, indeterminada por sí, y que encuentra su determinación en aquella materia, es la *universalidad* que se *determina a sí misma*, la *voluntad*, la *libertad*. En cuanto la voluntad tiene por contenido, objeto y fin, a la universalidad, a sí misma como forma infinita, es sólo la voluntad libre en sí, sino precisamente, la voluntad libre *por sí*, la verdadera Idea”. (Ídem, P. 55).

⁷⁸ Sobre esta idea es interesantísima, aunque llevándola más lejos que lo que nosotros pretendemos, la reflexión de N. Braunstein: “El dique de la ley nos habilita para jugar. Para jugar con la palabra pues *dikhé* es, precisamente, en griego, el vocablo que se traduce habitualmente como “justicia” o “norma”: el dique es la *dikhé*. Pero Heidegger objeta esta traducción por que la *dikhé* es algo más y otra cosa que una norma. En tanto que existe desde antes y se impone al hombre en el hombre, la *dikhé* es la potencia organizadora de la vida social: es prepotencia. Es lo que junta y articula, lo que obliga a la inserción. Es el efecto del *logos*, de la razón, que reúne.” (Freud et al., 1983, p. 217), donde nos queda claro que con la limitación del individuo se mantiene la *potentia* de la comunidad o la voluntad del otro.

⁷⁹ Sobre esto profundizaremos en el apartado dedicado a lo normativo.

⁸⁰ N. A. Braunstein lo afirma sin rodeos, concordando con las posiciones de Dussel antes expuestas,: “Y, en este sentido, la ciudad, el estado, la *polis (Heim)* debe ser concebida no como un lugar hecho por el hombre y regulado por leyes hechas también por el hombre, sino como el sitio del acontecer histórico donde los hombres reciben del Otro y viven como propias sus identidades imaginarias, sus yoes. Como hombres y mujeres, gobernantes y gobernados, amos y esclavos, según leyes que son efectos no de su voluntad sino de la lucha de sexos y de clases”. (Ídem, p. 206)

necesario de una transición en la conformación psíquica del sujeto⁸¹, es un momento menos “auxiliar” o “derivado” de lo social-económico-político de lo que se nos ha planteado aunque tiene el grado de independencia que algunos autores le quieren otorgar⁸².

Es en la voluntad libre donde se encuentra la posibilidad de la transgresión de los límites, que convierte la proximidad en una proxemia donde las mediaciones sólo satisfacen el ego (o al *ello*), siendo así un contrario dialéctico superable más no evitable:

“El no cumplimiento por parte de los miembros de un grupo social de lo prescrito por los modelos normativos parece vinculado estrechamente con toda forma de vida social. En este sentido, es un fenómeno social que se puede considerar normal, lo cual equivale a decir que “constituye un factor de salud pública, una parte integrante de toda sociedad sana... el crimen es normal porque una sociedad sin él es completamente imposible.”⁸³

Aquí llegamos al contrario-dialéctico, puesto que la protección de la vida también puede corromperse o la voluntad puede concebirse ahistórica. Por lo que la transgresión puede ser creadora, esta diferencia depende el tiempo, momento y de la posición que en cuanto a voluntad de vivir y protección de la vida tiene una sociedad humana respecto al débil o al Otro.

En la voluntad de vivir está la génesis de la *voluntad del pueblo* que es el “horizonte último ontológico de lo político”⁸⁴, es la que nos indica “el fundamento *material* de todo lo político (*potentia*) anterior a su institucionalización (*potestas*)⁸⁵. Es lo que nos permite comprender que la normativización para proteger y desarrollar la vida, y nos aproxima al entendimiento de lo que orienta las a veces confusas (o aparentemente contradictorias)

⁸¹ Nos abunda Braundstein: “Es decir que la *polis* permite ser alguien a condición de que su ley sea aceptada” y más adelante: “Y, en este sentido, la ciudad, el Estado, la *polis* (*Heim*) debe ser concebida no como un lugar hecho por el hombre y regulado por leyes hechas también por el hombre, sino como el sitio del acontecer histórico donde los hombres reciben del Otro y viven como propias sus identidades imaginarias, sus yoes. Como hombres y mujeres, gobernantes y gobernados, amos y esclavos, según leyes que son efectos no de su voluntad sino de la lucha de los sexos y de las clases (Freud et al., 1983, p. 206), y de la resistencia de la proximidad contra su corrupción.

⁸² Por ejemplo cuando se pretende su independencia y al Estado solo una base sociológica, leamos: “Pero el ordenamiento jurídico, cuyo fundamento último de validez formal reside en aquella norma, tiene su base sociológica en una organización específica, a la que se le da el nombre de Estado” (García Maynez, 1982, p. 97)

⁸³ Rojas Amandí, 2008, p. 93

⁸⁴ Dussel, 2009, p. 55

⁸⁵ Ídem, p. 55

determinaciones de los pueblos. En complemento a lo político es la protección-regulación de la vida lo que sería el horizonte ontológico último de lo normativo.

Mientras que la voluntad de vivir es la posibilidad de ampliar la vida entre la sociedad, en su convivencia deben de construirse canales para desarrollar esta (disciplina, en sentido lato-social y político-jurídica en específico de nuestro tema) al mismo tiempo que limitar la voluntad de poder⁸⁶ de modo que impida a los sujetos asesinarse hasta la extinción. La génesis de lo jurídico se encuentra, así desde la constitución psíquica del sujeto y la conformación de lo intersubjetivo de la cultura. No es una propiedad de las “sociedades relativamente desarrolladas” ni requiere “la existencia de una organización especial”⁸⁷, la primera de estas versiones es la típica sentencia moderna y, aunque también es moderna, considera al “estado moderno” como la única institución que garantiza el derecho. En este punto el planteamiento ya se estaba desarrollando aunque limitado entre los neopositivistas, quienes ya mencionan la necesidad de limitar-proteger⁸⁸.

Retomamos la siguiente reflexión:

“En cuanto ocurre así [que el Estado Legislativo aparezca como algo más elevado e ideal], puede apelar también a una distinción milenaria y hacer valer para sí un antiquísimo ethos: el νόμος frente al mero δῆμος; la ratio frente a la mera voluntas; la inteligencia frente a la mera voluntad ciega y sin norma; la idea del Derecho plasmado en normas y coherente frente a las medidas y las órdenes dictadas por la mera conveniencia, según las cambiantes necesidades del momento; el racionalismo apoyado en la razón frente al pragmatismo y al emocionalismo; el idealismo y el Derecho justo frente al utilitarismo; la validez y el deber ser frente a la coacción y la necesidad de los acontecimientos”⁸⁹

⁸⁶ Nos Dice Freud: “[...] la palabra ‘cultura’ designa toda la suma de operaciones y normas que distancian nuestra vida de la de nuestros antepasados animales, y que sirven a dos fines: la protección del ser humano frente a la naturaleza y la regulación de los vínculos recíprocos entre los hombres” (Freud et al., 1983, p. 51).

También nos refiere Rojas Amandi (2008): “Si se le considera un instrumento jurídico, la ley es un acto jurídico que limita la potestad de los gobernantes, mediante reglas superiores que condicionan su intervención en cada caso particular.” (Rojas Amandi, 2008, p. 137) y de lo cual, nos dice más adelante, se desprende el principio de legalidad (hoy considerado el pilar del derecho moderno).

⁸⁷ Ídem, p. 98

⁸⁸ Por ejemplo en Bobbio: “Toda forma de convivencia, incluso aquella sin leyes del estado de naturaleza, implica límites en la conducta de cada uno de los convivientes: límites de hecho, como los que cualquier individuo tiene con respeto a todos los demás individuos en el estado de naturaleza, donde cada cual tiene tanto derecho como poder” (Bobbio, 1989, p. 139), salvando que nosotros discrepamos profundamente del estado de naturaleza y que concebimos que toda sociedad tiene siempre normas y/o sistemas normativos.

⁸⁹ Schmitt, 1971, p. 17

Donde consideramos que Schmitt condensa su conocimiento sobre decenas de leyes y formas políticas en la historia. Para desarrollar que la relativa oposición que existe entre la protección de la vida y la voluntad de vivir fetichizada establece una separación relativa de la voluntad de vivir a la que siempre fiscaliza la protección de la vida, lo que establece la no dependencia absoluta de lo normativo respecto de lo político, sino que deja claro los espacios de interdependencia en lo institucional y más específicamente de lo jurídico y lo político en el estado. No está de más decir que es lo normativo (no solo ni primordialmente lo jurídico) la oposición esencial a lo pragmático y en esta dialéctica se han desarrollado las más diversas oposiciones sociales (en los campos más distintos).

Con todo lo planteado ya podemos abordar nuestra aproximación a lo normativo.

2.4. Lo normativo: Lo jurídico, lo moral, la costumbre.

No podemos distinguir al derecho de la moral, la costumbre o las convenciones, a partir de las diferencias históricas, menos las expresiones fenomenológicas actuales para juzgar el pasado. Antes abordar de lleno lo jurídico es preciso entender la totalidad que le da sentido, para poder comprender por qué moral, costumbre y convencionalismos sociales, atraviesan el fenómeno jurídico, lo preceden, lo suceden, lo acompañan o se distancia, lo juzgan o lo justifican. Por qué derecho, moral y normas sociales chocan-coinciden constantemente y se modifican, porque existe un acompañamiento en lo reflexivo, convenido o negado a lo largo de la historia humana. Nuestro atrevimiento nos lleva a retomar indicios que están por todos lados en la teoría del derecho para integrarlos en una categoría ontológica: lo normativo. Ya hemos señalado los elementos en torno a la protección de la vida, el arbitraje, la defensa de la proximidad etc. Pero aún no le hemos explicado como totalidad. Antes precisar ideas señalaremos la genealogía de nuestra reflexión.

Un indicio lo encontramos a la hora de reflexionar el sentido del conflicto recurrente que encuentra Hegel entre moral, ética y derecho:

“Cada grado en el desenvolvimiento de la Idea de libertad tiene su propio y peculiar Derecho, porque es la existencia de la libertad en una de sus determinaciones particulares. Cuando se habla de la antítesis de la Moralidad, de la Ética, frente al *Derecho*, se entiende por Derecho sólo al primero, el derecho formal de mi personalidad abstracta.

La moralidad, la Ética, el Interés Público, es cada uno un derecho peculiar, puesto que cada uno de estos aspectos es determinación y existencia de la libertad. Sólo pueden entrar en colisión cuando se encuentran en la misma línea como tales Derechos”⁹⁰

Hegel hace transversal al derecho en los diferentes desarrollos de la idea de libertad, criticando pretendidas antítesis entre moral, ética y derecho. En los rasgos de la reflexión y consideramos que en esta se encuentra una crítica radial a la pretensión formalista de una separación tajante entre moral, ética y derecho (nosotros incluiríamos la costumbre o los convencionalismos sociales). Pero consideramos que la afirmación “es cada uno un derecho peculiar” nos invita también a pensar que si bien el Derecho no se puede extender a los otros existe algo que los vincula y los asemeja.

Sería una cualidad que les aglutina y hace equiparables y que obliga a complejas reflexiones teológicas, racionales o hasta matemáticas para señalar las diferencias, esto es: el carácter de “norma” que las equipara, que en la vida y las reflexiones las puede hacer parecer similares o con fundamentos iguales⁹¹. Por ejemplo el homicidio al mismo tiempo puede ser: delito, inmoralidad y pecado, un ejemplo sencillo, pero también podemos encontrar elementos que han cambiado, por ejemplo el divorcio: es un derecho, algo moral o inmoral dependiendo el grupo social, y pecado; en este siglo en occidente, en el mundo islámico seguro compartirá elementos del medievo europeo: delito, inmoral y transgresión del mandato divino. El *quid*: la norma protege la vida y aquí podemos observar su característica cultural puesto que se genera de la necesidad y deseo (siendo que se satisface el hambre y las emociones con igual intensidad) tan diverso y complejo como el tiempo y la cultura los condicionan.

⁹⁰ Hegel, 1980, p. 61

⁹¹ Por ejemplo en la siguiente reflexión: “De esta manera, si el derecho es capaz de justificar el derecho de mandar, ello se debe no precisamente a que es derecho y a que como tal cuenta con determinadas características, sino a que establece los límites y modalidades dentro de los cuales es permitido el ejercicio del mando con base en una concepción ética determinada” (Rojas Amandi, 2008, p. 201) implicaría una raíz común entre derecho y la moral que deriva de la ética.

Otra interpretación que también nos remite a una misma esencialidad es la recuperación que hace Bobbio de Thomasius:

“THOMASIIUS decía también, para señalar esta diferencia entre la obligatoriedad positiva de la moral y la negativa del derecho, que las reglas del derecho impiden males mayores (o sea la guerra) y promueven el bien menor (la paz externa), mientras que las relativas a la honradez impiden el mal menor, porque su transgresión no hace daño sino a quien la infringe, pero promueven el bien mayor porque hacen al hombre lo más sabio posible.

En resumen, se puede decir de esta doctrina se habría podido sacar como conclusión que la moralidad consistiría en el precepto de hacer el bien y el derecho en el de abstenerse a hacer el mal”.⁹²

En cuanto a la crítica que le opone Bobbio, en cuanto a que considera que la norma permite la cooperación de la comunidad⁹³, nos adherimos completamente, el asunto que nos interesa es que ambas (normas moral y jurídica) establecen una similitud que no es un paralelismo, en cuanto a la relación que guarda con evitar el “mal” y promover el “bien”.

Ahora bien, hemos establecido algunas diferencias y convergencias en cuanto a moral y lo jurídico, pero es necesario aproximarnos también al fenómeno normativo de la costumbre. Respecto a esta también hay investigaciones que nos permiten establecer una proximidad con la moral y lo jurídico:

“Las leyes válidas de una nación por el hecho de que han sido escritas y codificadas no cesan de ser sus costumbres”.⁹⁴

Mismo que nos establece una continuidad de fondo en cuanto a que la costumbre se convierte en ley y no deja de ser costumbre (podríamos atrevernos a decir que seguramente hay personas que nacen y mueren sin enterarse de esta conversión). En este mismo autor encontramos expresiones que demuestran la posibilidad de una

⁹² Bobbio, 1999, p. 70-71

⁹³ “El punto débil de esta doctrina consiste en que la función del derecho no es solamente hacer posible la coexistencia de las libertades externas (para esto solo bastarían las obligaciones negativas) sino también la de hacer posible la recíproca cooperación entre los hombres que viven conjuntamente” (Idem, p. 71-72)

⁹⁴ Rojas Amandi, 2008, p. 186

generalidad vinculante entre lo moral, lo jurídico y las costumbres, como normas en general:

“En relación con las normas, se puede decir que las conductas reguladas por ellas resultan de vital importancia para la existencia del grupo social, toda vez que tienen por objeto las interrelaciones sociales fundamentales del grupo”.⁹⁵

En este mismo enunciado podríamos encontrar una generalidad en la que la moral, costumbre y lo jurídico, tienen convergencia y trascendencia en el grupo social. Por ello es que podemos integrar estas tres dentro de una totalidad que se puede denominar normativa, sobre esto nos aproximaremos a continuación en nuestras explicaciones.

El discurso y la idea de protección de la vida pueden tener muchas combinaciones que se ven alteradas en forma y fondo por rasgos culturales e históricos⁹⁶. Pero siempre es la comunidad, y con especial inclinación dominadora la voluntad fetichizada que quiere hacer su deseo necesidad de la comunidad⁹⁷; la que necesita canalizar su voluntad de vida para preservarse y aumentarla, así como clarificar su sentido de protección de la vida.

En cada momento de la intersubjetividad hay una reflexión-emoción respecto al deber ser y en este sentido lo normativo es en la comunidad uno de los modos que nos distinguen de los animales (quienes sólo tienen coacción que por repetición puede derivar en costumbre, o instinto gregario en el quien queda fuera del “orden” muere) en tanto que es una regulación que no se da por algún elemento biológico o instintivo, sin que se trata de formas de regulación cultural que no siempre están plenamente

⁹⁵ Ídem, p. 96

⁹⁶ Pero que guardan elementos comunes que aún no podemos distinguir como claramente morales, jurídicos o de convenciones sociales, como atinadamente señala Rojas Amandi: “El grupo social que forma la comunidad implica un conjunto de reglas necesarias que deben observar sus miembros para que sea posible su reproducción y desarrollo. El cumplimiento de tales reglas aparece a éstos como una necesidad de reprimir sus instintos, o sea, como una autorrepresión. De esta forma, la represión individual constituye la base sobre la cual es posible que el grupo social se reproduzca y desarrolle” (Ídem, p. 183)

⁹⁷ Esta idea es enteramente de Marx cuando habla de los intereses de la clase dominante. No creemos que cometamos ningún tipo de abuso o tergiversación sino que extendemos su interpretación sin perder, esencialmente, nada de su genial contribución

diferenciadas o que ocupan espacios únicos (es decir lo jurídico y moral frecuentemente se empalman).

Lo normativo (y luego más específicamente el derecho) tiene su ser en limitar, por intersubjetividad de la comunidad, la corrupción de la voluntad de vivir⁹⁸ y el libertinaje (como corrupción de la libertad⁹⁹). De esto se deriva que lo normativo es siempre un proceso multilateral donde todo y parte son relaciones indisolubles, de lo que se deriva que no hay distinción estricta entre normas unilaterales y bilaterales¹⁰⁰.

Estas reflexiones no deben dar la idea de que consideramos la fetichización de la voluntad una suerte de pecado original o maldad originaria (como ya hemos señalado pero queremos repetir para evitar falsas interpretaciones), sino como una realidad que en números minoritarios ha enfrentado la humanidad de todos los tiempos (y todas las especies gregarias que conocemos). En lo normativo las culturas han integrado elementos que se derivan de la vida, hasta terminar en reglas y formulismos que nos parecerían abstractos pero que tienen que ver con la complejidad de las relaciones sociales¹⁰¹. Es precisamente de la diversificación de las necesidades y deseos, a la par del crecimiento poblacional y las diferenciaciones sociales las que hicieron aparecer

⁹⁸ Es algo que ni quienes son más formalistas o neokantianos rechazan, por ejemplo Máynez dice: “El concepto de obligatoriedad explícate en función de la idea de valor. Sólo tiene sentido afirmar que algo debe ser, si lo que se postula como debido es valioso” (García Máynez, 1982, p. 7); en este caso es evidente que la materialidad, lo que en última instancia determina, es la vida, lo que es valioso lo es para la vida y sí es una relación humana, lo es la vida de la comunidad. El derecho no parte de un individuo nunca (cuando hablemos de una norma acción veremos que se hace en un grado de intersubjetividad y siempre con otro), sino de la colectividad. Lo que se norma es lo necesario y/o valioso para la vida, ya sea un hacer valioso (ampliar y sostener la vida) o una abstinencia que mantiene lo valioso (protección de la vida).

⁹⁹ Crítica que ya está esbozada por los neopositivista aunque invertida: “Creemos ser libres, pero en realidad estamos encerrados en una tupidísima red de reglas de conducta, que desde el nacimiento y hasta la muerte dirigen nuestras acciones en esta o en aquella dirección” (Bobbio, 1999, p. 3), aquí se percibe a la norma como coacción de la libertad, cuando en realidad es expresión de una libertad que no transgrede la vida o la proximidad, es decir una libertad auténtica, no autorreferencial totalizada.

¹⁰⁰ Nada que ver con las ideas de unilateralidad y bilateralidad que se nos propone como carácter del derecho: “En nuestro concepto, la distinción entre regulación jurídica y convencionalismos sociales debe de hacerse atendiendo el carácter *bilateral* de la primera y al índole *unilateral* de los segundos. A diferencia de las normas del derecho, que poseen siempre estructura imperativo-atributiva, los convencionalismo son en todo caso, unilaterales” (García Máynez, 1982, p. 33). Si lo normativo es una totalidad de totalidades cada una de estas siempre tiene sentido en la primera aunque pudiera pensarse que se remite a la “reflexión del sujeto consigo mismo” o la “voluntad de un sujeto-juez con un sujeto-inculpada”, el hecho de que el primero se “condene a sí mismo”, pudiendo hasta castigarse y el segundo “castigue a otro” son expresiones de construcciones sociales situadas en las que por supuesto cada sujeto tomó decisiones más o menos “libres”, más o menos “conscientes”.

¹⁰¹ “En última instancia, el contenido del derecho es el conjunto de necesidades e intereses sociales propios de cada sociedad; por su parte, el contenido del ilícito se forma por el conjunto de lesiones a tales necesidades e intereses” (Rojas Amandi, 2008, p. 129).

formas específicas de lo normativo (es decir lo jurídico, moral o la costumbre) para proteger intereses comunitarios o ya grupales o individuales diversos. Al inicio la diferenciación se entendía como complementariedad, es decir tanto lo público como lo privado era regulado por la comunidad (con los consejos cabezas de familia, por ejemplo) y los que luego sería normas distintas se complementaban¹⁰². No quiere decir que en algún momento dejaron de complementarse sino que por circunstancias políticas, económicas e históricas, que tienen que ver con diferenciaciones de clase, colonialismo, formaciones económicas etc.; se ha operado una diferenciación propia de cada cultura.

Lo normativo, como toda expresión de la intersubjetividad no es un ámbito independiente de otros que se desarrollan en la comunidad (como subjetividad objetiva), sino que también tiene su existencia en la subjetividad (siendo corporal, en la definición de Dussel). En esto Rojas Amandi hace una importante recuperación del psicoanálisis:

“El individuo alcanza la facultad plena de socialización cuando su *superyó* ha madurado, pues entonces puede garantizar el cumplimiento de las reglas válidas en la sociedad a que pertenece; dicho de otra forma, se garantiza desde dentro el mantenimiento y desarrollo de los impulsos sociales, que permiten conservar y autorreproducir el todo social. [...]

“Si los límites que marcan los sujetos en cuanto a su conducta son susceptibles de asimilarse a los de los demás, esto se debe a que los criterios para determinar dichos límites se hallan establecidos previamente en forma de normas.”¹⁰³

Y más adelante con una afirmación posterior que nos sugiere la existencia de una totalidad que integra lo jurídico y moral:

“todo grupo social impone a sus miembros un orden, que éstos deben actualizar, respondiendo con una actitud determinada ante un fenómeno social típico”¹⁰⁴

¹⁰² Sobre este punto hay luz en el siguiente extracto de Rojas Amandi: “La coexistencia necesaria dentro de una sociedad de diversos sistemas normativos se explica por dos razones: por una parte, los sistemas normativos considerados individualmente no son autosuficientes y cerrados, capaces de proporcionarse a sí mismos todos los instrumentos necesarios para su creación y aplicación y para determinar de manera autónoma el contenido de sus mandatos. Por otra parte, los sistemas normativos se tienen que complementar con los otros para funcionar de modo que en muchos casos no resulta fácil determinar si una conducta ha sido regida o motivada por un sistema normativo o por otro” (Ídem, pp. 181-182).

¹⁰³ Ídem, 2008, p. 184

¹⁰⁴ Ídem, 2008, p. 202

Señalando los puntos comunes es necesario pasar a la diferenciación de lo jurídico en lo normativo. En el caso de lo jurídico parece que la tendencia fue acentuar el elemento de sanción, más que el castigo racional-emocional como es el caso de la moral. En cuanto a la costumbre como acto cultural que adquiere validez (origen y sustento) en su continuidad en el tiempo y la convención social (como acuerdo entre personas para regular, o la intersubjetividad de la religión). Es decir si bien todas encuentran sentido y persistencia dentro de lo normativo varían dependiendo de en qué elemento es más determinante, en este caso las diferencias de grado, utilidad, origen persistencia en el tiempo, tipo de acuerdo colectivo, referencia en cuanto a la vida (si se vincula a la supervivencia, a la necesidad o al deseo) será determinante para que la comunidad lo traslade de una totalidad de la normatividad (por ejemplo lo jurídico) a otra (por ejemplo la moral; que en concreto sería cuando se despenalizó el divorcio).

Establecido lo normativo como totalidad de las totalidades jurídica, moral y costumbre, podemos entender que estas tengan frecuentes choques y aceptar que existan diferencias entre las sociedades al diversificar mismos postulados en distintos tipos de normas: por ejemplo en algunos países algo puede ser inmoral y en otros delito o ambos, sin transgredir una “naturaleza intrínseca y pura” de cada norma.

En estos apuntes no buscamos diferenciar toda lo normativo, ni sus formas de interpretación a lo largo del tiempo, es una tarea que corresponderá a la consolidación de esta reflexión como dialéctica de la norma. Lo que motiva este análisis y que nos preocupa, en tanto filosofía del derecho, es: ¿Qué características tiene lo jurídico en lo normativo y qué distingue a este de lo político? Ya hemos distinguido las diferencias esenciales de lo normativo; es necesario aproximarnos a la diferenciación más importante de lo jurídico: la violencia como sanción.

2.5. La sanción: la violencia jurídica.

La violencia es un elemento presente en la naturaleza, es también una característica que se proyecta de distintas formas en la humanidad. Es parte de la

praxis¹⁰⁵ que es insoluble de la esencia humana. Por ejemplo Sánchez Vázquez no habla del proceso de transformación de la materia:

“Toda praxis es proceso de formación, o más exactamente, de una transformación de la materia. El sujeto, por un lado, imprime una forma dada a la materia después de haberla desarticulado o violentado.”¹⁰⁶

Pero lo extiende también a un rango general:

“La violencia se manifiesta allí donde lo natural o lo humano –como materia u objeto de su acción– se resiste al hombre. [...].

En un mundo estable e idéntico a sí mismo, no se conocería la violencia, toda vez que ésta es precisamente alteración de la estabilidad, inmovilidad o identidad. [...]. La sociedad es violación constante de la naturaleza”¹⁰⁷

De este modo, la violencia la podemos encontrar en la economía, la ecología (como relación con la naturaleza), la política, etc., en cada uno de estas adopta formas más o menos evidente sin que por ello todas puedan categorizarse del mismo modo o sólo reducirse a violencia. La violencia es un concepto en el que no profundizaremos salvo lo que ya anotamos, sobre lo que nos avocaremos será sobre dos de sus categorías: sanción y coacción.

La violencia en general deviene en formas específicas, que tiene que ver con el ámbito político y jurídico. Y que como tal sería:

“Llamaremos coacción a todo uso de la fuerza cuando esté fundado en el ‘estado de derecho’. En este sentido la sociedad política tiene el monopolio del uso de la coacción fundada en la ley.”¹⁰⁸

Planteamiento que nos permite aproximarnos a sus características, mismas que, sin contradecir lo establecido por Dussel, retomamos de la síntesis que hace Rojas Amandi (2008):

¹⁰⁵ Que a partir de Marx, Sánchez Vázquez la recupera como: “El hombre hace su historia con su praxis y *en* ella, se crea, se produce a sí mismo” (Sánchez Vázquez, 2003), una esencia no está separada de su existencia.

¹⁰⁶ Ídem, p. 446

¹⁰⁷ Ídem, p. 447

¹⁰⁸ Dussel, 2006, p. 121

- a) “El poder de constreñir (con la fuerza) a quienes hacen lo que no deberían hacer.
- b) El poder de sustituir (con la fuerza) a quienes no han hecho lo que debían de hacer (ejecución forzosa).
- c) El poder de castigar (con la fuerza) a quienes han hecho lo que no debían hacer (pena o multa)”.¹⁰⁹

Por nuestra cuenta agregaríamos:

- d) Dirección de la fuerza contra una amenaza exterior¹¹⁰,
- e) Movilización general¹¹¹, mediando la fuerza, sobre acciones o necesidades de interés común.

Consideramos que los elementos b y c corresponden a la sanción, que es la forma de la violencia jurídica; mientras que el inciso a, más los c y d que agregamos nosotros se referirían a la coacción o violencia política. La distinción se debe al carácter más reactivo de la violencia jurídica, diferente a la violencia política que necesita tener iniciativa como voluntad de vivir o, defectivamente, de poder. La violencia es algo congénito a la norma jurídica no importando la sociedad en la que nos encontremos, es su diferencia del resto de las expresiones de lo normativo.

Queremos señalar que en este punto no nos encontramos aún en el ámbito estatal, puesto que consideramos restrictiva la noción de estado como el único espacio donde existe o se genera la violencia: “Entendido [el estado] restrictivamente, y casi siempre polémicamente, como el conjunto de los aparatos que en un sistema social organizado ejercen el poder coactivo.”¹¹²

¹⁰⁹ Rojas Amandi, 2008, pp. 120–121

¹¹⁰ “En efecto, el poder coactivo es aquel del que todo grupo social tiene necesidad para defenderse de ataques externos o para impedir su disgregación interna” (Bobbio, 1989, p. 112)

¹¹¹ Entre quienes se encuentran los burócratas que señala Schmitt: “El conjunto de los funcionarios y la fuerza armada del Estado, que solo pueden ser considerados como un aparato técnico en manos del gobierno, no constituyen de por sí, propiamente hablando, ni una fuente de legalidad ni una base para la legitimidad. De ahí que, por sí solos, no podrían servir de soporte al Estado administrativo, el cual exige, naturalmente, un aparato de funcionarios.” (Schmitt, 1971, p. 18) pero que no debe entenderse nuestra definición como restrictiva a ellos sino el estado como organizador.

¹¹² Bobbio, 1989, p. 39

Respecto al ámbito estatal (vinculado al sistema) es importante señalar otras funciones de la coacción (la mayoría derivadas de la fetichización del poder y la ley):

*“la violencia física monopolizada por el Estado sustenta permanentemente las técnicas del poder y los mecanismos del consentimiento, está inscrita en la trama de los dispositivos disciplinarios e ideológicos y modela la materialidad del cuerpo social sobre el la cual actúa la dominación, incluso cuando esa violencia no se ejerce directamente”.*¹¹³

La definición de la sanción como violencia jurídica es fundamental para establecer diferenciación entre norma jurídica y moral o costumbre. Ahora es necesario establecer diferencias con lo político.

2.6. Lo jurídico y lo político

A modo de introducción queremos señalar que seguimos una intuición a partir de lo que señala Dussel sobre la diversidad jurídica:

*“Se abre así todo el espacio de una posible confrontación entre [...] los derechos de los miembros de la comunidad política [...], como derechos que guardan una cierta exterioridad con respecto al campo político, al sistema y al estado.”*¹¹⁴

Toda vez que después de varias reflexiones y revisiones de los textos que inspiraron esta tesis, no encontrábamos elementos para explicar esta relativa exterioridad¹¹⁵. No encontramos una contradicción con el planteamiento político de Dussel, ya que en esencia se refiere a esa dualidad de órdenes jurídicos antagónicos que aquí hemos constatado; por ejemplo el de las autonomías indígenas y el del oficial del estado tradicional.

¹¹³ Poulantzas, 1980, p. 93

¹¹⁴ Dussel, 2009, p. 294

¹¹⁵ Para Dussel el concepto de exterioridad se define así: “Exterioridad, que no tiene el mismo significado que para Hegel (ya que en definitiva para el gran filósofo clásico dicha exterioridad es interior a la totalidad del ser, o, al fin, de la Idea), quiere indicar el ámbito desde donde el otro hombre, como libre e incondicionado por mi sistema y no como parte de mi mundo, se revela.” (Dussel, 2011, p. 78)

Tampoco pudimos encontrar un punto en el que la “voluntad” se encuentra desnuda (más que en ciertos actos individuales fetichizados, que por supuesto no explican la supervivencia de la humanidad). Por ejemplo: En cuanto al sujeto constituyente, en este punto creemos que se encuentra uno de los talones del exceso de la voluntad política para tratar de explicar el derecho, por ejemplo Schmitt dice: “El Poder constituyente no está vinculado a formas jurídicas y procedimientos; cuando actúa dentro de esta propiedad inalienable, está <<siempre en estado de naturaleza>>”¹¹⁶, no sólo existe en el estado moderno eso que Schmitt llama “poder constituyente”, que es la forma de una Comunidad que siendo “instituyente” decide señalar claramente su forma político-jurídica-económica-moral-cultural; estuvo siempre la cultura, los límites (normativos), la voluntad política, la intercambiabilidad, para permitir que una tribu nómada estuviera en condiciones de dar el salto a un asentamiento y luego a la revolución neolítica. Las especies cuya “naturaleza” era depredarse a sí mismas o eran incapaces de dominar su entorno han perecido, todas las especies gregarias tienen elementos de organización, sin que por esto se entienda que lo normativo o volitivo es una característica animal, pero sin que piense que es un salto “inusitado” el del “estado moderno”.

Planteado todos los elementos anteriores son bastantes aspectos concretos sobre estos temas en los hemos abordado elementos esenciales. En este apartado concretaremos peculiaridades para entender que fenomenológicamente hay acciones, entes, ámbitos y tiempos en los que no hay interdependencia alguna entre lo jurídico y lo político. Además proponemos que no es una negación la vinculación en la realidad lo jurídico, lo moral, lo político, lo económico, a veces de modo irreconocible a veces engañoso. O que las acciones más destacadas, como lo político, están muy atravesadas con los otros campos¹¹⁷. Queremos comenzar exponiendo que la cercanía de muchos conceptos nos conecta a cierto grado de interdependencia, en cuanto a fenómenos y

¹¹⁶ Schmitt, 1982, p. 97

¹¹⁷ “De acuerdo con Richard Thoma (Handbuch des deutschen Staatsrechts, vol. 2, página 127), incluso podría descubrirse en cada acto político singular, junto a un elemento de legislación, un elemento de administración y un elemento de decisión judicial. En el soberano, especialmente, se reúnen de nuevo todos estos elementos y aspectos: el soberano es, a la vez, legislador supremo, juez supremo y comandante en jefe supremo, la última fuente de la legalidad y el último fundamento de la legitimidad” (Schmitt, 1971, pp. 7-8)

ámbitos (campos e instituciones, ya veremos enseguida), véanse las siguientes afirmaciones:

“Esta forma de entender [como capacidad] el poder, es la que adoptan los juristas para definir el derecho subjetivo: que un sujeto tenga un derecho subjetivo quiere decir que el ordenamiento jurídico le atribuyó el poder de obtener ciertos efectos”.¹¹⁸

También adviértase esta misma correspondencia en funciones:

“Al lado del problema del fundamento del poder, la doctrina clásica del Estado siempre se ha ocupado del problema de los límites del poder, que generalmente es planteado dentro de las relaciones entre derecho y el poder (o el derecho y el estado”.¹¹⁹

En cuanto a las diferencias queremos anotar que así como la protección de vida limita la voluntad fetichizada, lo jurídico limita lo político:

“Una siguiente fase del proceso de limitación jurídica del poder político es la que se afirma en la teoría y práctica de la separación de poderes. [...] ‘Para que no se pueda abusar del poder, es necesario que, por la disposición de las cosas, el poder enfrente al poder’ [Montesquieu]”.¹²⁰

Y, con el desarrollo y complejidad que ha adquirido el derecho a lo largo de la historia, podemos decir que la afirmación que retoma Bobbio de Platón también se ha cumplido:

“La ley no tiene pasiones que necesariamente se encuentran en cualquier alma humana [Leyes, 20] [...] Este contraste entre las pasiones de los hombres y lo desapasionado de las leyes llevará al τóπος¹²¹ igualmente clásico de la identificación de las leyes con la voz de la razón”.¹²²

Y que incluso en ciertos casos podemos encontrar sociedades donde lo jurídico reduce la interdependencia a lo político, al menos a nivel institucional, al mínimo como en los casos que nos propone Schmitt:

“En épocas de concepciones jurídicas estables y de propiedad consolidada, prevalecerá el Estado jurisdiccional y aparecerá una justicia separada del Estado, que será custodia y defensa del Derecho

¹¹⁸ Bobbio, 1989, p. 104

¹¹⁹ Ídem, pp. 127-128

¹²⁰ Ídem, pp. 136-137

¹²¹ *nomos*

¹²² Ídem, p. 131

(distinto del Estado, anterior a él y colocado por encima de él), a la que competarán las decisiones últimas.”¹²³

Posición que también corresponde con la siguiente reflexión histórica:

“En tiempos de grandes cambios o transformaciones revolucionarias aparecen un Estado gubernativo, o un Estado administrativo, o incluso, según la especie y la duración de la transformación, un Estado legislativo parlamentario, cuyas normas parecen posibilitar la mejor adaptación posible de la legalidad al desarrollo de las relaciones y la armonía entre el progreso y la seguridad jurídica.”¹²⁴

De ser un eminente aparato político-administrativo, una asamblea (como la Asamblea Nacional) puede ser un aparato jurídico que determina ser el vehículo de la voluntad popular.

Es una distinción en la que lo jurídico tiene un ámbito claro y no es un mero subcampo. Hecho que incluso se puede rastrear, desde la reflexión teológico-política: “¿Es lo jurídico lo que hace lo político o lo político lo que hace a lo jurídico? En la edad media se decía: ‘*Rex non debet esse sub homine, sed sub Deo et sub lege, quia lex facit regem*’. [el rey no debe estar subordinado a ningún hombre, sino a Dios y a la ley, ya que es la ley la que hace al rey]”¹²⁵, Parecería demasiado “religiosa” la afirmación, carente de sentido para nosotros, “respetables teóricos ateos”, sin embargo si interpretamos a dios como lo Otro Absoluto¹²⁶ además de la totalidad de lo social la frase deviene en poderosa frase jurídica ya que por una parte estaría la voluntad comunidad (origen y potencia, a la que se le rinde servicio y agradecimiento) y por el otro la ley (también producto de esta comunidad pero con un sentido diferente del momento en que se erige la autoridad del servidor público como quien facilitará la voluntad general). Todavía hay mucha política y teoría jurídica que aprender de la teología de los diversos tiempos y las muy distintas geografías.

También nos parece un indicio la distinción (aunque vinculada) entre derecho y política de Marx al criticar a Hegel:

¹²³ Schmitt, 1971, pp. 10-11

¹²⁴ Ídem, p. 11

¹²⁵ Bracton citado en Bobbio, 1989, p. 131

¹²⁶ “Ya que la divinidad, el Otro absoluto, debe ser, por su definición misma, la justicia perfecta” (Dussel, 2011, p. 159).

“La crítica del cielo se cambia así en la crítica de la tierra, la *crítica de la religión* en la *crítica del derecho*, la *crítica de la teología* en la *crítica de la política*”.¹²⁷

Puesto que si bien existe una relación no se puede pensar uno contiene todas las particularidades del otro.

Hasta aquí con los motivos que nos llevan a pensar que puede ayudar a entender la diferencia en general, vayamos a cierta especificidad, en cuanto a lo jurídico podemos expresar:

- Tiene como característica fundamental la sanción (violencia física derivada de la comunidad)
- Es también subjetiva, modifica la moral (y es modificada por ésta).
- Se remite a la protección de lo que una sociedad considera más necesario para su subsistencia y desarrollo, protege directamente la vida y la proximidad. Por ende es también cultural y puede contener valores tan diversos como culturas y épocas¹²⁸.
- Es una convención intersubjetiva por ende va de lo comunitario (público) a lo privado.
- En los estudios que hemos desarrollado para este marco categorial pensamos que hay elementos para apuntar la siguiente hipótesis: la diferencia de lo político donde el fundamento es la voluntad y puede haber una noción de prospectiva, lo jurídico tiene fundamento en el miedo¹²⁹ (del que puede derivar una reacción más que una acción), en la preservación, en regular el presente para poder pensar en cualquier futuro. Esto no quiere decir que haya alguna vez una separación, sino

¹²⁷ K. Marx en Hegel, 1980, p. 8

¹²⁸ “a cada sociedad concreta corresponde preponderantemente un tipo específico de sistema jurídico” (Rojas Amandi, 2008, p. 181)

¹²⁹ En este sentido partimos de las nociones a las que nos aproximan los estudios psicoanalíticos, comenzando por Freud (Freud et al., 1983)

lo que quiere demostrar es que hay interdependencia más no sometimiento de lo jurídico a lo político.

Ahora pasaremos a plantear lo que concebimos como interdependencia de lo jurídico y lo político.

Lo jurídico y lo político encuentran una vinculación ontológica en la voluntad de vida y la protección de la vida. Esto se refleja en que toda voluntad encuentra límite en la comunidad, al tiempo que los límites son modificados por la voluntad comunitaria. En general podemos decir que la pulsión de vida y muerte¹³⁰ pueden determinar momentos de acción y reacción desde lo jurídico o desde lo político que tendrán una incidencia en el grado en que uno afecta al otro; es decir hay momentos en que lo jurídico se convierte en castrante o liquidador de lo político, cuando se da la dominación el primero sobre el segundo, y también momentos en que lo político se vuelve perverso y busca traspasar lo normativo sometiéndolo a sus deseos o a sus múltiples agresiones. Esta situación de peso, contrapeso (como en la idea de la balanza) entre lo jurídico y lo político es muy acentuada en la modernidad (o de los sistemas de dominación) cuando la dominación se vuelve una constante en lo social, produciendo contrapesos que pueden ser muy violentos o estáticos (ya veremos cómo plantea esto Gramsci más adelante). Sobre la interdependencia que proponemos, en los Manuscritos Económicos y filosóficos de 1844, Marx va mucho más allá, en general de lo que veremos que plantea Hegel (y que nos sirve de soporte):

“Así, por ejemplo, en la *Filosofía del Derecho* de Hegel, el *Derecho Privado* superado es igual a *Moral*, la moral superada igual a *familia*, la familia superada igual a *Sociedad civil*, la sociedad civil superada igual a *Estado*, el Estado superado igual a *Historia Universal*. En la *realidad* siguen en pie Derecho privado, moral, familia, sociedad civil, Estado, etc., sólo que se han convertido en *momentos*, en existencias y modos de existir del hombre que carecen de validez aislados, que se disuelven y se engendra recíprocamente, etc. *Momentos del Movimiento*. ”¹³¹

La descripción de Marx, se refiere a que las distinciones epistemológicas que planteamos no significan nada frente a la interconexión e interdependencia. Aquí

¹³⁰ Idea recuperada a partir de la lectura de Freud, (Ídem).

¹³¹ Marx, 1844

estamos señalando la política, pero con Marx podemos afirmar que se puede extender a muchos otros campos.

Las revoluciones tienden a normativizarse, la normativización tiende a limitar la voluntad de cambio. No hay posibilidad de normativizar ni de volitivizar de manera absoluta, no hay manera de diluir uno en otro porque se trata de elementos generados para enfrentarse. La forma en que estos contrapesos juegan depende de la cultura y el tiempo.

En cuanto a lo judicial, encontramos aquí un fenómeno en el que la interdependencia se difumina como una especie de comodín que se vuelve un verdadero árbitro entre voluntades y límites, que siempre decidirá entre la voluntad y el límite, siendo convergencia de ambos. Decisión que siempre será normativa-volitiva o volitiva-normativa dependiendo de la correlación *potestas-lex*, hegemonía-legalidad, dominación-sanción.

Antes de ir a los esquemas queremos señalar que existe una importante semejanza entre las esferas de la política en E. Dussel y los tres conceptos de derecho que se integran en el concepto de E. G. Máynez¹³². Dussel nos habla de materialidad, normatividad y factibilidad, Máynez nos habla del derecho intrínsecamente válido, el positivo y el formalmente válido. Es evidente que la noción de Dussel se remite a la política, no puede ser trasladado a lo jurídico sin reflexión, y también que la noción de Máynez es muy abstracta (se refiere al concepto) y formal. Bien podría hablarse de esferas: material de la norma jurídica (lo intrínsecamente válido), normativo de la norma jurídica (lo formalmente válido) y factible de la norma jurídica (como derecho que puede ser acción por ser positivo). Habría un correspondiente nivel para el sistema, pero ahora no es motivo de profundizar tanto. Sólo queremos apuntar que la complementariedad de los conceptos es lo que llevaría, según E. G. Máynez al “caso ideal: el de un derecho dotado de vigencia, intrínsecamente justo y, además, positivo”¹³³.

¹³² García Máynez, 1982, p. 44

¹³³ Ídem, p. 46.

Sin perder de vista que hablamos de “espacios” epistemológicos (es decir no de lugares concretos) consideramos que una representación que podría dar ideas de esto podría proponerse del siguiente modo:

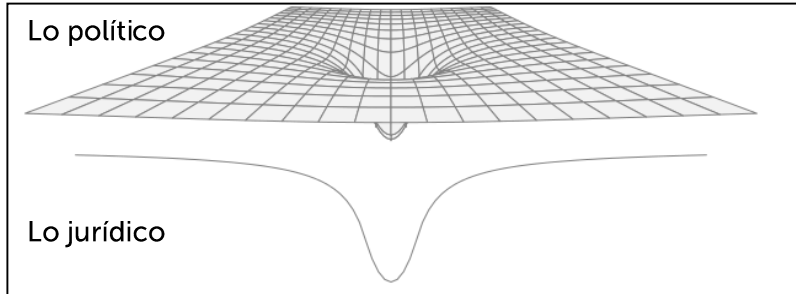


Figura 1. El dibujo es tomado de internet, el texto es propio.

Este primer caso lo político irrumpe en lo jurídico y subordina su campo sin eliminarle o desnaturalizarlo. Como pasa en una dictadura.

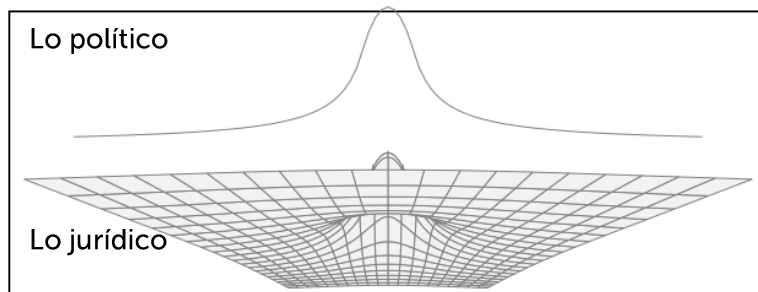


Figura 2. El dibujo es tomado de internet, el texto es propio.

En este segundo caso es lo jurídico lo que somete lo político y subordina su campo sin eliminarle o desnaturalizarlo. Como sucede en un “estado de derecho” perfecto.

Estas representaciones no quiere decir que lo jurídico concentra todas sus fuerzas en un punto sobre el político o viceversa; en realidad los contrapesos nos darían una representación muy accidentada en el que los puntos más sobresalientes (en nuestra época y sin un proceso revolucionario en ciernes) son los sistemas jurídico y político estatales. Este “estire y afloje” no siempre hace que lo jurídico y lo político tiendan a anularse, a veces se pueden complementar presionar sobre puntos distintos generando geografías muy peculiares.

En cuanto a lo judicial (siguiendo un poco la idea de C. Schmitt del “estado jurisdiccional”), bien se podría representar como un conducto entre lo jurídico y político con interrelaciones permanentes.

Este esquema gráfico, abstracto, podría ser menos abstracto en el caso de pensar la totalidad real del sistema capitalista que como una gigante estrella de neutrones¹³⁴ genera un descomunal fenómeno totalizante (una ontología que somete todas las demás) en todos los campos, en todas las fuerzas hacia un solo punto, generando una alteración del espacio y tiempo, absorbiendo y despedazando todo sin ningún sentido más que el de acumular materia.

En estas descripciones aún no abordamos la justicia, la ética ni otras posibilidades, por lo que son enteramente abstractos para ayudarnos a comprender los momentos concretos a veces tan confusos.

Sabemos que en todo lo expuesto se podría pensar que nos encontramos en el umbral del naturalismo pero no es así, y el mismo Dussel es claro al respecto, hablando respecto a la relación de derecho con legitimidad y soberanía (que abordaremos más adelante):

“No entramos aquí [en el momento en que se explicitan los derechos desde la soberanía] todavía a los <<derechos humanos>> que no se derivan de normas legales positivas. En este caso se derivarían según una antigua tradición de una <<ley natural>>; pero al no poder aceptarla por mi parte, debe referirse *al <<ser humano>> que es ético y político desde su origen*, y, por ello, se *explicitan* directamente y desde el inicio estos derechos de las determinaciones constitutivas del ser viviente prácticamente auto-conciente o responsable humano.”¹³⁵

¹³⁴ Alegoría que se fue inspirada por las lecturas de Alexander Oparin (El origen de la Vida) y Stephen Hawking (Historia del Tiempo).

¹³⁵ (Dussel, 2009, pp. 338-339)

Capítulo § 3. De lo normativo a la norma jurídica.

3.1. Comunidad Jurídica-política y Momento fundacional

La comunidad, como interrelación cualitativa entre los miembros de una determinada sociedad, conforma normas, voluntad, instituciones pero también formas de intercambiabilidad, distribución de la riqueza, hace justicia, establece la veracidad o falsedad de los dioses. No es que sea multiforme, sino que en ella se puede establecer incluso las variaciones del sentido, conformando la cultura y las instituciones que derivan¹³⁶. La comunidad adopta las posibilidades que las condiciones-necesidades le exigen y le permiten (tomando en cuenta que puede ser bastante pragmática en esta resolución¹³⁷)

Su existencia y capacidad es la condición necesaria para evitar la muerte, en el comienzo, y luego el sometimiento¹³⁸. Es además claro que es por la existencia de la comunidad jurídica que el sujeto realiza normas-acciones jurídicas¹³⁹.

De la noción de que el hombre es un animal político¹⁴⁰, cierta, pero sólo en sentido estricto, parece derivarse que toda comunidad es política (y es cierto pero no en un sentido restrictivo). No queremos dejar pasar que la necesidad de entender a la comunidad como política tiene que ver con la prehistoria de la que necesitamos salir y que alcanzar la comunidad ética nos remita a referencias comunitarias en sus momentos económico, jurídico, ecológica, etc.

¹³⁶ "En la realidad histórica se encuentran continuamente combinaciones y mezclas de estos tipos, porque de cada comunidad política forman parte tanto la legislación como la jurisdicción, el gobierno y la Administración." (Schmitt, 1971, p. 7)

¹³⁷ "No debe olvidarse la célebre definición ciceroniana de res pública, de acuerdo con la cual es una "cosa del pueblo" cuando por "pueblo" no se entiende cualquier agregación de hombres sino una sociedad que se mantiene integrada no sólo por vínculos jurídicos, sino por la "utilitatis comunione", (utilidad común) (De re publica, I, 41, 48)" (Bobbio, 1989, p. 14)

¹³⁸ "Mientras un Estado logra vincular más a sus súbditos, más logra hacerse independiente de los otros estados" (Ídem, p. 140)

¹³⁹ "De acuerdo con Richard Thoma (Handbuch des deutschen Staatsrechts, vol. 2, página 127), incluso podría descubrirse en cada acto político singular, junto a un elemento de legislación, un elemento de administración y un elemento de decisión judicial." (Schmitt, 1971, p. 5)

¹⁴⁰ (Aristóteles, 1994)

Incorporando lo anterior con la reflexión sobre lo ontológico de lo jurídico y lo político (que interrumpimos para situar el campo) encontramos en la comunidad, el agrupamiento, no puede ser sólo un amontonamiento de personas, un dato a registrar cuantitativamente. Si en la persona existe una voluntad¹⁴¹ en la comunidad encontramos “el modo de la existencia humana”¹⁴² y sólo allí podremos encontrar lo político y jurídico. Condición que nos viene desde la génesis misma de la sociedad, ya que los humanos, como animales gregarios, debieron preservar comunidades en las que existiera una voluntad de vivir al tiempo que una protección de la vida, que posibilitaran la subsistencia (no en plena armonía, no idílica, para todos los individuos pero sí que garantizara la vida del conjunto)¹⁴³. Este momento fundante de lo político es distinto al “Estado de Guerra”¹⁴⁴ de los filósofos modernos, puesto que se coloca en una base material empírica y teóricamente más plausible. Leamos lo que nos plantea Dussel:

“En el Arqueosistema paleolítico la humanidad debió superar la organización esterilizante del macho dominante en la organización de la vida entre los primates (orden jerárquico entre los miembros que sólo permitía un pequeño grupo de primates en muy poco número, porque no contaba con la posibilidad de <<organizar>> el querer vivir con la complejidad que exigía una comunidad mayor. [...] La capacidad inteligente práctica de la nueva especie, por la que podía <<darse razones>>, el desarrollo de la posibilidad lingüística como medio de comunicación, debió permitir llegar a <<acuerdos>> para dirigir todas las voluntades, con funciones heterogéneas (uno dirigía el grupo, otro cubría un campo de huida de la presa, otro atacaba

¹⁴¹ “La voluntad es la *potentia* primera que instituye y abre el ámbito de todo lo querido desde un por-sí-mismo como el que maneja y controla lo que pone y en cuanto quiere ponerlo desde su soberanía, su *ser-señor*, su <<Poder-poner>>”. (Dussel, 2009, p. 51)

¹⁴² (Dussel, 2014, p. 24)

¹⁴³ “Si no se lograba el alimento el grupo moría, se extinguía. <<Organizar>> las *voluntades* de los múltiples miembros de la comunidad de aquella primitiva vida humana era condición de permanencia y aumento de la vida, o el enfrentar la inevitable muerte.” (Dussel, 2009, p. 57)

¹⁴⁴ El Estado de Guerra o de Naturaleza (para Hobbes, que es la noción que devendrá más recuperada, ambos se dan simultáneamente), es una construcción de los filósofos modernos desde Locke (Dussel, 2007b) y que también hace suyo Bobbio: “Esta hipótesis [la de una condición humana sin sistema normativo] corresponde al *estado de naturaleza* en el sentido hobbesiano, o sea, de un estado en el cual no existen leyes civiles y por consiguiente no existen deberes sino solo derechos, y todo individuo tiene por su cuenta un derecho sobre toda cosa (*ius in omnia*). El paso del estado de naturaleza al estado civil se hace a través de la limitación de la esfera primitiva de licitud natural (caracterizada por la ausencia de normas imperativas), y esta limitación es efecto de la creación por parte del sumo poder de normas imperativas, primero negativas y luego positivas” (Bobbio, 1999, p. 86), en otros textos Bobbio incluso va más allá: “El derecho privado o de los privados es el derecho del estado de naturaleza, cuyos institutos fundamentales son la propiedad y el contrato; el derecho público es el derecho que emana del Estado, constituido por la supresión del estado de naturaleza” (Bobbio, 1989, p. 19). En nuestra interpretación, el estado de naturaleza es una formulación ideológica para describir momentos concretos (aún existentes) de las relaciones sociales y personales: es un momento de choque entre individuos, grupos, sociedades o entre estos.

frontalmente, etc.) hacia un mismo objetivo sin contradicciones. El poder <<poner>> se hizo más potente, poderoso, fuerte. Aunó las voluntades, no como simple suma de identidades, sino como una organización funcional heterogénea, disciplinada, jerarquizada.”¹⁴⁵

En este momento fundacional se puede percibir, al mismo tiempo el nacimiento de lo normativo (sin la diferenciación óptica entre derecho, moral y costumbre). Sin embargo la indiferenciación de la comunidad no puede permanecer permanentemente a cargo de todos los individuos que la conforman, es necesario un delegar, un estructurar. Este paso es el instituir y en ese sentido instituir también implica una cierta determinación sobre la vida “privada” de las personas:

Comunidad jurídica que siempre se ha protegido contra el “libre albedrío” jurídico: “*ius publicum privatorum pactis mutari non potest*”, (el derecho público no puede ser modificado por pactos entre privados), (Digesto, 38, 2, 14) o “*privatorum conventio iuri publico non derogat*”, (una convención entre privados no deroga el derecho público), (ibid, 45,50,17)”¹⁴⁶

En este sentido nos distanciamos de la interpretación de Kelsen en cuanto a que concebir que la comunidad jurídica es equiparable al Estado¹⁴⁷. Aunque ciertamente concordamos en que la comunidad detenta el monopolio de la sanción (y de la violencia en sí).

3.2. Lo institucional (entes jurídicos y políticos)

“Nadie puede dar leyes a sí mismo”¹⁴⁸

Si la voluntad de vida o la protección de la vida no tuvieran una existencia real derivada de ésta, no habría mediaciones que derivaran en la cada vez más compleja vida en sociedad. Sólo los grupos sociales muy pequeños no instituyen mediaciones y la única manera de permanecer así es no desarrollar sus fuerzas productivas. Este mandato de servir a la comunidad, o de determinar los límites de la voluntad y proteger la vida, se delega porque la comunidad no puede estar permanentemente deliberando, determinando y actuando en conjunto. Además de la necesidad de la vida-privada como

¹⁴⁵ (Dussel, 2009, p. 57)

¹⁴⁶ (Bobbio, 1989, p. 14)

¹⁴⁷ (Kelsen, 1960, p. 57)

¹⁴⁸ (interpretación de Ulpiano por Bobbio, 1989, p. 134)

forma “separada” de la comunitaria. Este poder delegado se convierte así en la aparición “fenoménica” del poder¹⁴⁹.

También la comunidad establece mediciones para prevenir y reaccionar tanto en defensa de la proximidad como para determinar si la voluntad fetichizada se vuelca contra la comunidad. La mediación es primero acuerdo comunitario, y en algún momento se vuelve un escrito, que dará pie a que alguien, también delegado, interprete la voluntad de la comunidad, se delega así la determinación de lo justo (acorde a la vida) e injusto (contrario a ésta). Aparece así la norma, desprendida de la reacción de la comunidad consensada y clara, junto con la jurisdicción; ambos se convierten en fenómenos. Estamos en el momento fundacional a partir del cual podemos distinguir los entes políticos y jurídicos (también de los económicos) cada vez más nítidos y complejos. Es el momento en que las instituciones se conforman como fenómenos, aún sin las distinciones de nuestra época, pero ya distinguibles de otras relaciones sociales.

Estas incipientes instituciones como entes, “ser-ahí”, implican la correspondencia de funciones que se diferencian en los distintos campos (por ejemplo el Ministro de la Suprema Corte cumple una función del campo jurídico como juez y al mismo tiempo puede sentar jurisprudencia en casos estrictamente políticos como en la controversia constitucional entre poderes). Estos entes no son estáticos ni puros, su necesidad creciente de mediaciones es para ir más allá de su capacidad y aumentar la vida¹⁵⁰ o para protegerla de nuevos peligros (ya no sólo frente la naturaleza o la voluntad fetichizada de alguna persona), la complejidad obliga, mediante necesidad a que la comunidad que se limite-limitando y que establezca normas para encausar sus fuerzas. Los entes políticos y jurídicos parten de las mediaciones para garantizar la vida en comunidad, los sistemas que se han constituido a partir de éstos en su complejidad parezcan ser obra de la mera “razón”. Esta noción es importante porque lo institucional

¹⁴⁹ El poder ejercido por *delegación* institucional por los representantes (sea un rey, un senado oligárquico o aristocrático, un gobierno democrático, etc.) es el <<ente>>, es el <<ser>> político <<determinado>> (*Da-sein*: el poder político dado ahí, ante los ojos, a la mano), el momento político fundado en el *ser de la política* (la *potentia*). [...]. El poder institucional y delegado hace su aparición fenoménica: el poder *óntico* (a diferencia del poder *ontológico*: la *potentia*). (Dussel, 2009, p. 61)

¹⁵⁰ “<<la esencia del Poder>> contiene la necesidad del <<sobre-pasarse>>, de tener la capacidad de <<ir más allá de sí mismo>>, simultáneamente como permanencia y como aumento de la vida. Poder es poder-poner las mediaciones de ese permanecer y crecer de la vida.” (Ídem, p. 52)

existe con la humanidad desde sus orígenes, y lo que conocemos como Estado es una de sus formaciones históricas (con sus cambios).¹⁵¹

Estos entes son, además, construcciones de la intersubjetividad que a su vez construyen una objetividad pública modificadora de la comunidad que define a la subjetividad, misma que se integra no pasivamente a la intersubjetividad. Sobre esta noción consideramos lo que sigue:

“La subjetividad se identifica con la corporalidad humana; la experiencia <<de piel *hacia dentro*>> (desde un punto de vista físico, neuronal, psíquico, intencional) es el ámbito de la subjetividad. La subjetividad (el yo, el consciente, el inconsciente, etc.) tiene una constitución intersubjetiva, ya que se da desde siempre entre relaciones humanas (el padre, la madre, la gran familia, el barrio, la escuela, etc.); determinaciones relativas expresadas por la *a* [relación comunidad subjetividad]. El sujeto es constitutivamente intersubjetivo (por ejemplo, el complejo de Edipo, momento fundante del imaginario singular, que condiciona en parte sus pulsiones y la constitución de su propia mismidad *psíquica*). Los sujetos como participantes de la comunidad (flecha *b* [relación subjetividad a intersubjetividad]) <<ponen>>, por su parte, instituciones intersubjetivas, que obligan a todos sus miembros en el ámbito de la objetividad pública (*d* [relación de intersubjetividad a objetividad pública]), independientes desde ese momento, en cierta manera, de la voluntad monológica de los agentes. Estas *instituciones* objetivas (el sistema del derecho, económico, administrativo, familiar, educativo) organizan y determinan histórica y empíricamente a todos los momentos de la intersubjetividad (*e* [relación de la objetividad pública con la comunidad]); *constituyen*, al mismo tiempo, la subjetividad *social* de cada uno de sus miembros (nuevamente la flecha *a*, que se enrosca en otro círculo como una espiral creciente).”¹⁵²

En este sentido la subjetividad, pero más bien la intersubjetividad es una noción que nos permite una integración allí donde algunos neopositivistas enuncian una “espiritualidad”¹⁵³ que raya entre el ánimo individual y algún espíritu trascendental, y debemos entender que es la interrelación de ambas, que funda la proximidad.

¹⁵¹ En este sentido creemos oportuno vincular con el pensamiento de Poulantzas: “La división de clases y la lucha de clases no pueden, por tanto, pensarse como *origen* del Estado” (Poulantzas, 1980, pp. 41)

¹⁵² (Dussel, 2009, p. 98)

¹⁵³ “El sistema jurídico es una estructura normativa de carácter espiritual...” (Rojas Amandi, 2008, p. 112) o posiciones que podrían ubicarse más del lado del idealismo como: “Así el derecho tiene una realidad que se podría denominar espiritual, diferente e independiente de la realidad social y natural que a diario se vive” (Rojas Amandi, 2008, p. 113).

Integrando lo anterior, si el poder delegado es la aparición del ente político, el acuerdo sobre la norma, así como la delegación de la mediación en el conflicto entre dos y de protección de la vida (que necesita institucionalizarse y no ser sólo práctica jurídica aislada) implica la aparición de los entes jurídicos y su desenvolvimiento posterior. En este sentido las instituciones son entes jurídicos y políticos (como también los hay económicos y ritualistas), dotados de sentido y cuyo conflicto interno y “externo” (refiriéndose a la sociedad) es permanente. Las instituciones son una forma “objetiva-pública” de la intersubjetividad.

El análisis psicoanalítico (al cual también refiere la idea de intersubjetividad) de la importancia de las instituciones aporta para entender los alcances de éstas. En este sentido incorporamos las reflexiones de R.Kaës (aunque percibimos que no integra el análisis del momento fundacional sino que parte de ley que en nuestra valoración es posterior o al menos simultáneo a la institución), quien retoma planteamientos de Castoriadis: “La institución es el conjunto de formas y estructuras sociales instituidas por la ley y la costumbre: regula nuestras relaciones, nos preexiste y se impone a nosotros: se inscribe en relaciones de permanencia”¹⁵⁴ a lo que R. Kaës agrega otras “distinciones”:

1. Lo simbólico o imaginario, es decir “la capacidad original de producción y de movilización de los símbolos que, en el orden social, están ligados a la historia y evolucionan”¹⁵⁵ -es decir el modo en que la institución se da a saber, noción que retoma de Castoriadis-;
2. La oposición y articulación de institución y organización¹⁵⁶;
3. Ser “una formación psíquica”: es decir “Moviliza cargas y representaciones que contribuyen a la regulación endopsíquica y aseguran las bases de la identificación del sujeto al conjunto social; constituye, como volveré a destacarlo, el trasfondo

¹⁵⁴ (Kaës et al., 1989, p. 22)

¹⁵⁵ (Ídem, p. 23)

¹⁵⁶ (Ídem, p. 23)

de la vida psíquica en el que pueden ser depositadas y contenidas algunas partes de la psique que escapan de la realidad psíquica”.¹⁵⁷

No olvidemos que la voluntad de vivir es el fundamento material, pero no se refiere a la vida como hecho biológico, ya que el humano no es una bacteria cuyo impulso de vida es irreflexivo, sino que el humano además construye-construido un mundo y una cultura. En el caso de lo jurídico, junto con la institución, con el advenimiento de la ley consensada y escrita se protege en primer lugar la vida, la paz, la alegría¹⁵⁸, se protege la proximidad¹⁵⁹ etcétera.

Es la norma una necesidad, puesto que, y sin toda la connotación pesimista y naturalista, pareciera que se cumple la sentencia Thomas Paine (citado en Bobbio, 1989, p. 40) que se podría parafrasear así: la sociedad es creada por nuestras necesidades y el Derecho por nuestra “tendencia a la maldad”.

Integramos lo institucional porque consideramos que la articulación humana, comenzando por la comunidad, es decir lo institucional en los primeros tiempos de la humanidad no distinguía claramente respecto poder, norma economía sino que todas eran expresiones de la humanidad. Lo institucional resulta ser así la totalidad primera y necesaria donde se desenvuelve las mediaciones normativas, políticas, económicas¹⁶⁰.

3.3. Potentia y potestas, nomos e ius

Qué expresión tiene lo institucional en lo jurídico y lo político, es decir cómo son los entes que aparecen. Dussel nos los refiere en lo político como *potestas* y *potentia*:

¹⁵⁷ (Ídem, p. 25).

¹⁵⁸ Nos dice L. Rozitchner: “Ya no necesitamos ser vigilados por el otro: la cultura interioriza la ley del sistema para hacernos más independientes como individualidades autónomas” (Freud et al., 1983, p. 280).

¹⁵⁹ La originaria, histórica, la arqueológica frente a la escatológica (en un conflicto perpetuo). Se protege frente a la fetichización latente.

¹⁶⁰ En el caso de lo económico Engels lo señala así al hablar de la autoridad: “Hemos visto, pues, que, de una parte, cierta autoridad, delegada como sea, y de otra, cierta subordinación, son cosas que, independientemente de toda organización social, se nos imponen con las condiciones materiales en las que producimos y hacemos circular los productos.” (Engels, 1873)

“La *potentia* es el poder de la comunidad política misma; es (a) la pluralidad de todas las voluntades (momento material) o de la mayoría hegemónica, (b) aunada por el consenso (momento formal discursivo), y (c) cuenta con medios instrumentales para ejercer su poder—poner mediaciones (momento de las mediaciones, de factibilidad). Son entonces, por ahora, tres determinaciones esenciales del poder como *potentia*.”¹⁶¹

En cuanto a la *potestas*, Dussel nos indica:

“La *potentia*, el poder político de la comunidad, se constituye como voluntad consensual *instituyente*: se da instituciones para que mediata, heterogénea, diferenciadamente pueda *ejercerse* el poder (la *potestas* de los que mandan) que desde abajo (la *potentia*) es el fundamento de tal ejercicio (y por ello el poder legítimo es el ejercido por los que mandan obedeciendo).”¹⁶²

Esta “escisión”, como la llama Dussel, no significa que la *potentia* sea nítida o pierda importancia (como tampoco que se active contra la *potestas*) convirtiéndose en una categoría sin utilidad o sustento empírico, sino que ésta se encuentra presente como el fundamento de lo político¹⁶³.

Esta noción nos permite entender que la idea de autoridad comparable con mando¹⁶⁴ o dominación pura, es la descripción de la forma fetichizada de la *potestas* y no así su descripción única, misma que nos conduciría a una idea negativa de lo político (como la del anarquismo o el neoliberalismo).

En cuanto a lo jurídico la violencia que reprime va precedida del señalamiento, categorización, de límites en la comunidad, es también un debate y consenso; posteriormente se nombra el límite, la transgresión, lo que se protege, se pronuncia lo

¹⁶¹ Dussel, 2009, p. 60

¹⁶² Ídem, p. 61

¹⁶³ “La <<escisión>> ontológica *determina, finitiza*, transforma el <<ser>> en un <<ser-ahí>> (*Da-sein*): un ente. De la misma manera, debe entenderse que la *potentia* (el poder originario, in-escindido, in-determinado, referencia última en la construcción de todas las categorías, bajo pena de caer en fetichismo) de la comunidad política (origen y lugar de la regeneración de la *potestas*) es como el <<ser>>, el fundamento abismal de la política (de lo político, del campo político como político). Todo lo que se llame <<político>> tendrá que fundarse en última instancia en esta *potentia*. Pero en cuanto tal y si no fuera determinada de ninguna manera (es decir, heterogéneamente institucionalizada) permanecería <<vacía>>, como una <<nada>> política: pura *potentia* sin realización alguna, sin performatividad” (Ídem, p. 60)

¹⁶⁴ Como en esa afirmación: “El uso de la fuerza lo aplican en estos casos los miembros de los grupos esenciales de la sociedad. La facultad que detentan para el efecto se conoce como *autoridad* o *mando*” (Rojas Amandi, 2008, p. 195)

protegido y lo no permitido. Se instituye entonces quiénes y cómo determinarán la norma o la transgresión. El *nomos* y el *ius* (qué integra la *lex* y la *iurisdictio*) de la comunidad jurídica. En cuanto a la primer categoría recuperamos la palabra *nomos*, en la sugerencia que hace C. Schmitt (aunque no en todos sus rasgos, como veremos más abajo) de recuperar el origen de las categorías que dieron origen a la noción de norma (o derecho), recuperar su sentido material tan olvidado después de sistemas normativos fetichizados y “ciencias jurídicas” justificadoras de la desigualdad y el delito. El sentido, que recupera Schmitt, es importante porque implica la no separación del *Ser* y el *Deber* que siempre está presente en la comunidad (lo normativo, sin lo cual la subsistencia y desarrollo habría sido imposible), nuestro autor señala estos puntos, agregando una crítica muy interesante al positivismo:

“A pesar de la modificación de la forma de pensamiento y expresión que ya inició en la época clásica, siempre ha sido perceptible que la palabra *nomos* no indicaba originalmente, en modo alguno, una mera disposición en la que pudiera separarse el *Ser* y el *Deber* y dejar de tenerse en cuenta la estructura espacial de una ordenación concreta. Esta utilización ulterior forma parte, más bien, del lenguaje usado en una época decadente, que ya no era capaz de establecer el enlace con su origen y comienzo y que no distinguía el derecho fundamental, como ordenación y sentamiento concretos, de las diversas disposiciones, reglamentos, órdenes, medidas y preceptos que trae consigo la dirección y el gobierno de una comunidad.”¹⁶⁵

Consideramos que la reflexión y crítica son acertadas, en lo que nos distanciamos es en la aplicación concreta: Schmitt señala al *nomos* como la forma de ordenación del espacio, de la que se deriva la ordenación de lo político y lo social en un pueblo, del mismo modo en que Hegel habla de la propiedad privada como origen del derecho. Discrepamos en cuanto consideramos que incluso las comunidades nómadas cuentan ya con ordenabilidad y que la noción de *nomos* se refiere esencialmente a límites, como cuando retoma: “Sobre todo puede considerarse el *nomos* como una muralla”¹⁶⁶ o la idea de ordenamiento: “esta palabra no debe perder su vinculación con un acontecimiento

¹⁶⁵ (Schmitt, 2005, p. 51)

¹⁶⁶ (Ídem, p. 52)

histórico, con un acto constitutivo de ordenación del espacio”¹⁶⁷. Vemos en las propias afirmaciones de Schmitt otras posibilidades, por ejemplo cuando afirma:

“El cerco protector, la valla formada por seres humanos, el cerco de hombres es una forma primitiva de la convivencia en el culto y de la convivencia jurídica y política. Este conocimiento de que el derecho y la paz se basan originalmente en cercados en el sentido espacial nos será confirmado aún muchas veces de manera fecunda en el curso de nuestras consideraciones.”¹⁶⁸

Es decir una noción en la que lo percibido e instrumentado por los sujetos es también objetivo aunque no un “objeto” sensual. Nosotros nos quedamos con la definición, aún no acotada a la “toma de la tierra”¹⁶⁹ en el que se puede integrar de manera crítica a un marco categorial como el que estamos apuntando aquí:

“El nomos, en su sentido original, sin embargo, es precisamente la plena inmediatez de una fuerza jurídica no atribuida por leyes; es un acontecimiento histórico constitutivo, un acto de *legitimidad*, que es el que da sentido a la legalidad de la mera ley”¹⁷⁰

Esta indiferenciación tuvo que escindirse y se realizó por acuerdo de la comunidad. De este modo podemos sintetizar, realizando nuestra adaptación de una de las acepciones de Schmitt, que el *nomos* es la plena inmediatez de comunidad confiriéndose sus límites, protegiendo la vida y la proximidad; generando el sentido y justificación de cualquier norma o sistema jurídico; la protección no mediada, la norma-siendo. Además consideramos que la categoría *nomos* permite integrar los aportes iusnaturalistas sin incorporar al mismo tiempo la carga especulativa y moderna (en cuanto ideología jurídica de la burguesía en ascenso)¹⁷¹.

¹⁶⁷ (Ídem, p. 53)

¹⁶⁸ (Ídem, p. 57)

¹⁶⁹ (Ídem, p. 61)

¹⁷⁰ (Ídem, pp. 60-61) y que consideramos que es más amplia y adecuada a la realidad que la expresión sobre la que él gira principalmente sus reflexiones sobre el derecho de gentes: “La palabra griega para la primera medición en la que se basan todas las mediciones ulteriores, para la primera toma de la tierra como primera partición y división del espacio, para la partición y distribución primitiva es: *nomos*” (Ídem, p. 48)

¹⁷¹ Y en este sentido recuperar las nociones de quienes desde el neopositivismo asumen posturas naturalistas: “por encima de las leyes puestas por los gobernantes hay otras leyes que no dependen de la voluntad de los gobernantes, y son las leyes naturales, derivadas de la propia naturaleza del hombre que vive en sociedad; o bien, las leyes cuya fuerza obligatoria proviene de estar arraigadas en lo que es la tradición” (Bobbio, 1989, p. 132)

La *nomos* se escinde por la comunidad cuando se dice¹⁷² (*ius dicit*) y se elige¹⁷³ (*lex*) para constituirse como *ius* instituyente¹⁷⁴. La recuperación de la palabra de sus orígenes latinos tiene que ver con una interpretación que reivindicada por el Dr. Benjamín García-Hernández¹⁷⁵ de las nociones de Ihering y la intuición de Carnelutti¹⁷⁶ cobrando sentidos que recuperamos:

“*ius* tiene una naturaleza clara, es la social; la misma que heredó su sustituto *directum* (> *derecho*). [...] Y con esta vocación social, ni más ni menos, surgió la palabra *ius* con sentido jurídico. Vinculado etimológicamente al verbo *iungere* ('unir'), *ius*, *iuris*, era la 'unión', la 'fórmula de unión', la fórmula de arreglo que se aplicaba cuando la convivencia se alteraba. Su sentido jurídico surge, pues, como un modo de poner remedio a los desarreglos sociales. Esta naturaleza social del Derecho quedó grabada lapidariamente en la máxima *ubi societas ibi ius*”¹⁷⁷

A la última expresión latina, el autor le da una traducción bastante interpretativa como “<<donde [hay] sociedad, allí [surge] el derecho>>”¹⁷⁸, mientras que su traducción literal, en su rudeza, guarda para nosotros una interpretación más acorde a lo que

¹⁷² En una doble acepción: es cuando se enuncia la norma y cuando se enuncia el castigo o la forma concreta de restituir lo desunido (como ligazón perdida de la comunidad o hacia algo en concreto).

¹⁷³ Es de mucho aporte en este sentido la aproximación etimológica, que señala Pabón Acuña, entre *lex*, *legere* y elección: “Ahora bien, debemos señalar que entre los pactos o contratos de particulares y los mandatos públicos hay una gran diferencia que hace imposible el paso de la primera a la segunda acepción. Efectivamente, en un pacto o convenio se hace algo o se da algo a cambio de una cosa o de un servicio de otro contratante. En cambio, la *lex* romana por antonomasia (la *centuriata*, y lo mismo probablemente la *curiata* y con el tiempo los plebiscitos) estaba basada no en una imposición al pueblo por parte de los magistrados ni en el hecho de que se diera algo a cambio, sino en la elección que hacía el pueblo de obligarse (caso de ser positiva su respuesta) a cumplir por propia voluntad unas determinadas normas. Las fórmulas al respecto y la manera de votar las leyes no dejan lugar a dudas; por otra parte, el papel del magistrado que intervenía juntamente con el pueblo en las leyes, se limitaba a preguntar a éste si aceptaba de voluntad propia lo que se le proponía (*rogo vos velitis iubeatis*), y no había ninguna presión ni a favor ni en contra de la propuesta, y sólo cuando el pueblo contestaba que estaba de acuerdo, se convertía en *Lex*; su función era, pues, la de velar porque el proceso se desarrollase de acuerdo con las normas establecidas y la de dar fe de la votación de la ley. [...] Entre los particulares se cambiaba una cosa por otra, ante la ley, en cambio, todos debían someterse por igual (senado y pueblo).” (Pabón de Acuña, 1983, p. 2). Noción que podría aproximarnos a una idea de la institucionalidad de la norma no únicamente vinculada a la autoridad política, sino también directamente como elección del pueblo.

¹⁷⁴ Siguiendo una ruta inspirada en las nociones de Dussel arriba descritas.

¹⁷⁵ Acepción que es retomada también, aunque desde sus propias investigaciones, en algunos sectores de la academia mexicana: “En síntesis, “*ius*” denota siempre y bajo cualquier mirada que lo contemple y desee entender su verdadero significado, unión heterónoma, a veces transitoria, a veces permanente. Es una forma necesaria, primaria e insustituible de ordenar el cosmos en el que está presente el hombre en cuanto actor.” (Ledesma Uribe, 2011, p. 172)

¹⁷⁶ “Yo creo que el latín es el más transparente de todos los idiomas del mundo. Los glotólogos hasta ahora no han descubierto el vínculo entre *ius* y *iungere*; sin embargo, no dudo de que en la misma raíz de estas dos palabras se manifieste una de las más maravillosas intuiciones del pensamiento humano. El *ius* une a los hombres como el *iugum* liga a los bueyes y como la armadura a los ladrillos” (Carnelutti, 1948, p. 15), Esta noción fue atacada en su tiempo por juristas como “romántica” y por lingüistas como “no apegada a las etimologías”.

¹⁷⁷ (García-Hernández, 2007, p. 50)

¹⁷⁸ (Ídem, p. 50)

venimos señalando, simple pero claro: “donde sociedad, allí el derecho” (o sea norma jurídica).

El *ius* se dice y delega para guardar la unión mediante la búsqueda de soluciones (o al menos sus aproximados), más o menos regulares, que reparen e integren la comunidad (protejan la proximidad y la vida)¹⁷⁹, en procesos (*iurisdictio*¹⁸⁰) que se integran (necesariamente) con un consenso de normas (*lex*); además claro está de vincular a una coacción por parte de la comunidad, una *potestas* u otra institucionalización de la violencia devenida coacción. En el proceso de escisión ya encontramos las que después serán funciones legislativas y judiciales, además de la proposición y estructura de la norma, que serán los rasgos más distintivos de lo jurídico. No en todas las comunidades se da una separación rápida o clara del *ius* respecto de la *potestas*, tampoco siempre la *potestas* determinará la *ius*; en cuanto a la *lex* y la *iurisdictio* puede asignarse o no a la *potestas*; las combinaciones concretas pueden ser muchas, sin embargo la diferenciación de las funciones (sus alcances y orígenes) es más o menos claras para la comunidad jurídica o política.

Se puede también decir que el *ius* guarda similitud con la *potestas* en tanto instituyente, delegada, escisión que marca la aparición de lo ontológico; con la diferencia de que el primero tiene una aparente escisión “objeto u objetiva” en la norma enunciada (originalmente memorizada) o escrita y un elemento más “sujeto o subjetivo” en quien se deposita la interpretación del sentido de la comunidad para enunciar el *ius* concreto. Esta “dualidad”-marcada del *ius* hará parecer que sus entes puedan disociarse o interpretarse como elementos distintos, autónomos, separados o incluso asignárseles como exclusivos de otros fenómenos, como por ejemplo la *potestas*; sin embargo la relación

¹⁷⁹ En un sentido similar lo señala Luhmann: “la dogmática jurídica nos ofrece una de las varias soluciones funcionalmente equivalentes para el problema de poner en relación las relaciones de aplicación de derecho, con notables ventajas en lo que se refiere al control sobre cantidades incontrolables de decisiones” (Luhmann, 1983, pp. 33–34)

¹⁸⁰ Por ejemplo el ilustre procesalista Ovalle nos indica: “La palabra jurisdicción proviene del latín *iurisdictio*, que se forma de la locución *ius dicere*, la cual literalmente significa ‘decir o indicar el derecho’. Este significado etimológico no nos permite determinar el carácter específico de la jurisdicción, pues si bien es cierto que, en ejercicio de la función jurisdiccional, el juzgador “dice el derecho” en la sentencia, también lo es que, en ejercicio de la función legislativa y de la función administrativa, el órgano legislativo y el agente de la administración pública también “dicen el derecho” en la ley y en el acto administrativo, respectivamente. En el derecho romano -en el que, como es obvio, no rigió el principio moderno de la división de poderes- la *iurisdictio* era una más de las funciones de los magistrados” (Ovalle Favela, 2005, p. 110).

es de una codependencia absoluta: sin lo dicho no hay nada a consensar, sin consenso (por mínimo que sea) lo dicho no une.

Por otra parte la comunidad también dice muchas cosas más, delibera sobre la vida en general, señala el daño que causan sucesos, actos o fenómenos, así también sobre el beneficio de hacer determinadas cosas. Pero sólo sobre unas conductas en específico asigna sanción (diferente a la condena que puede ser del orden moral) y plantea una tarea a ejecutar por la comunidad (ejercitando así todo su poder). También, como garante máximo de la vida (comunidad jurídica plena), dice las normas, decide quién se hará cargo de las infracciones y los infractores, escinde la declaración de justicia y le da exterioridad a las normas¹⁸¹. Como el viejo señalamiento de Marx de que las relaciones sociales son más amplias que las relaciones de producción, del mismo modo pasa que la comunidad es más que las categorías de “comunidad jurídica” y “comunidad política” porque trata hasta de lo “insignificante” para otras disciplinas.

La *potestas* y el *ius*, cobran plena expresión en como entes pero estos no están aislados ni son autónomos puesto que es lo institucional donde se articulan y establecen relaciones complejas conformándose, siempre, en sistemas¹⁸² que hagan plenamente realizables las necesidades y deseos para los cuales se realizó la escisión de la *potestas* y el *ius*.

En esta escisión la violencia de la comunidad se instituye, se le entrega en ejercicio lo instituido, del ejercicio aleatorio y común de la violencia se pasa al ejercicio delegado de la coacción¹⁸³.

¹⁸¹ Y de ahí se nota más fría, menos viva que la voluntad en lo político.

¹⁸² Hecho reconocido incluso como condición *sine qua non* por los positivistas: “para que el precepto evite los posibles daños y peligros contra el bien jurídicamente protegido –sistema jurídico-, se requiere determinada garantía institucional previa, consistente en cierta organización política, administrativa y social que permita al sistema jurídico –fijado abstractamente en forma de *Constitución*, leyes, tratados internacionales, reglamentos, etc. –fungir como medio de control social real y efectivo de la sociedad.” (Rojas Amandi, 2008, p. 132). Si bien aquí habla de la constitución como la que establece abstractamente, nos podemos percatar que no es la ley la que funda la sociedad puesto que ella necesita un entramado institucional básico, mismo que se conformó lentamente aparejada del *nomos* y la *potestas*; sí hubo un salto cualitativo en algún punto, pero ese no es el punto de partida sino la proximidad y la lejanía.

¹⁸³ “Si es verdad que la ley organiza esa violencia, no hay ley o derecho en esta sociedad sin un aparato que fuerce su aplicación y asegure su eficacia, su existencia social, en suma: *la eficacia de la ley no es nunca la del puro discurso, la de la palabra y la norma emitida*. Si no hay violencia sin ley, la ley presupone siempre la fuerza

Ya vamos abandonando lo ontológico, algunas de las cosas de las descritas son más próximas a lo óntico, es necesario pasar al mundo a las interpretaciones particulares que se establecen a partir de “procesos de abstracción”¹⁸⁴ es decir, que “Se efectúan *cortes* epistemológicos para poder simplificar su manejo”¹⁸⁵ que constituyen “mundos particulares”, esto son los que Dussel denominará “campos”. Para poder ubicar los elementos que se encuentran en el límite de lo jurídico es necesario entender el campo jurídico.

3.4. El campo jurídico

Las acciones, sucesos, instituciones, sistemas de lo jurídico y lo político; dentro de un espacio propio, lo denominaremos con Dussel¹⁸⁶ (quien a su vez interpreta el concepto original de Bourdieu) *campo*¹⁸⁷, ya sea jurídico o político. Un campo puede estar atravesado o relacionado con otros y a su vez estructurado dentro de él uno o varios sistemas y subsistemas¹⁸⁸.

Antes de profundizar en ese punto consideramos necesario evitar confusiones, para esto recurrimos a la explicación de Dussel:

“El *mundo cotidiano* no es la suma de todos los *campos*, ni los campos son la suma de todos los *sistemas*, sino que los primeros (el mundo, el campo) engloban y sobreabundan siempre a los segundos (los campos, o sistemas), como la realidad siempre excede todos los posibles *mundos*, *campos* o *sistemas*; porque al final, los tres se abren y se constituyen como dimensiones de la intersubjetividad. Y esto es así porque los sujetos están inmersos ya desde siempre en *redes*

organizada al servicio del legislador (el brazo secular). Más prosaicamente: la fuerza sigue estando del lado de la ley”. (Poulantzas, 1980, p. 100)

¹⁸⁴ (Dussel, 2014, p.46)

¹⁸⁵ (Ídem, p. 26)

¹⁸⁶ Es interesante la interpretación de Dussel cuando incluye en el análisis de campo los avances de la neurología: “El *campo* es, cerebralmente hablando, un *mapa* de muchos *mapas*, que unifica un *espacio* (neuronal, intencional) de prácticas, léxico, memorización de comportamientos, evaluación de mediaciones, comportamientos en sistemas, etc., y que se activa en su totalidad cuando alguien expresa, por ejemplo, la palabra: *política*; o cuando emprende una acción *política* en cualquier nivel que fuere, o al entrar a una asamblea de representantes de un parlamento.” (Dussel, 2009, p. 95)

¹⁸⁷ (Dussel, 2006, p. 15)

¹⁸⁸ (Ibídem, p. 15)

intersubjetivas, en múltiples relaciones funcionales que juegan el lugar de *nodos* vivientes y materiales insustituibles.”¹⁸⁹

El campo jurídico, no ha sido estudiado a profundidad por Dussel (aunque tampoco olvidado, gran parte de su concepción se encuentran en su gran obra *Política de la Liberación*). En cuanto a la definición que propone Bourdieu esta es reductiva del campo jurídico a lo judicial¹⁹⁰ junto a las acciones que establecen los litigantes. Es por esto que nos gustaría aportar, desde el horizonte de la Filosofía de la Liberación (y sin abandonar los aportes de Bourdieu), aunque con desarrollos propios, un tanto alejados de la noción politizante, sobre este campo particular.

Para ir aterrizando las generalidades de la categoría campo nos sintetiza Setián Ravina la visión de Bourdieu:

“Los elementos que caracterizan a un campo serían:

1. Ser un espacio limitado.
2. Ser un espacio de lucha.
3. Ser un espacio definido mediante regularidades de conducta y reglas aceptadas.
4. Presentar momentos de crisis coyunturales, donde las reglas que hasta ese momento venían regulando el juego se cuestionan.
5. Ser un espacio donde la distribución de fuerzas es desigual.”¹⁹¹

Al ir concretando los rasgos del campo jurídico ya es momento de concretar el sentido de interdependencia con el campo político¹⁹²; sobre todo porque la *potestas*, y el *ius* tienen un nacimiento común con lo institucional y luego en la constituyente que es una

¹⁸⁹ (Ibídem, p. 15)

¹⁹⁰ Bourdieu en el texto que citamos a continuación, abunda en ejemplos y referencias de la actividad judicial como la que “funda el campo jurídico”, para nosotros no es así; aquí un claro ejemplo (las negritas son nuestras): “El hecho de que la entrada en el universo jurídico implique la aceptación tácita de la ley fundamental del campo jurídico, de la tautología constitutiva que quiere que los conflictos no puedan ser reglados sino jurídicamente, lo que equivale a hacerlo mediante las reglas y las convenciones del campo jurídico, **determina que la entrada en el universo jurídico se acompañe de una redefinición completa de la experiencia ordinaria y de la situación misma que está en juego en el litigio.**” (Bourdieu, Teubner, & Morales de Setien, 2000, p. 186)

¹⁹¹ (Ídem, p. 62)

¹⁹² “Les connexions entre le champ politique et le champ juridique sont multiples et mutuellement constructives”. (Villegas García, 2009)

asamblea jurídico-política, quienes dictan leyes son representantes electos, por citar algunos de los ejemplos más importantes. La relativa interdependencia no es lo mismo que la noción politizante (en la que se inclina por momentos Dussel, en la que confluye buena parte del marxismo no economicista, y algunos enfoques críticos) del derecho como parte del campo jurídico, se trata de ámbitos comunes de los dos campos; una separación de la noción politizante no significa una carta en blanco al positivismo que tampoco justifica su absoluta independencia. En cuanto a su independencia algo de luz arroja Bourdieu (previo al tratamiento reduccionista):

“Las prácticas y los discursos jurídicos son, en efecto, el producto del funcionamiento de un campo cuya lógica específica está doblemente determinada: en primer lugar, por las relaciones de fuerza específicas que le confieren su estructura y que orientan las luchas o, con mayor precisión, los conflictos de competencia que se dan en él: en segundo lugar, por la lógica interna de las acciones jurídicas que limitan en cada momento el espacio de lo posible y con ello el universo de soluciones propiamente jurídicas.”¹⁹³

Ya que hemos hablado de interdependencia es necesario establecer particularidades; inicialmente del campo jurídico es similar al político: sería un espacio (similar al entorno de N. Luhmann, aunque entendiendo conflictos¹⁹⁴ y relaciones fuera del sistema¹⁹⁵) El espacio donde se desenvuelve el fenómeno de lo normativo-coactivo (en el sentido estricto de la norma jurídica¹⁹⁶, es decir la norma “penada”, siendo también proceso formativo¹⁹⁷ de la sociedad, de lo instituido mediante-mediando el estado), por ejemplo: en forma de sistemas, instituciones, procesos y acciones que tienen que ver con normas jurídicas o con las leyes (ya veremos la distinción) que emanan de la constitución.

¹⁹³ (Bourdieu, Teubner, & Morales de Setien, 2000, p. 159).

¹⁹⁴ Y en esto parece concordar, al menos en algo, la visión de Sartori respecto a la política: “[...] la vida política, es un “campo de contrastes”, un conjunto de *procesos antagónicos*, de fuerzas en contraposición, que proceden mediante golpes y contragolpes” (Sartori, 2000, p. 169)

¹⁹⁵ “(...) un campo es simultáneamente un espacio de conflicto y competición, análogo a un campo de batalla, en el que los participantes pelean por establecer el monopolio sobre el tipo de capital efectivo dentro de él (...) y el poder para decretar la jerarquía y 'los tipos de cambio' entre todas las formas de autoridad en el campo del poder”. (Loic J.D. Wacquant citado por P. Bourdieu en Bourdieu, Teubner, & Morales de Setien, 2000, p. 62)

¹⁹⁶ Siendo la ley constitucional una de sus formas sistémicas más importantes del sistema jurídico estatal en el campo jurídico; expresión que nos parece más precisa dentro del marco categorial que estamos formulando, y que se distancia de la planteada por Bourdieu (Ídem, p. 186)

¹⁹⁷ Una idea sobre la cuál comparte opinión Bobbio: “Pero si observamos un poco desde fuera el desarrollo de la vida de un hombre a través de la actividad educadora que ejercen sobre él sus padres, maestros, etc., nos damos cuenta que este hombre se desarrolla bajo la guía de reglas de conducta. En relación con el sometimiento permanente a nuevas reglas, justamente se ha dicho que la vida entera, y no solo la adolescencia, es un proceso educativo continuo” (Bobbio, 1999, p. 3), idea que consideramos desarrollan con mayor rigor los psicoanalistas.

Donde se desarrollan procesos normativos entre los que encontramos: los procesos de creación de la ley, las funciones judiciales, la legalidad, el trabajo de los abogados, los principios del derecho, las determinaciones sociales que se desprenden de la ley o concluyen en una, además de la función de las instituciones a partir de lo establecido en las leyes que las crean o extinguen; es además donde los sistemas jurídicos coexisten o colisionan y aparecen las normas-acciones jurídicas.

Es además un ámbito en el que hay relaciones de dominación desde el sistema jurídico¹⁹⁸ estatal que también puede entrar en crisis cuando un sistema jurídico social¹⁹⁹ le disputa la legalidad o simplemente cuando carece de legitimidad y la sociedad aspira a una renovación parcial o total basado en sus espiraciones normativas. Uno de sus ámbitos más complejo es el del subcampo judicial y lo correspondiente a los abogados, en lo que incluso se pueden dar las relaciones que Bourdieu denominada “acumulación de capital simbólico”.²⁰⁰

El campo jurídico se encuentra atravesado y “condicionado-condicionando” otros campos como el económico²⁰¹, y tiene un ámbito en el que determina ámbitos de otros, por ejemplo en: la creación legislativa, la integración del aparato judicial, etc. con el campo político²⁰². En el campo jurídico están también las concepciones (enfrentadas²⁰³, y no lo moral, ni aspectos normativos de lo social) sobre el derecho, sus prácticas,

¹⁹⁸ “En un sentido analógico al «lugar» de un «sistema» (como mundo de sentido, tanto para Niklas Luhmann, como de manera más compleja para Heidegger), como un espacio, por una parte, a) «lleno» de fuerzas que lo atraviesan y estructuran (como si fuera un «campo magnético», o como una red que tiene innumerables nudos, donde las cuerdas que la forman se cruzan y se aseguran)” (Dussel, 2007, p. 160).

¹⁹⁹ Esta categoría que desarrollamos aquí tiene ciertas raíces en los planteamientos del pluralismo jurídico que señala el Dr. Óscar Correas.

²⁰⁰ Bourdieu, Teubner, & Morales de Setien, 2000, p. 186.

²⁰¹ Respecto a la no determinación del Derecho por el campo económico (tal cual lo establecerían teóricos del marxismo dogmático o economicistas como los estructuralistas), Bourdieu señala: “Estos críticos, para restituir al derecho su eficacia histórica, se contentan con afirmar que se encuentra ‘profundamente imbricado en la base misma de las relaciones productivas’, tal y como hace, por ejemplo, Edward P. Thompson. Una vez más, la preocupación por situar el derecho en el lugar profundo de las fuerzas históricas, impide percibir dentro de su especificidad el universo social concreto en el cual se produce y se ejerce el derecho.” (Ídem, p. 158)

²⁰² Bourdieu lo dice claro: “De hecho, el poder relativo de los diferentes tipos de capital jurídico dentro de las diferentes tradiciones debe ser puesto en relación con la posición general que ocupa el campo jurídico dentro del campo del poder. Es el campo del poder el que mediante el peso relativo concedido al “gobierno de la ley” (the rule of law) o a la reglamentación burocrática, asigna sus límites estructurales a la eficacia de la acción propiamente jurídica.” (Ídem, p. 171)

²⁰³ Ídem, p. 169

principios, instituciones²⁰⁴; la estructura general de las instituciones y las reglas de conducta particular de los agentes en ellas²⁰⁵ (un espacio común con las relaciones de poder), sus conflictos (sobre todo en momentos de crisis, cambios, reformas, legitimidad emanada de la legalidad, lucha por dictar el “monopolio de decir el derecho”. construcción del sentido jurídico, etc.²⁰⁶).

En este punto deberíamos de abordar el análisis del sistema jurídico, sin embargo es necesario entender algunos elementos de los que se conforma y que también escapan a él, por lo que primero era importante señalar el campo jurídico.

3.5. Sistema jurídico y ley

Es imposible la existencia de una sociedad sedentaria sin normatividad sistematizada, específicamente sin normas exteriorizadas que protejan la vida comunitaria e individual²⁰⁷ las sociedades anteriores tenían todas sus normas en la comunidad, oralmente. El aparecer del *ius* comienza simultáneamente su conformación como sistema jurídico²⁰⁸, si bien es posible que alguna norma haya sido enunciada primero le tuvo que acompañar otra, una delegación de la determinación del *ius* y la coacción; todos estos fenómenos vinculados siempre a la comunidad (la fetichización no rompe el vínculo sólo lo vuelve corrupto). Es vano sentenciar que la proposición de la norma²⁰⁹ sea algo del espíritu o netamente subjetivo, puesto que implica una voluntad y

²⁰⁴ Ídem, p. 63

²⁰⁵ Ibídem.

²⁰⁶ (Ídem, p. 63-64), lo desarrolla en dos puntos, pero nos parece que bien puede sintetizarse en una sola idea que acentúa la interdependencia de los campos jurídico y político.

²⁰⁷ Ni siquiera “hipotéticamente” como lo propone Bobbio: “partamos de la hipótesis [...] de una condición humana en la cual no hay todavía un sistema normativo. Esta situación puede ser definida con la fórmula: *todo es lícito*” (Bobbio, 1999, p. 86).

²⁰⁸ Lo anterior es, probablemente, un sistema normativo, mezclado frecuentemente con la política, el lenguaje, la economía; en el que claro había algunas normas-acciones jurídicas que pudieron sistematizarse con la costumbre, pero que no se integraban como violencia, consenso y discurso.

²⁰⁹ Tema sobre el que volveremos más adelante.

consenso (directo o indirecto), así como funciones: la norma y sus ejercicios son hechos de un sistema²¹⁰, los ordenamientos jurídicos son sistemas (o subsistemas) jurídicos.

Como bien apunta N. Luhmann (a quien seguimos desde la lectura que nos propone la Filosofía de la Liberación), la distinción de la noción de *entorno*²¹¹ y *sistema* es la sustitución más adecuada de la anterior diferenciación entre el *todo* y las *partes*²¹². De este modo:

“Aquello que se entendía como diferencia entre el todo y las partes, se reformula como teoría de la diferenciación del sistema y así se incorpora en el paradigma nuevo. [...]. El sistema total se utiliza a sí mismo como entorno de la formación de sus sistemas parciales”.²¹³

Con lo cual, podemos recuperar la aproximación de definición de sistema de N. Luhmann y a partir de la cual nos aproximaremos a sistemas particulares, es decir los jurídicos:

“Suponemos, sin poder fundamentarlo teóricamente con certeza, que los sistemas deben ser, por lo menos, cantidades de relaciones entre los elementos, pero que se van conformando típicamente mediante posteriores condicionamientos y, con esto, mediante una complejidad mayor”.²¹⁴

Es importante destacar, para nuestro estudio, que un sistema jurídico no puede entenderse como algo inerte, inalterado²¹⁵ u homogéneo. Siguiendo a Dussel, compartimos la idea de sistemas autorreferenciales en N. Luhmann²¹⁶ aunque sin la pretensión de validez general ya que la totalización excluye al Otro, siempre negado, de dichos sistemas. Siendo este último un agente que frecuentemente se convierte en la

²¹⁰ En este sentido discrepamos con la visión de E. G. Máynez: “El derecho, como tal, no es un hecho; pero su ejercicio sí tiene ese carácter” (García Máynez, 1982, p. 15). Aunque recuperamos su construcción argumentativa.

²¹¹ Qué nosotros tomamos como Campo, siguiendo la inclinación de la Filosofía de la Liberación, en esta ámbito particular, por la noción propuesta por Bourdieu.

²¹² Luhmann, 1991, p. 30

²¹³ Ídem, p. 30

²¹⁴ Ídem, p. 45

²¹⁵ “La teoría de los sistemas autoproducentes, autopoieticos, sólo podrá ser trasladada al campo de los sistemas de acción cuando se entienda que los elementos que constituyen al sistema no pueden tener ninguna duración, es decir, los elementos mismos que reproducen al sistema son producidos incesantemente por él”. (Ídem, p. 34)

²¹⁶ “La teoría de sistemas autorreferenciales sostiene que la diferenciación de los sistemas sólo puede llevarse a cabo mediante autorreferencia; es decir, los sistemas sólo pueden referirse a sí mismos en la constitución de sus elementos y operaciones elementales [...]. Para hacer posible esto, los sistemas tienen que ser capaces de utilizar, al interior del sistema, la diferencia entre sistema y entorno como orientación y principio del procesamiento de información. La cerradura autorreferencial es sólo posible bajo condiciones ecológicas: en el marco de un entorno. [...]” (Ídem, p. 32)

revolución que destruye, cambia dichos sistemas o los construye desde su exterioridad²¹⁷.

La noción de derecho en Bobbio como “conjunto de normas que se hace valer por medio de la fuerza”²¹⁸ bien puede empatar con la noción de sistema, sin embargo consideramos que no alcanza las posibilidades de la noción de sistema, por lo que sin negar sus rasgos esenciales consideramos mejor trabajar con la noción de sistema, dejando el concepto (Dussel, 2006b) de Derecho para una elaboración aún más compleja de lo que hemos tratado hasta aquí. En cuanto al tema que nos ocupa y tomando como referencia nociones del estudio de los sistemas sociales de N. Luhmann podemos decir que el sistema jurídico es:

1. Un sistema parcial del macrosistema social-económico-político-cultural, teniendo como especificidad la regulación de la conducta²¹⁹.
2. Aquel que siendo parte del campo jurídico²²⁰ se diferencia de éste buscando conservar sus límites.²²¹
3. Es un sistema dependiente del macrosistema, también de otros sistemas²²² en específico (sobre todo del político²²³), al mismo tiempo que su papel no es menor ya que se encarga de la regulación de la sociedad para proteger la vida (y también internamente a algunos sistemas políticos²²⁴). Es un sistema que ha sido sometido a una dependencia respecto de otros sistemas que siendo transversales en el macrosistema social ejercen dominación o hegemonía en sistemas como el

²¹⁷ García Máynez, 1982, p. 15

²¹⁸ Bobbio, 1997, p. 145. Noción con la que coinciden, E. G. Máynez: “El derecho, en su sentido objetivo, es un conjunto de normas” (García Máynez, 1982, p. 36),

²¹⁹ (Rojas Amandi, 2008, p. 80).

²²⁰ En este sentido la diferenciación con el entorno de Luhmann es por el señalamiento de que este alcanza unidad sólo mediante el sistema y siempre en relación a él (Luhmann, 1991, p. 39), noción que parece restringir el campo al sistema y negar el conflicto al interior del campo o la existencia de otros sistemas, nos aproximamos más a la síntesis que hace Dussel entre P. Bourdieu y N. Luhmann.

²²¹ *Ibidem*

²²² “[...] hay que distinguir, sobre todo, las relaciones de dependencia entre entorno y sistema, de las relaciones de dependencia entre los sistemas [...]” (Ídem, p. 40)

²²³ En este sentido, nos distinguimos de los positivistas que afirman: “El sistema jurídico constituye un sistema autónomo que se basa a sí mismo y que, por tanto para su explicación no se requiere recurrir a fenómenos no normativos, ya sea naturales o sociales” (Rojas Amandi, 2008, p. 112)

²²⁴ “La ley *regula* el ejercicio del poder político por lo aparatos del Estado y el acceso a los mismos por medio, precisamente, de este sistema de normas generales, abstractas, formales.” (Poulantzas, 1980, p. 106)

jurídico, tal es caso del sistema Capitalista. Por último queremos señalar que es precisamente en el sistema jurídico estatal que se da la relación de interdependencia más amplia y compleja entre el campo político y jurídico.

4. La diferenciación del sistema jurídico (de este respecto del social o del político y al mismo tiempo al interior del mismo) constituye un proceso de aumento de complejidad²²⁵. Una de sus formas de complejidad es en el sistema jurídico estatal que desde un campo interdependiente jurídico-político se desenvuelve en subcampos netamente jurídicos²²⁶ (y en este sentido espacios del campo jurídico que no son, o no siempre han sido, interdependientes del político o del social) como el judicial. En la modernidad el sistema y ámbito del campo jurídico más “importante” es el derivado de la constitución y el estado (como macro institución de lo institucional). Un ejemplo de esta diferenciación histórica: “con la existencia de la *Constitución* escrita son posibles la norma jurídica y el sistema que le es propio como estructura lógica”²²⁷, generar una complejidad en forma de “códigos” o “leyes”. Estas formas de los sistemas jurídicos²²⁸ con las cuales se “tiende a regular supuestos jurídicos complejos, entendidos como la combinación de hipótesis normativas interdependientes”²²⁹. En este caso se puede incorporar el siguiente planteamiento de Rojas Amandi: “el ejercicio regular del sistema jurídico implica una interrelación de normas jurídicas situadas en diferentes niveles. Así, el sistema se puede representar como “una construcción escalonada de diversos estratos de normas jurídicas’ [cita de Kelsen]”²³⁰.
5. Existe la vinculación entre campo y sistemas jurídicos mediante “producción (y sus derivados: reproducción, autoproducción, autopoiesis). “Hablamos de producción

²²⁵ (Luhmann, 1991, p. 40).

²²⁶ Consideramos que esto es defendible desde la siguiente idea: “El sistema gana en sistematicidad mediante la diferenciación; gana frente a su propia identidad (en la diferencia *con otros*) una segunda versión de unidad (la diferencia *consigo mismo*). El sistema puede lograr una determinada primacía en la forma de su unidad mediante algo como la igualdad de los sistemas parciales, como una simple serie, como un orden de rangos, como diferencia entre centro y periferia, como diferenciación de las funciones de los sistemas” (Ídem, p. 41)

²²⁷ (Rojas Amandi, 2008, p. 89)

²²⁸ principalmente los estatales aunque no son los únicos, puesto que en momentos de insurgencia se crean códigos o leyes enteras de los movimientos revolucionarios.

²²⁹ (Ídem, p. 106)

²³⁰ (Ídem, p. 110)

cuando *algunas causas, pero no todas*, se hacen necesarias para producir efectos determinados”²³¹, como por ejemplo la norma jurídica estatal no es la única que garantiza se salvaguarden los intereses jurídicos²³². En cuanto a la autoproducción es la que permite concebir al sistema jurídico estatal como una totalidad en la que la coerción permite/limita la coexistencia de distintas formas de proposiciones propias de las normas y mismas que adquieren sentido e inclusión en el todo, que en el caso del sistema jurídico estatal (por ejemplo) mediante la coerción sistémica del ejército y demás instituciones coercitivas; en este sentido hablar de “*norma jurídica imperfecta*”²³³, es caminar en el orden de la especulación idealista. Otro ejemplo de autoproducción la encontramos cuando: “la norma jurídica supone para su aplicación un proceso, regido también por normas jurídicas, en virtud del cual se corrobore por medios también jurídicos la transgresión de aquella”²³⁴.

6. Contrario a lo sostenido por N. Luhmann²³⁵ sí consideramos que haya elementos jurídicos (fenómenos o actos, de grupos, como sistemas²³⁶, o “privados”) que se encuentren sin relación entre ellos, o enfrentados. Serían, por ejemplo, sistemas jurídicos sociales²³⁷, los sistemas se pueden complementar u oponer²³⁸.

²³¹ (Luhmann, 1991, p. 42)

²³² Este ejemplo se hace desde la perspectiva en la que interpretamos a Luhmann, no desde su postura.

²³³ (Rojas Amandi, 2008, p. 119)

²³⁴ (Ídem, p. 100).

²³⁵ (Luhmann, 1991, p. 43)

²³⁶ “Cada grupo social implica un ordenamiento social determinado, que lleva implícitos ciertos modelos normativos, los cuales se presentan idealmente como modos de conducta válidos o necesarios” (Rojas Amandi, 2008, p. 91). Pero que además de morales, algunos pueden estar protegidos por verdaderas formas de coacción física.

²³⁷ Mismo que pueden incluso lograr vigencia en espacios específicos o que atraviesan el campo entero, como nos lo sugiere una lectura crítica de E. G. Maynez: “Así como se habla de vigencia formal, para designar el atributo del reconocimiento de una norma o conjunto de normas por el poder público, cabría hablar, paralelamente, de una vigencia *puramente social*. Esta expresión se aplicaría a aquellos preceptos que la sociedad considera jurídicamente obligatorios, encuéntrense o no oficialmente reconocidos” (García Maynez, 1982, p. 48) que el autor, apoyándose en Jellinek, tilda peyorativamente de “*fuera normativa de los hechos*” aunque le concede el ser la “transformación paulatina de lo *moral* en lo *normativo*” (íbidem), vuelta que nosotros no tenemos que dar puesto que consideramos a la moral y al derecho expresión de lo normativo, en todo caso sería que ciertas normas cambian de grado con la sociedad que los engendra y se ubican en uno u otro campo, en uno u otro sistema, siempre vinculado.

²³⁸ Creemos que es en este punto en el que coincidimos, aunque con categorías un poco distintas, con la afirmación de A. Rivera: “Efectivamente, como ha quedado de manifiesto en párrafos anteriores, la resistencia puede constituir un derecho que en términos generales permitiría: 1)restituir violaciones a derechos fundamentales cuando no existen otros mecanismos jurídicos o éstos han sido insuficientes, o 2)restablecer al interior de una sociedad los designios de la voluntad popular y los fines del Estado que se hayan visto vulnerados o sobrepasados por los actos del mismo –leyes, políticas, sentencias, procedimientos, instituciones, etc. –“

Encontramos indicios de esto (y de la vinculación que tienen con lo político) mismo señalado en otras teorías cuando se dice: “El poder social es una especie de cooperación entre las conductas de los facultados y las de los obligados, cooperación que encuentra su punto común de apoyo en un sistema social de normas”²³⁹.

7. El sistema jurídico tiene condicionamientos propios; es decir, las relaciones que se establecen entre sus elementos está reglamentada²⁴⁰, a lo que agregamos que podría ser condicionado también por sistemas con los que comparte elementos por ejemplo el sistema capitalista, la cultura, o la correlación de fuerzas políticas. Al mismo tiempo se refiere a las normas jurídicas en sí: “la proposición normativa adquiere relevancia como parte de un sistema normativo, hasta en tanto el sentido de sus significaciones es capaz de producir consecuencias de hecho en la realidad material.”²⁴¹.
8. Si bien el sistema jurídico tiene límites estos no son una barrera: “un límite separa elementos, pero no necesariamente relaciones; separa acontecimientos, pero deja fluir efectos causales. [...] Los límites son, en este sentido, adquisiciones evolutivas por excelencia. Todos los desarrollos superiores de los sistemas y, sobre todo, los desarrollos de los sistemas con una autorreferencialidad interna cerrada, presuponen límites”²⁴². Lo que nos lleva a plantear una interconexión permanente del sistema jurídico con los de otros campos o a estar atravesado por sistemas o relaciones que atraviesan varios campos, además de la totalidad social. También creemos que esta noción de límite abre las puertas al planteamiento que hemos retomado en esta tesis de recuperar la noción de campo y no quedarnos en la de entorno²⁴³. Tomando lo anterior podemos decir que los límites son de los sistemas jurídicos más no así del campo jurídico. Las relaciones del derecho con

(Rivera Maldonado, 2009, p. 106), puesto que lo que ella denomina resistencia corresponde en el campo jurídico con los sistemas jurídicos sociales en su esfuerzo por incorporarse al sistema jurídico dominante o suplantarlo.

²³⁹ (Rojas Amandi, 2008, p. 195)

²⁴⁰ (Luhmann, 1991, p. 45)

²⁴¹ (Rojas Amandi, 2008, p. 104)

²⁴² (Luhmann, 1991, p. 51)

²⁴³ “Los límites del sistema excluyen siempre al entorno”. (Ídem, p. 52)

sus “más allá” los encontramos por ejemplo entre subsistemas cuando: “el reconocimiento del Derecho consuetudinario supone siempre una limitación para el legislador parlamentario en favor de otras instancias, entre las cuales figura, naturalmente, la justicia.”²⁴⁴

9. El sistema jurídico se adapta²⁴⁵ a su campo y también a su propia complejidad. Más aún: padece los efectos de otros sistemas del campo (como las fuerzas políticas que propugnan nuevo derecho o derecho anticapitalista), fenómeno que analizaremos empíricamente en esta tesis. El sistema jurídico, en la modernidad, tiene en la legalidad su hegemonía y dentro de esta la dominación del sistema capitalista desde la Constitución, como estructura que domina a las demás.
10. En el sistema jurídico también existe selección²⁴⁶. Y coincidimos en la ausencia de sujeto y de autonomía del sistema jurídico, ya con cierta interdependencia, atravesado y sometido a relaciones con otros sistemas. No se trata de una inercia, ni de una obra de magia, lo que funciona es la voluntad de limitar y la protección de la vida que está expresada en el inicio de la *iurisdictio* y se mantiene más o menos en los sistemas jurídicos.
11. Del mismo modo que se había señalado al inicio al hablar de sistemas, el sistema jurídico es autorreferente y autopoietico²⁴⁷. Autorreferencia que empata con lo señalado por Poulantzas en tanto a su sistematización axiomática como manera de cohesión formal²⁴⁸. Y consideramos que ésta autorreferencia y autopoiesis es

²⁴⁴ (Schmitt, 1971, p. 26)

²⁴⁵ “Los sistemas complejos no sólo necesitan adaptarse a su entorno, sino también a su propia complejidad. Tienen que afrontar improbabilidades e insuficiencias internas, y desarrollar disposiciones construidas expresamente para reducir conductas divergentes; sólo así es posible la existencia de estructuras dominantes. Los sistemas complejos, por lo tanto, están constreñidos a la autoadaptación en un doble sentido: a la adaptación propia y la adaptación a su propia complejidad”. (Luhmann, 1991, p. 53).

²⁴⁶ “La selección es un procedimiento carente de sujeto, una operación que es resultado del establecimiento de una diferencia. [...]. Toda selección presupone restricciones (*constraints*). Una diferencia directriz organiza esa encrucijada, bajo el aspecto útil/inútil, sin fijar la elección misma. La diferencia no determina lo que hay que elegir, sino sólo la necesidad de elegir. Por lo pronto, da la impresión de que la diferencia entre sistema y entorno obliga a que el sistema se vea en la necesidad de seleccionar debido a su propia complejidad.” (Ídem, p. 54)

²⁴⁷ (Ídem, p. 56)

²⁴⁸ “Este cálculo (la previsión estratégica de los capitalistas) exige, a su vez, la posibilidad de cierta previsión basada en un mínimo de estabilidad de las reglas del juego. La axiomatización del derecho lo hace posible: su carácter sistemático, a base de normas abstractas, generales, formales y estrictamente reglamentadas, consiste entre otras cosas, en que comporta sus propias reglas de transformación, convirtiéndose así sus modificaciones en transformaciones reguladas dentro del propio sistema.” Y luego afirma: “En el fondo, para esta axiomática

lo que confundió Kelsen con su pureza respecto otras ciencias, postura en la que se distancia Rojas Amandi²⁴⁹.

12. Derivada de la autorreferencia en el sistema jurídico existen procesos, lo que significa una interrelación de elementos en el nivel operativo²⁵⁰. En este caso existe el proceso de establecimiento de normas jurídicas. También nos encontramos procesos asociados a la legalidad, hegemonía o dominación en el campo jurídico. Uno de los procesos fundamentales son las formas de la *iurisdictio* misma que no puede existir sin la estructura establecida como *lex*, seguimos aquí el planteamiento de Luhmann: "Si no existiera diferencia entre estructura y proceso, el sistema jurídico no podría diferenciarse. Una sistematización dogmática de las normas jurídicas sólo aparece como logro posterior, tardío y lleno de presupuestos, que no considera imprescindible ni en todos los ordenamientos jurídicos ni en todos los sectores del derecho. [...] El surgimiento de la dogmática presupone un cierto <<nivel de organización>> del sistema jurídico, en concreto la posibilidad de tomar decisiones vinculantes acerca de cuestiones jurídicas. [...] El problema ya no está solamente en la relación entre expectativa normativa y el comportamiento efectivo, sino en último término en la relación entre la norma como premisa de decisión y la misma decisión"²⁵¹.

13. Como todo sistema, el jurídico se atiene al tiempo y con eso queremos señalar que: la relación entre complejidad del sistema jurídico y tiempo surge por medio del tiempo y en el tiempo²⁵²; en las transformaciones existe la irreversibilidad pero el tiempo no obliga a ella²⁵³ (algo similar a lo que sucede con las abrogaciones de las leyes); Pese la insistencia del sistema jurídico "este debe renunciar a una

jurídica burguesa, efectivo derecho nacional-popular de clase, todos son libres e iguales ante la ley a condición de que todos sean y se hagan burgueses, cosa que la ley permite y prohíbe a la vez" (Poulantzas, 1980, p. 106)

²⁴⁹ "El sistema del derecho no es proceso sino producto, ni es actividad autónoma sino forma del transcurrir de la actividad social" (Rojas Amandi, 2008, p. 151).

²⁵⁰ (Luhmann, 1991, p. 61)

²⁵¹ (Luhmann, 1983, p. 31)

²⁵² Y abunda N. Luhmann: "Visto así, *tiempo* es el símbolo de que siempre que sucede algo, también sucede otra cosa, de manera que una operación singular jamás pueda ganar el control total sobre sus condiciones" (Luhmann, 1991, p. 63)

²⁵³ (Ídem, p. 64)

sincronización total con el ambiente”²⁵⁴ puesto que siempre las condiciones lo rebasarán. También las transformaciones y los ajustes que se realizan toman tiempo (en los subsistemas, en el campo, en el interior del sistema jurídico). El sistema jurídico también guarda experiencias exitosas que ayudan a “ganar tiempo”²⁵⁵, por ejemplo con las lagunas de las leyes que promulga o ciertas facultades discrecionales ante lo “imprevisto”. El sistema jurídico también puede aumentar su complejidad por medio del uso del tiempo²⁵⁶.

14. El sistema jurídico dispone, al igual que otros sistemas, de “dos formas diferentes: *estructura* y *proceso*. Ambas se condicionan mutuamente, ya que la estructuración, bajo condiciones más exigentes (no puramente casuales), es un proceso y los procesos tienen estructuras: se distinguen por su relación con el tiempo”²⁵⁷. Las estructuras (como leyes e instituciones) mantienen abiertas las posibilidades de selección y con ello detienen el tiempo reversiblemente²⁵⁸, mientras que los procesos “marcan la irreversibilidad del tiempo; consisten en acontecimientos irreversibles”²⁵⁹ (como legislación, procedimientos jurídicos, determinación de derechos). Ya hemos aterrizado elementos particularidades en cuanto al proceso, respecto a la estructura queremos señalar que la *lex* se verifica siempre mediando el consenso activo (como legalidad) o pasivo (como dominación), siendo sus principales expresiones los sistemas jurídicos estatales y sociales. Que un estado sea más fuerte que la sociedad civil (misma que definiremos más adelante) no sólo depende de la correlación de fuerzas sino también de legalidades, es decir las que se generan, confrontan o complementan entre los sistemas estatales y sociales. Por último queremos señalar que esta complementariedad estructura-proceso refuta claramente las nociones de dinámica y estática, presentes en la teoría de Kelsen (1960).

²⁵⁴ (Ibídem)

²⁵⁵ Ídem, p. 66

²⁵⁶ Ídem, p. 67

²⁵⁷ Ídem, p. 65

²⁵⁸ Ibídem

²⁵⁹ Ídem, p. 30

15. Como colofón de la idea de sistema, y para integrar las concepciones tradicionales, podríamos referirnos a la ley como un conjunto de normas jurídicas que guardan cohesión, tienen una referencia coactiva, están instituidas-instituyendo (podría ser instituciones-instituidas-instituyentes) y pueden ser el sistema “superior” del conjunto de una sociedad (en el caso de la “ley fundamental”) o un subsistema de esta. Además de esa descripción en sí, nos referiremos a leyes (o ley) a las que se encuentran en el sistema jurídico estatal (al todo o a alguna de sus partes); y sólo en referencias históricas específicas al sistema jurídico insurgente. Por código siempre entenderemos subsistemas jurídicos.

16. Respecto a los otros sistemas normativos, no consideramos que exista una mayor “evolución”²⁶⁰ en el jurídico, sino una complejidad que ha encontrado en la formalidad un camino de transformación muy particular, más “palpable” en su desenvolvimiento a través del tiempo. Es decir la escritura (Rojas Amandi, 2008, p. 80) de la norma jurídica le ha permitido a la humanidad percibir sus saltos, retrocesos, bifurcaciones y poder aprender de éstos (y también por eso más instrumentalizado por el sistema capitalista contra el humano).

Para aterrizar de algún modo en nuestra época, podemos señalar que en el caso del sistema jurídico estatal moderno encontramos ciertas características:

1. La constitución ha funcionado como articuladora del sentido²⁶¹ de las leyes del sistema jurídico estatal. Cuyo desenvolvimiento se ha convertido en más abstracto y estricto²⁶² (algunos sistemas jurídicos sociales que tienden complejizarse pueden caer en estos supuestos). Este “marco de cohesión formal” tiene como objetivo lo social, estando la formalidad en la “incorporación” de los desposeídos

²⁶⁰ Como plantea Rojas Amandi: “Entre los sistemas de normas sociales, el más perfecto y evolucionado es el jurídico. Esto se debe al grado de efectividad y precisión que el mismo ha alcanzado” (Rojas Amandi, 2008, p. 82)

²⁶¹ “Cuando la *Constitución* escrita aparece en el escenario del sistema jurídico, todos los elementos que lo hacen funcionar, tanto materiales como humanos e incluso ideales, se vuelven parte del sistema. Con la *Constitución*, el sistema jurídico, es capaz de funcionar como un solo bloque lógico que condiciona los caracteres lícito e ilícito de todas las conductas de los sujetos que viven en el territorio del Estado” (Ídem, p. 103)

²⁶² “El derecho capitalista tiene su especificación en que forma un *sistema axiomatizado*, compuesto de un conjunto de *normas abstractas, generales, formales y estrictamente reglamentadas.*” (Poulantzas, 1980, p. 100)

y excluidos²⁶³. Además de que la idea de la pirámide con la constitución en la cúspide es un reflejo de las relaciones de dominación-centralización²⁶⁴ del poder político.

2. Se ha conformado la idea de “pueblo-nación” como medio de encubrimiento de las diferencias entre clases (además de las culturales entre etnias). De este modo se configura una “igualdad” formal ante la ley, una pretendida homogeneidad que encubre la desigualdad al tiempo que en leyes específicas la ampara o profundiza²⁶⁵.
3. Esto que describimos respecto a la ley (o sistema jurídico estatal) se incorpora a la forma institucional del estado bajo la modernidad. Se habla de un estado “por encima de las diferencias de clases” a la par que se centraliza el poder y la garantía de la paz social no es más que la garantía de la paz para comerciar y explotar. Aunado a esto la conformación del estado se ha mediado por la ley, generando un sentido de impersonalidad en la burocracia que da la idea de segmentación del resto de la población²⁶⁶. De este modo el sistema jurídico estatal y el sistema político se encuentran profundamente entrelazados.

²⁶³ “Dicho sistema jurídico axiomatizado constituye el *marco de cohesión formal* de agentes totalmente desposeídos de sus medios de producción y dibuja así los contornos de un espacio estatal relativamente separado de las relaciones de producción. La formalidad y abstracción de la ley están en relación primordial con los fraccionamientos reales del cuerpo social en la división social del trabajo, con la individualización de los agentes, actuantes en el proceso de trabajo capitalista”. (Ídem, p. 101)

²⁶⁴ “Su papel [de la ley] es concretar por segmentos y niveles la ley abstracta y formal hacia su aplicación precisa, en un encadenamiento lógico-deductivo (la <<lógica jurídica>>) que no es más que el recorrido de un orden de dominación-subordinación, de un trayecto de decisión-ejecución interno del Estado” (Poulantzas, 1980, p. 104)

²⁶⁵ “Es una ley que instituye a los individuos en sujetos-personas jurídicos-políticos, representando su unidad en cuanto pueblo-nación. Consagra, participando también en su instauración, las fragmentaciones diferenciadas de los agentes (individualización), trazando el código en que esas diferenciaciones se inscriben, a partir del cual existen sin poner en entredicho la unidad política de la formación social. Todos los sujetos son iguales y libres ante la ley: lo cual quiere decir ya en el discurso de la ley (y no simplemente oculto por él), que son realmente diferentes (como sujetos-individuos) pero en la medida en que esta diferencia puede inscribirse en un marco de homogeneidad. La ley capitalista no se limita [...] a ocultar las diferencias reales bajo un formalismo universal: contribuye a instaurar y consagrar la *diferencia* (individual y de clase) en su estructura misma, al tiempo que se erige en sistema de cohesión y en organizador de *unidad-homogeneización* de esas diferencias. Aquí está la fuente de los rasgos de universalidad, formalidad y abstracción de la axiomática jurídica.” (Ídem, p. 101)

²⁶⁶ “Esta especificidad de la ley y del sistema jurídico está inscrita en la armazón institucional propia del Estado capitalista. Su armazón centralizadora-burocrático-jerárquica no es posible más que por estar modelada en un sistema de normas generales, abstractas, formales y axiomatizadas, sistema que organiza y regula las relaciones entre los escalones y aparatos impersonales del ejercicio del poder. Lo que se designa con el término de <<derecho administrativo>> corresponde precisamente a esa ley en sus efectos de estructuración de Estado. La ley y el reglamento están en la base del reclutamiento de los agentes del Estado (oposiciones y exámenes

4. Si bien la noción de Luhmann plantea que todos los sistemas están interconectados, nosotros consideramos que dada la aparición del sistema capitalista y su conversión en hegemónico o dominante (dependiendo la geografía y momento histórico), existe una totalización de dicho sistema que altera drásticamente y continuamente a otros como el jurídico. En este sentido en analogía al planteamiento de Poulantzas²⁶⁷, además del sistema jurídico principal existen sistemas jurídicos y elementos jurídicos en la exterioridad (y por ende no fuera del campo), existe relación entre todos los sistemas, de algún modo las oposiciones dialécticas: oprimidos/opresores, pulsión de vida/muerte, ley/pecado son también complementarias (no en un sentido fatalista o inmovilizante sino como expresión de las contradicciones que mueven los sistemas).
5. El sistema jurídico estatal pelea por destruir otros sistemas jurídicos que se le opongan o que se expresen en ideas críticas contra él²⁶⁸. Es la misma idea intolerante que viene desde la noción “ciudadanos y bárbaros” que comenzó en la filosofía política griega.
6. El sistema jurídico estatal representa intereses, ideas jurídicas y políticas del bloque social en el poder²⁶⁹, aunque dominantes esto se expresa en leyes diversas y a veces contradictorias. Lo cierto es que en ocasiones sectores populares, con la amenaza siempre latente de hacer volar por los aires el sistema capitalista, han logrado incorporar sus normas jurídicas dentro del entramado sistémico.

Definido el espacio y planteada de manera formal la complejidad que se puede alcanzar, es necesario ir a la norma jurídica en sí, para luego aproximarnos a la factibilidad (en el estado). Pareciera que hemos ido a descripciones muy generales,

impersonales), del fundamento del texto escrito y de la dogmática del discurso *interno* al Estado.” (Ídem, pp. 103-104)

²⁶⁷ “Todo poder (y no sólo un poder de clase) existe únicamente materializado en aparatos (y no sólo en aparatos estatales)” (Ídem, p. 47)

²⁶⁸ “No hay saber ni verdad en los individuos-sujetos fuera de la ley. La ley abstracta, formal, universal, es la verdad de los sujetos, es el *saber* (al servicio del capital) que constituye a los sujetos jurídicos-políticos y se instaura la diferencia entre lo privado y lo público”. (Ídem, p. 104)

²⁶⁹ “Con relación a una dominación específica, digamos un bloque en el poder compuesto por varias clases y, sobre todo, de varias fracciones de la burguesía, este derecho controla cierta distribución del poder entre las mismas y regulariza sus relaciones en el seno del Estado” (Ídem, pp. 106-107)

mucho más allá de nuestro alcance, pero considerábamos que es necesario para establecer nuestro planteamiento de la materialidad; puesto que de no hacerlo podríamos terminar en una postura verdaderamente idealista del derecho ²⁷⁰ o falsamente materialista (como los análisis economicistas).

3.6. La norma jurídica

No es que la particularidad de la norma no sea relevante, toda esta descripción del ser, campo y fenómeno jurídico en general y vinculado a otros campos y fenómenos; ha sido para demostrar la particularidad entendida como parte y explicable en última instancia por la totalidad (siendo a su vez una totalidad que explica otras), invirtiendo el camino de las teorías positivistas que hacían primero de la norma y luego del orden jurídico o de la norma jurídica un todo independiente autoexplicable.

El descubrimiento de la norma jurídica que ahora nos proponemos permite articular un sentido de totalidad dentro de la totalidad, expresar especificidades del fenómeno que a la vez nos ayuda a entender la exterioridad del sistema jurídico estatal, noción sin la cual nos sería imposible entender los sistemas jurídicos emergentes y los fenómenos jurídicos espontáneos, así como el proceso de cambio en los sistemas jurídicos estatales-dominantes.

Todo este desarrollo nos permite aproximarnos a la expresión más específica (aunque nunca fuera de relación con el todo, como apuntamos más arriba) del derecho (al mismo tiempo que es la expresión más abstracta y notoria²⁷¹, en términos sociales de *lo normativo*): la norma jurídica. Definido el sistema ya no podemos pensar que su especificidad o un pequeño conjunto de ellas, podrían tomarse por el sistema jurídico.

²⁷⁰ Como por ejemplo cuando leemos: “En el nivel de entendimiento de la norma jurídica como estructura lógica, el sistema jurídico nos aparece como una red de entes ideales organizados en una armoniosa estructura de interdependencias mutuas y recíprocas, que tienen la pretensión de bastarse a sí mismas. De esta manera, como estructura lógica que se basta y se regula a sí misma y que forma parte de un mundo ideal o, como diría Kelsen, *espiritual*, los hechos del mundo material resultan completamente ajenos o extraños al sistema jurídico” (Rojas Amandi, 2008, p. 113) sin duda la relacionar esta idea a la “praxis” nos recuerda la crítica en las 11 tesis sobre Feuerbach, que lanzaba Marx al señalar que el idealismo había desarrollado el lado activo. Si bien las teorías positivistas oscilan entre un materialismo mecánico y el idealismo más clásico, consideramos que se pueden recuperar de modo crítico.

²⁷¹ “El derecho constituye una parte notable, tal vez la más sobresaliente de nuestra experiencia normativa” (Bobbio, 1999, p. 3)

Con la noción de campo también sabemos que su espontaneidad (falta de sistemicidad) impide que sean entendidas como fenómenos jurídicos.

Antes de seguir queremos señalar que en algunas doctrinas se propone como insalvable una interpretación que abarque sistemas jurídico culturalmente condicionados (common-law, romano-germánico etc.) cosa que nosotros consideramos puede ser integrable en un *derecho de la liberación* que aquí apenas se encuentra insinuado.

Entrando en materia consideramos que la clásica división entre derecho público y derecho privado, no debe considerarse una división insalvable, ya que, como señalamos más arriba, se trata, materialmente, de grados de intersubjetividad que en este caso adquieren su forma normativa, formal y factible, del *ius* que es esencialmente comunitario. Aunque no es menos cierto que la invasión de lo privado por parte del derecho es una característica del derecho de la modernidad-capitalista²⁷².

Otro apunte importante es que muchas de las normas jurídicas están construidas para ampliar, sostener o consolidar la hegemonía del sistema capitalista; dado su notoria proclividad a la cosificación²⁷³ y el individualismo.

Después de estos “considerandos” vayamos al punto:

Como dice Bobbio²⁷⁴, el derecho se ha estudiado tradicionalmente desde el punto de vista de la norma jurídica, considerándola como una totalidad autónoma; a este análisis Bobbio le opone la dependencia absoluta dentro del sistema. Nosotros consideramos que hay una interrelación orgánica (dialéctica) y además hay normas jurídicas espontáneas.

²⁷² Como bien leemos con Poulantzas y que plantea en términos jurídico Correas: “Ahora bien, una sociedad que fundamentalmente produce el cambio, es una sociedad que en último término mide todos los objetos según la porción de trabajo abstracto que cada uno represente, pues la inmensa mayoría de las cosas ha sido producida para cambiar. Por eso es que es tan difícil encontrar objetos que no sean cosas jurídicas y por eso se recurre siempre, como ejemplos, “al aire y al mar.” (Correas, 1993, p. 33)

²⁷³ Una de las características, aunque con un ligero exceso economicista, que describe bien Correas: “La estructura jurídica civil moderna opera –adquiere inteligibilidad- sobre la base del intercambio de equivalentes; para el derecho las cosas son los objetos que se intercambian (utilidad + apropiación = valor de uso + valor de cambio), intercambio que *debe ser* “justo”, “equitativo”, etcétera. Este *deber ser* es la función que cumple el derecho civil: garantizar la equivalencia de los intercambios” (Ídem, p. 35)

²⁷⁴ (Bobbio, 1999, p. 141)

En cuanto a nuestra definición abordamos a la norma jurídica desde su aspecto formal²⁷⁵, tomando en cuenta que ya explicamos la voluntad de vivir, lo normativo y la protección de la vida como parte de su materialidad; no está de más aclarar que dado todo el planteamiento previo caer en un formalismo o positivismo²⁷⁶ tradicional se antoja muy difícil. Nuestra interpretación pretende subsumir los aportes del positivismo (en cuanto a estudio de la formalidad y de las particularidades del sistema y la norma jurídica, así como algunos rasgos de lo que denominamos campo jurídico) para construir marco teórico que trascienda este y otros esquemas ideologizantes vinculados a la modernidad.

Las normas jurídicas, además de un aparecer de lo normativo y una expresión de la voluntad de vivir, son las relaciones intersubjetivas que se manifiestan en proposiciones²⁷⁷ intersubjetivas²⁷⁸ principalmente prescriptivas²⁷⁹ e imperativas, pero también descriptivas, expresivas²⁸⁰ y permisivas, que cumpliendo una función normativa-jurídica en el campo jurídico están garantizadas por la coacción física de manera directa, espontánea o sistémica (en respuesta-prevención de una violación) o indirecta (para

²⁷⁵ Ídem, p. 39

²⁷⁶ De este modo nuestro desarrollo del *nomos* a norma jurídica puede saltar la advertencia de Schmitt: “En general, sin embargo, ya se impusieron en la época clásica las nuevas interpretaciones normativistas y positivistas del *nomos* por los sofistas, o sea en el sentido de una mera disposición o precepto” (Schmitt, 2005, p. 58)

²⁷⁷ De la que no surgen “dos niveles” (uno subjetivo y otro objetivo) como propone Rojas Amandi (2008). Sino que siempre es una realidad interpretada, un mundo en el que lo “objetivo” y lo “subjetivo” adquieren sentido en el mundo y por ende, para el hombre, siempre son duales. Máxime en el terreno de lo social-intersubjetivo que es del que nunca puede desprenderse el hombre. El hecho de que sea una proposición o un precepto como lo propone Schmitt: “Ley en sentido material es una norma jurídica o un precepto jurídico, una determinación de “lo que debe ser Derecho para todos”. Se sostiene que la ley en sentido formal contiene. Normalmente un precepto jurídico en sentido material y que no hay que confundirla con un mandato cualquiera” (Schmitt, 1971, p. 33); no implica una noción radicalmente distinta ya que se enumeran los tipos de proposición dentro de los cuales entran los preceptos pero no sólo ellos.

²⁷⁸ Y con esto recuperamos la crítica y nos salvamos del formalismo de acuerdo a lo que plantea V. M. Rojas Amandi: “Con la racionalización del aspecto consciente de la normatividad, se ha creído que la normatividad es un objeto externo del hombre que se le impone desde fuera y que él asimila sin más mediante la razón. Al estudiar la norma, se atribuye una naturaleza racional simbólica, es decir, se reduce a una simple proposición normativa. De este modo, los aspectos subjetivos de la normatividad quedan ocultos y es muy normal que las apreciaciones formalistas se limiten a decir que, en la mayor parte de los casos, el sujeto cumple con lo ordenado en las prescripciones normativas.” (Rojas Amandi, 2008, p. 89)

²⁷⁹ (Bobbio, 1999, p. 41)

²⁸⁰ En este punto nos apartamos de la afirmación de Bobbio al incluir también, aunque aceptando que su papel es menor y en muchos casos derivado, pero con la claridad de que la función que cumplen al interior de los sistemas normativos implica la menor o mayor fuerza de los otros campos dentro de éste, además de ampliar vincular la norma a la voluntad de vivir (y por ello un fenómeno complejo y heterogéneo – sin perder particularidad). Consideramos que forzar la función prescriptiva hasta abarcar a las demás fuerza elementos que ya están explicados desde el sistema jurídico (es decir donde el todo garantiza las partes y explica, por ejemplo la coacción). Un cuerpo jurídico (un código, una constitución) no se puede comprender principalmente como una unidad gramatical o funcional sino cultural, teniendo en cuenta que lo material es lo normativo.

garantizar el imperio del sistema jurídico en conjunto)²⁸¹. Su interpretación nunca es unívoca²⁸², porque el criterio siempre está en movimiento, es tan histórico el discurso como quien lo interpreta. Como proposición de un tipo particular se le considera tasada por su justicia-validez y no esencialmente por su lógica²⁸³. En cuanto a si son autónomas o heterónomas²⁸⁴, consideramos que esta noción se encuentra superada con el planteamiento de intersubjetividad, en el sentido de que ni el sujeto es verdaderamente autónomo ni la comunidad controla el mundo de sentido del sujeto; esto nos permite explicar que las nociones jurídicas puedan “aparecer” en las personas sin haber leído la ley y que se distingan las normas escritas de los procesos de conformación de la moral o las costumbres sociales. También nos parece que la idea tal cual el planteamiento de autonomía y heteronomía²⁸⁵ hacen pensar que la moral y los convencionalismos no son estatales y que el derecho no es social o “privado”. En ninguna norma hay legislador autárquico (para poner en su justo término lo que en el positivismo llaman privado²⁸⁶ en diferenciación lo privado como grado de intersubjetividad, como propone Dussel), lo que pudiera ocurrir en el individuo como norma de conducta es una construcción social²⁸⁷ las ideas que sostienen lo contrario para justificar la “autonomía privada” como individualismo son Robinsonadas o construcciones ideológicas de la Modernidad. En este tenor

²⁸¹ De acuerdo con Poulantzas, 1980. Pero también recuperamos la noción de Bobbio de “respuesta a la violación” (Bobbio, 1999, p. 104) a la que le agregamos la prevención ya que el estado tiene facultades de prevención del delito o de la violación al orden jurídico por medio de la coacción (finalmente las fuerzas armadas son la herramienta que garantiza, entre otras cosas, el denominado imperio de la ley en un territorio específico); esta segunda función es la que, dentro del sistema, de un modo indirecto le da el carácter de norma jurídica a aquellas que no tienen aparejada sanción directa, hecho que creemos está en parte implícito cuando Bobbio refiere: “Una solución sería la de negar a la norma no sancionada el carácter de norma jurídica. Pero es una salida radical no necesaria. La dificultad puede ser resuelta de otro modo, o sea, observando que cuando se habla de una sanción organizada como elemento constitutivo del derecho, se hace referencia, no a la norma individual, sino al *ordenamiento normativo tomado en conjunto*, razón por la cual decir que la sanción organizada distingue el ordenamiento jurídico de todo otro tipo de ordenamiento, no implica que todas las normas del sistema sean sancionadas” (Ídem, p. 43).

²⁸² Donde nosotros hablamos de proposición, Máynez nos habla de: “Los preceptos jurídicos poseen siempre uno o varios supuestos, de cuya realización dependen ciertas consecuencias normativas.” (García Máynez, 1982, p. 14)

²⁸³ Bobbio, 1999, p. 43

²⁸⁴ Ídem, p. 57

²⁸⁵ “Se denominan autónomos aquellos imperativos en los cuales la misma persona es quien establece la norma y quien la ejecuta. Se llaman heterónomos aquellos imperativos en los cuales quien dicta la norma y quien la ejecuta son dos personas diversas.” (Ídem, p. 55).

²⁸⁶ Por ejemplo Bobbio cuando retoma a Kant: “Se ha dicho que la moral se expresa siempre en imperativos autónomos y el derecho en imperativos heterónomos, comoquiera que el legislador moral es interno y el legislador jurídico es externo” (Ídem, p. 55)

²⁸⁷ Aun siendo esta conducta anti-social

tampoco se trata de una “injerencia en la libertad y en la propiedad”²⁸⁸. Por último compartimos la idea de Bobbio de que la norma entendida como “Juicio de valor”²⁸⁹, no puede negar el carácter imperativo o prescriptivo de la norma jurídica, en lo que nos distanciamos es que nosotros consideramos que de la norma jurídica pueden establecerse dos tipos de juicios de valor: 1) el que se genera hacia esta por parte de la sociedad, y 2) el que se desprende de esta, influenciando incluso la moral²⁹⁰, hacia la sociedad.

Hemos colocado las proposiciones permisivas en el mismo rango que otras debido a que consideramos que es una característica que permite entender funciones de los sistemas jurídicos y variaciones de los sistemas jurídicos²⁹¹, en cuanto a las primeras nos podríamos referir a las “*normas permisivas*, o sea, junto a las normas que imponen *deberes*, [se encuentran] las normas que atribuyen *facultades* (o permisos)”²⁹²; en cuanto a las segundas teniendo como ejemplo la suspensión de garantías en su grado más extremos y la exención de impuestos en una de sus formas cotidianas. No concordamos con la visión de Bobbio de que todas las formas de permisividad son parte de la prescripción o la coacción, aunque sí son formas imperativas en buena parte de los casos (sobre todo en las atribuciones y no así en las exenciones). Estas normas son sumamente interesantes (como lo remarcaremos más adelante) para entender el dinamismo del derecho en las diferentes pugnas que se dan lugar en la sociedad y en los distintos campos, sobre este punto creemos que da mucha luz la afirmación de Bobbio: “se puede distinguir las normas permisivas con base en el hecho de que hacen desaparecer un *imperativo precedente* en el tiempo, y en este caso funcionan como *normas abrogantes*, o bien, un imperativo contemporáneo y en este caso funcionan generalmente como *normas derogantes*”²⁹³.

²⁸⁸ (Schmitt, 1971, p. 35)

²⁸⁹ Bobbio, 1999, p. 95

²⁹⁰ La cita de Perassi que es objeto de la crítica de Bobbio: “cánones que valoran una conducta del individuo en la vida social” (Ídem, p. 95).

²⁹¹ Que Bobbio llama positivas y negativas (Ídem, p. 85)

²⁹² Ídem, p. 83

²⁹³ Ídem, p. 85

En cuanto a las normas jurídicas y la coacción podemos decir que es elemento esencial de la norma jurídica pero no la limita al ámbito estatal, tampoco a un sistema necesariamente. Al respecto queremos apuntar algunos puntos importantes:

1. Al tiempo que no tiene que ver si la proposición de la norma jurídica es de uno u otro tipo, puesto que en los sistemas jurídicos estatales están garantizadas, sistémicamente, por la institución del ejército, las policías y los demás órganos coactivos; mientras que en los sistemas jurídicos sociales (por ejemplo los Caracoles Zapatistas en Chiapas) por sus respectivos órganos coactivos, lo mismo que en las normas-acción (cuando un padre priva de la libertad o coacciona físicamente a su hijo por prescribir una norma, “faltar al respeto” etc.). Esta último podría insinuar esa temida “anarquía” de la noción de coacción que haría pensar qué cualquier cosa es norma jurídica, y que está en lo correcto; lo cual no conlleva la idea de que sea moral, justo o válido según la ley.
2. Así como lo normativo y lo político se encuentran vinculados desde el inicio, también así se encuentran vinculados todos los tipos de normas jurídicas y el poder-político²⁹⁴, del mismo modo que las leyes y la violencia en el estado moderno se vuelve un monopolio y una organización muy específica²⁹⁵.
3. No se puede concebir a la norma vinculada a la coacción como algo negativo en sí (como algunas posiciones anarquistas), en esto seguimos la reflexión de Poulantzas: “Si el papel de la ley (al nivel general en que me coloco aquí, no entro en la distinción entre ley y derecho) se revela así como esencial para el ejercicio del poder en cuanto organizador de la represión, de la represión física organizada, ello no quiere decir, sin embargo, que la lógica de la ley en esa acción sea la puramente negativa del rechazo, la barrera o la obligación o la obligación de no

²⁹⁴ “La ley y la norma estuvieron presentes en la constitución del poder: el Estado asiático o despótico, el Estado esclavista (Roma, Atenas), el Estado feudal, ha tenido siempre como fundamento el derecho y la ley [...]. Toda forma estatal, incluso la más sanguinaria, se ha edificado siempre como organización jurídica, se ha concebido dentro del derecho y ha funcionado bajo una forma jurídica.” (Poulantzas, 1980, p. 87).

²⁹⁵ “El estado dicta la norma, proclama la ley, e instaura con ello su primer campo de mandatos, prohibiciones y censura, instituyendo así el terreno de aplicación y el objeto de la violencia. Más aún: la ley organiza las condiciones de funcionamiento de la represión física, designa y significa sus modalidades, encuadra los dispositivos que la ejercen. La ley es, en este caso, el *código de la violencia pública organizada*.” (Ídem, p. 88).

manifestación y de mutismo”²⁹⁶ y sobre este papel positivo: “En su mismo papel represivo la ley comporta un aspecto de positividad eminente, *porque la represión no se identifica nunca con la pura negatividad*. [...]. No sólo prohíbe o permite – según la máxima de que está permitido lo que no está prohibido por la ley- sino que impone un hacer, obliga a acciones positivas respecto al poder, a discursos dirigidos al poder”²⁹⁷.

De lo expresado podemos detallar que existen normas-acciones jurídicas efímeras²⁹⁸, es decir, que dentro del campo jurídico existen momentos en que se establecen normas de muy corta duración o amenaza permanente que bien podrían considerarse como normas-acciones jurídicas, por ejemplo cuando un grupo de bandidos²⁹⁹ establece una regla interna que está vinculada con una pena; este grupo de “bandidos” no debería ser tomado por poco ya que como bien lo dice San Agustín: “¿Qué son los reinos sin justicia sino grandes bandas de ladrones? ¿No son acaso las bandas de ladrones sino pequeños reinos?”³⁰⁰. Y en este punto no concordamos con la interpretación Kelsen en el sentido de pensar que derecho y justicia³⁰¹ siempre están unidos, sí deben de estarlo y la función del derecho originaria es proteger la vida comunitaria, sin embargo hoy día el derecho está a cargo de bandas de capitalistas y políticos corruptos. El ejemplo ilustra que de una norma-acción jurídica particular se pueden ir agrupando más normas jurídicas hasta constituir sistemas que pueden llegar a suplantar el sistema previamente hegemónico (puesto que la noción de vigencia es demasiado formalista). Por ello es que en este punto P. Anderson no acierta en su crítica a Gramsci cuando el segundo plantea que en la sociedad civil existe represión³⁰² y es acierto de Poulantzas al señalar que lo que sucede es el intento del estado capitalista de monopolizar la violencia (que no siempre logra). La idea de la norma-acción es uno de los elementos más simples, elementales espontáneos (pero al mismo tiempo

²⁹⁶ Ídem, p. 95

²⁹⁷ Ídem, pp. 95-96

²⁹⁸ Y en este punto discordamos con la visión de Bobbio de que “las normas jurídicas no existen nunca solas” (Hans Kelsen, 1960, p. 61)

²⁹⁹ Todo un clásico de la norma jurídica que no podría dejar de ser invocado aquí.

³⁰⁰ Ídem, p. 61

³⁰¹ Idea que también atribuye a de San Agustín (Hans Kelsen, 1960, p. 61)

³⁰² Anderson, 1981, p. 56

más antiguos), pero que si no desaparece, en un periodo relativamente pronto de tiempo, se institucionaliza³⁰³. Lo jurídico siempre desborda las leyes y el estado, del mismo modo que lo político³⁰⁴.

Otras clases de proposiciones vinculadas a la norma jurídica:

1. En cuanto a los denominados consejos³⁰⁵ y peticiones forman parte de las prescripciones expresivas del derecho y no tienen un papel menor en el derecho ya que en algunas ocasiones se trata de novedades jurídico-políticas, funciones organizativas, funciones ideológicas o de elementos que se despojan de coacción con intención de despojar de poder a su cumplimiento (por ejemplo la no discriminación o la pena de muerte por traición, ahora ya derogada, pero sobre todo los llamados derechos del consumidor y sus falsas coacciones, en la constitución mexicana; la figura del referéndum en la legislación universitaria de la BUAP). Las funciones consultivas³⁰⁶ resultan trascendentales dentro del fenómeno normativo y por ende, activan partes importantes del campo jurídico, si bien esto no era tan notorio en los ordenamientos romano-germánicos, y sí en el common-law, se ha comenzado a incorporar con la mediación en una multitud de conflictos judiciales y administrativos.
2. En lo que respecta a las llamadas peticiones³⁰⁷ se tratan de una forma expresiva también y consideramos que su función se encuentra más vinculada a lo organizativo e ideológico.

³⁰³ Citamos: "Para su funcionamiento a nivel social, la norma requiere la existencia de sistemas normativos vinculantes de validez general dentro de la que quede integrada. Esto se conoce como *institucionalización de la norma*" (Rojas Amandi, 2008, p. 88)

³⁰⁴ "No obstante por ello es menos evidente, contra toda concepción jurídico-legalista, o también psicoanalítica [...] *que la acción, el papel, el lugar del Estado, desbordan con mucho a la ley o reglamentación jurídica.*" (Poulantzas, 1980, p. 97)

³⁰⁵ Dentro de los cuales también podemos encontrar las "reglas finalistas" (Bobbio, 1999, p. 89), puesto que se trata, como en los consejos, de una regla con la "posibilidad de no hacer lo que prescribe sin violarla" (Bobbio, 1999, p. 90).

³⁰⁶ Nos dice Bobbio: "Está claramente demostrado que la función consultiva es la que caracteriza a los órganos que tienen menor prestigio con respecto de aquellos que tienen función imperativa" (Ídem, p. 64)

³⁰⁷ Ídem, p. 65

3. En cuanto a las prescripciones consideramos que abarca las prohibiciones (o mandatos de no hacer)³⁰⁸. Por parte de los imperativos abarca los mandatos de hacer.
4. En cuanto a sí la norma jurídica es o no norma técnica, consideramos que esto depende de la complejidad del grupo social que lo instituye. Recuperando la crítica que realiza Bobbio a Rava en los siguientes términos: “Puesto que debes vivir en sociedad, debes comportarte del modo como las normas jurídicas prescriben”³⁰⁹, en este sentido (y de acuerdo con Kelsen y Poulantzas) el derecho si es una técnica de organización social, pero no única ni autosuficiente ni sustraída de otras.

La norma jurídica al mismo tiempo que se dirige a proteger la vida de posibles amenazas de la voluntad fetichizada, por modificación o limitación del comportamiento³¹⁰, tiene como destinatarios a la comunidad (siempre jurídico-política) y en esto es el paso instituyente o constituyente entre *Ius* y *lex*, mediando siempre el consenso-dominación. Con esto queremos dejar en claro que no se puede absolutizar la distinción formalista de si el destinatario es el órgano estatal o el ciudadano, puesto que ambos forman parte de la comunidad y por ende son clasificados por esta dentro del sistema jurídico que limitará a ambos. El hecho de que por corrupción de lo jurídico o político se haya, en algún momento, convertido en norma jurídica o sistema jurídico dominante no quiere decir que se permita tomar al corrupto como el fenómeno en sí. O el hecho de que algunos reglamentos mandaten las funciones específicas de las instituciones no significa que retraiga el destinatario al funcionario ya que esto se realiza de manera directa o indirecta para el ciudadano, debido a que la función pública cumple funciones de interés y

³⁰⁸ Que Bobbio asigna a los imperativos (Ídem, p. 69)

³⁰⁹ Ídem, p. 77

³¹⁰ Y en esto queremos resaltar que la afirmación de Bobbio descubre una permanente concepción de sistema totalizado y exclusión del otro: “la ley debe dirigirse a alguien para que sea una norma, un imperativo, esto es, una proposición cuyo efecto es modificar el comportamiento ajeno” (Ídem, p. 79)

repercusión social³¹¹. Las que se refieren a las instituciones o al resto de la comunidad, son ambas normas jurídicas³¹².

No se sostiene la idea de que hay dos partes en la norma jurídica, ni hay un momento contractual fundante, ya que la norma jurídica es una aparición fenomenológica de lo jurídico, por lo que podríamos afirmar que la única posibilidad es que sea un fenómeno inherente a la sociedad y que no podamos pensar sociedad sin normas. El proceso de creación de las normas, originalmente comunitario consensuado, ha pasado por distintas etapas, una de ellas ha sido la de contratos, lo cual no significa que éste sea el origen de la norma puesto que no es un acto de “individuos” sino una realidad permanente de comunidades³¹³.

Recuperando el planteamiento que hemos hecho de lo normativo, es evidente que no podemos establecer una distinción absoluta entre normas morales y jurídicas, lo que si podemos encontrar es particularidades de su campo, sistema y función; pero también encontramos una enorme vinculación y sobreposición, consideramos que su diferenciación es de grado³¹⁴ respecto de lo normativo. Ahora que estamos cayendo en lo concreto es mucho más evidente que la fórmula “privar de la vida a otro” es objeto de calificativo de malo y la tipificación de delito, uno lo determina el conjunto de la sociedad (pudiendo también justificarlo) y otro lo determina una institución (pudiendo también

³¹¹ Y en este sentido nos alejamos un poco de la afirmación de Bobbio: “Es posible un ordenamiento jurídico compuesto por normas dirigidas solo a los órganos judiciales, pero de hecho también los ordenamientos jurídicos estatales comprenden tanto normas dirigidas a los jueces, como normas dirigidas a los ciudadanos” (Ídem, p. 81)

³¹² Ídem, p. 82

³¹³ “Todo contrato estipulado de manera consciente y explícito en el tiempo (a la manera del descrito por J. Locke y A. Smith) está y siempre precedido de una *institución* previa, aun en el Paleolítico, y qué decir en la civilización urbana del Neolítico desde hace unos 10 000 años. No existe ningún acto humano pre-comunitario, pre-institucional o precontractual absolutamente (es decir, sin un cierto contrato ya aceptado por todos, aunque sea mítica e inconscientemente en las tradiciones más *antiguas*). El contractualismo de la economía moderna burguesa o de un J. Rawls es una mera “robinsonada” ilusoria y nada científica” (Dussel, 2014b, p. 24)

³¹⁴ De esto encontramos muchas ideas que nos lo sugieren, por ejemplo en E.G. Máynez: “La primera (la moral) preocupase por la vida interior de las personas, por sus actos exteriores sólo en cuanto que descubren la bondad o maldad de un proceder. El segundo atiende esencialmente a los actos externos y después a los de carácter íntimo, pero únicamente en cuanto poseen trascendencia para la colectividad. Al jurista preocúpale ante todo la dimensión objetivada de la conducta; el moralista estudia en primer término su dimensión subjetiva. O, expresado en otros términos: el derecho se refiere a la realización de *valores colectivos*, mientras la moral persigue la de *valores personales*” (García Máynez, 1982, p. 21), la moral y el derecho son fenómenos “objetivos-subjetivos” que hablan de la vida privada y pública de las personas, esta cita nos refuerza que, sin forzar la parte para tratar de hacerla diferente del todo, no existe una diferencia tal como entre lo jurídico y lo económico, entre lo moral y lo jurídico. Y, sobre todo, la moral y el derecho son ambas colectivas, más allá, son intersubjetivas, la diferencia es, una vez más de grado.

considerarlo no antijurídico y por lo tanto no concordar con el tipo, absolviendo); de manera simultánea y no siempre concordante. Sí consideramos que la norma jurídica fue dotada de una coacción física desde tiempos inmemoriales, para cosas que se consideraban de vida o muerte³¹⁵, la referencia a la protección de la vida en comunidad es fundamental, por las comunidades y nos permiten distinguir más no independizar la norma o sistema jurídico de lo normativo³¹⁶. Es más, existen relaciones recíprocas permanentemente y no sólo de lo jurídico a la moral o los convencionalismos; baste ver el despliegue del Frente Nacional por la Familia contra el necesario reconocimiento legal del derecho a la no discriminación y adopción por las familias homoparentales. En este sentido la diferenciación³¹⁷ entre moral, convención social y derecho se trata de grados de intersubjetividad, institucionalidad y formalidad además del tipo de coacción, cada uno de estos tiene un conjunto que lo ubican dentro de un campo (o en su defecto sólo un subcampo) sin impedir que puedan depender, atravesar, limitar o estar limitados por otro. Consideramos que con la definición que apuntamos en el capítulo anterior ya hemos marcado varios de estos puntos. Sí recalamos el hecho de que las normas jurídicas estén escritas y que esto les ha dado mayor preeminencia y trascendentalidad, (sin poder afirmar que un mismo texto tiene siempre la misma interpretación): un mismo texto, y los criterios que se van creando y aprendiendo de/con él, dan mayor certeza³¹⁸.

El sentido de las normas en general, no es el de la autoridad en sí³¹⁹ (salvo en su forma defectiva) sino el de la comunidad (en este caso jurídica porque actúa normando).

³¹⁵ Incluso un positivista como Kelsen lo nota: “Las normas más antiguas de la humanidad son, probablemente, aquellas que tratan de poner coto a los instintos sexuales y de agresión. El incesto y el homicidio son, por cierto, los delitos más antiguos, y el exilio (esto es, la exclusión del grupo) y la venganza de la sangre, las más antiguas sanciones socialmente organizadas.” (Hans Kelsen, 1960, p. 97)

³¹⁶ “El mundo normativo es tan amplio, como hemos visto desde las primeras páginas, que no hay tipo de prescripción relevante de un ordenamiento normativo jurídico que no se encuentre en cualquier otro sistema normativo” (Bobbio, 1999, p. 100)

³¹⁷ Y en este punto retomamos algunos de los criterios de Bobbio (Ídem, p. 100-104) para caracterizar la norma jurídica pero sin la inspiración neopositivista ni la reducción a lo jurídico, subsumiéndolos en la propuesta categorial de la Filosofía de la Liberación que aquí retomamos.

³¹⁸ Y en ese sentido concordamos con la siguiente idea: “La norma jurídica da al comportamiento humano un grado de certeza que ningún otro tipo de control social puede alcanzar, ‘debido a la precisión de sus preceptos y sanciones’ [la cita es de François Guizot]” (Rojas Amandi, 2008, p. 99)

³¹⁹ Como se afirma aquí: “el *deber ser* que prescriben es la expresión de un querer, pero no de cualquiera sino un querer de autoridad.” (Ídem, p. 169), nosotros en vez de autoridad pondríamos “el querer proteger la vida y lo, culturalmente, señalado como vinculado a ésta íntimamente” para desfetichizar el concepto.

La forma institucional que puede adoptar (en esta caso la estatal-coercitiva) engancha la norma a un sistema jurídico (dominante o no).

El problema de la ineficacia de alguna norma podría plantearse como una objeción a la forma de los criterios que hemos planteado en el párrafo anterior. Sin embargo en este caso compartimos el criterio de Bobbio de que “una norma ineficaz continúa siendo una norma válida del sistema”³²⁰ y esto también lo hemos visto en el estudio histórico que inició esta tesis cuando vimos sistemas jurídicos sociales que rompen tiempo y espacio de validez de normas jurídicas estatales, sobre todo cuando las segundas se “restablecen” total o parcialmente mediante la reacción. También podríamos hablar de los caracoles zapatistas que dejan sin efectos normas del sistema jurídico estatal en zonas específicas, mientras que estas mismas normas se imponen en el resto del territorio. Desde el “acátense pero no se cumpla” tenemos noticias, en nuestro país, de normas jurídicas que no logran absoluta eficacia. La validez vendría siendo una correspondencia con el resto del sistema jurídico, la eficacia un ámbito en permanente disputa.

Lo que se podría decir del capitalismo que afecta las normas jurídicas tiene que ver más con lo que desde el sistema afecta a la norma jurídica, o desde la cultura, el poder o la economía. No es que la norma sea un territorio “neutro” o “bueno” sino que sólo en su forma de norma-acción jurídica puede ser directamente instrumentalizado por el capitalismo (y en este sentido lo hace de manera indirecta como ideología). Por ejemplo:

“En el fondo, para esta axiomática jurídica burguesa, efectivo derecho nacional-popular de clase, todos son libres e iguales ante la ley a condición de que todos sean y se hagan burgueses, cosa que la ley permite y prohíbe a la vez”³²¹.

La norma jurídica puede insertarse en el sistema jurídico estatal como elemento jurídico de otros sistemas jurídicos (o de ideas jurídicas), esto se deriva de la impregnación que hace la modernidad capitalista del sistema jurídico que la subyuga. De

³²⁰ Bobbio, 1997, p. 85

³²¹ Poulantzas, 1980, p. 106

este modo la norma jurídica siempre está en el campo jurídico en disputa o como expresión de una disputa latente. Para poder abordar estos elementos más concretos es necesario que vayamos aproximándonos a lo más concreto.

Capítulo § 4.

Estado, Economía y Legislación

Los apartados 4 y 5 de esta tesis son en realidad muy próximos, el problema resulta del orden de exposición en el que fue encuadrada esta investigación, al carácter de introducción o esbozo en el que estamos investigando y a las diferencias “últimas” que en términos del análisis concreto pueden encontrarse (por ejemplo entre la noción de estado en sí y a la legalidad en tanto fenómeno de lo jurídico que va más allá del estado). Por este motivo decidimos diferenciarlo, para fines exclusivamente epistemológicos y no quiere decir que lo entendamos así en la realidad, en dos apartados con sus respectivos desarrollos.

4.1. Lo social, la Sociedad Política y la Sociedad Civil

Dussel, hace una clara diferenciación de lo social a partir de cuyas nociones creemos que también podemos encontrar otras referencias a lo jurídico (sin contrariar las afirmaciones de lo jurídico ya antes dichas sino en un plano más concreto); señala:

“Si lo privado y lo público son grados de *intersubjetividad*; lo social, lo civil y lo político son grados de *institucionalidad*.”³²².

Noción sobre la que abunda en su obra más acabada sobre política:

“En el campo político, entonces, la diferencia entre <<civil>> y <<político>> indica la situación del actor político teniendo en cuenta el <<grado de sistematicidad institucional>>. Grados de *sistematicidad institucional* se refiere a la diversa complejidad de estructuras, de mayor o menor coherencia, con mayor o menor duración en el tiempo, con repetición más intensiva en profundidad, con más extensión territorial de su vigencia, con contenidos más diferenciados del ejercicio del poder comunicativo, es decir, procedimentalmente más institucionalizados, teniendo en cuenta la universalidad de la comunidad política o la particularidad de intereses fragmentarios. Lo <<civil>> es menos institucionalmente sistemático que lo <<político>>, en este caso.”³²³

³²² (Dussel, 2006, p. 55)

³²³ (Dussel, 2009, p. 245)

En este sentido el derecho público y privado son distinciones que siendo intersubjetivas se han plasmado en la ley para buscar una “definición” (recordemos que nuestras teorías jurídicas están profundamente inspiradas en griegos y romanos que aman clasificar y dividir objetos, cosas, fenómenos) que permita salvar las ambigüedades. Y no así la dicotomía que nos propone Bobbio³²⁴. En cuanto a los grados de sistematicidad también lo podemos encontrar dentro del sistema jurídico estatal, al tiempo o que la diferencia entre este y los sistemas jurídicos sociales (o la norma-acción jurídica), aquí señalados como <<civil>>. La diferencia de grado de sistematicidad no les quita el carácter de jurídicos, a lo mucho priva o dota de cualidades específicas respecto a la legalidad.

Lo social lo ubica Dussel como el “ámbito o subcampo del campo político, atravesado por los campos materiales (ecológico, económico, cultural etc.”³²⁵, afirmación que nos parece menos acertada que el planteamiento de sistema social de Luhmann³²⁶ (o incluso de la idea de universalidad de Hegel³²⁷). Sin embargo, la retomaremos tal cual para seguir adelante. Insertamos una cita al respecto que nos servirá más adelante donde hablemos de la correlación de fuerzas; Dussel abunda:

“Lo <<social>> es, en un segundo sentido, un momento de <<lo político>>, fruto de la presencia de otros campos no políticos, produciendo así un sub-campo político (y subsistemas o esferas institucionales) efecto de la intersección con dichos campos materiales. Habrá entonces una política <<social>>; es decir, la política *social* (desde el Estado hacia lo social; si cabe <<de arriba para abajo>>) se origina en el sub-campo político (que son los momentos no-políticos de los campos materiales), pero a través de las instituciones políticas.

³²⁴ En una suerte de dialéctica sin movimiento: “la dicotomía clásica entre derecho privado y derecho público muestra la situación de un grupo social en el que se manifiesta ya la distinción entre lo que pertenece al grupo en cuanto tal, a la colectividad, y lo que pertenece a los miembros, específicos, o más en general entre la sociedad global y grupos menores” (Bobbio, 1989, p. 13)

³²⁵ (Dussel, 2006, p. 55)

³²⁶ Al señalar Luhmann que el sistema social implica a todos los demás, nos parece más orgánico que pensar que lo social es sólo el cruce de campos en lo político. Esta no es una tesis de sociología por lo que sólo dejamos indicada nuestra divergencia para futuros estudios.

³²⁷ Al afirmar: “lo concreto y lo verdadero (y toda verdad es concreta) es la universalidad, la cual tiene por antítesis lo individual, pero que, por medio de su reflexión en sí, es adecuado a lo universal.” (Hegel, 1980, p. 48); pensamos que esta idea de universalidad de Hegel abre el camino a pensar que lo social sería la totalidad de los seres humanos (incluyendo su tiempo, cultura y psique), aunque para su estudio se hiciera eco a las divisiones históricas (geografía, lengua, etc.) desde que su evolución comenzó mediante el trabajo (recuperando así la tesis de A. Sánchez Vázquez 2003)

¿Qué diferencia habría entre un <<actor social>> y un <<actor político>>? El actor social presiona (influencia) al campo político desde sus reivindicaciones propias de los campos materiales (sociales), y en tanto todavía no haya tomado conciencia o no haya creído conveniente usar los medios institucionales del campo político; es *implícitamente* político. Es una acción reivindicativa en cierta manera pre-política, al menos para la conciencia del agente (porque no se quiere o no se sabe cómo actuar como agente político). El <<actor *político*>> podrá luchar por reivindicaciones *sociales*, pero en tanto ciudadano y ejerciendo *concientemente*, desde su situación de participante, el poder político (como acción estratégica y dentro de las instituciones políticas del Estado ampliado) en tanto acciones políticas.”³²⁸

Y remata:

“Lo civil y lo político ocupan el campo político como determinaciones propias de dicho campo, como dimensiones institucionales del actor político. Lo <<social>> en cambio, surge por determinación de otros campos, en principio, que no son políticos, que irrumpen o se presentan en el campo político. Se trata de la emergencia en el campo político de la esfera material de la reproducción y crecimiento de la vida humana en comunidad, es decir, la esfera ecológica-económica-cultural y sus correspondientes agentes (es decir, grupos, estratos, clases, asociaciones propios de cada campo material, en tanto son subsumidos en el campo político). Pero se trata de condiciones absolutas, *sine qua non*.”³²⁹

En síntesis, en el campo político hay momentos de lo social, así como articulaciones sistemáticas que podríamos denominar sociedad civil y todavía dentro de esta se encontraría la sociedad política (ambos articulados³³⁰), de la cual el elemento más importante es, sin duda, el Estado. En este punto llegamos a un momento en el que embonamos con la afirmación que hicimos de la interdependencia de lo jurídico y lo político, que además puede incorporarse a lo planteado con lo social y otros campos como el económico.

³²⁸ (Dussel, 2009, p. 214-215)

³²⁹ (ídem, p. 216)

³³⁰ Gramsci nos señala: “Ese estudio me lleva también a ciertas determinaciones del concepto de Estado, que generalmente se entiende como sociedad política (o dictadura, o aparato coactivo para configurar la masa popular según el tipo de producción y la economía de un momento dado), y no como un equilibrio de la sociedad política con la sociedad civil (o hegemonía de un grupo social sobre la entera sociedad nacional, ejercida a través de las organizaciones que suelen considerarse privadas, como la Iglesia, los sindicatos, las escuelas, etc.), y los intelectuales operan especialmente en la sociedad civil (B. Croce, por ejemplo, es una especie de papa laico, un instrumento efficacísimo de hegemonía, aunque, según las ocasiones, pueda encontrarse en choque con tal o cual gobierno, etc.” (Gramsci, 1980, p. 272)

Es necesario pasar ahora a la sociedad política y civil como Estado³³¹. Podemos aterrizar las ideas de sociedad civil, sociedad política y estado, de acuerdo con lo que nos plantea Dussel:

“El Estado (en sentido todavía indiferenciado) es la *comunidad política institucionalizada*. Es decir, se trata del *estado* de haberse dado instituciones suficientes para la vida cotidiana y el gobierno de la totalidad de la comunidad política. Su institucionalidad tiene dos manifestaciones complementarias:

a) Una, explícita política y *global*, de mayor coherencia sistémica, que se «cierra» como un conjunto auto-poietico de auto-referencia máxima; es lo que se denomina *sociedad política* o Estado (en sentido restringido) *desde arriba* (desde los *representantes* elegidos en su división de Poderes). Esta *sociedad política* es el macro-sistema institucional *global* operando *explícitamente* en la esfera público-política y en cuanto tal (es decir, en cuanto política y global). Lo «estatal» da un sentido homogéneo a la heterogeneidad funcional de las instituciones organizadas en sistema. La «clase universal» (el *Beamte* prusiano) sería la mejor expresión de esta dimensión política.

[...]

b) Otra, implícitamente política y *particular*, con menor sistematicidad, como *sociedad civil* o expresión pública de los movimientos sociales y otras organizaciones civiles (expresión en el *campo político* de otros campos que no son políticos): articulación del Estado (en sentido *ampliado*) *desde abajo* (desde los ciudadanos como participantes permanentes y como la última instancia política). La *sociedad civil* entonces es el sub-campo de la micro-institucionalidad u organización *particular* operando *implícitamente* en tanto política (en cuanto civil y particular). No involucra al Estado como totalidad, sino a la *parte* de la comunidad política que, en cuanto parcializada en su institucionalidad, depende de los intereses particulares de los diversos grupos de la propia sociedad civil, de los movimientos sociales manifestados en su sub-campo.”³³²

Nuestro apunte sería en el sentido de que el estado es una de las formas de lo institucional que se remite fundamentalmente a lo jurídico y político. Entendiendo que

³³¹ Además de la propuesta de Dussel y Gramsci, consideramos que existe una idea similar en Poulantzas: “El conjunto de aparatos de hegemonía, aun en el caso de ser jurídicamente privados, forman parte del Estado (aparatos ideológicos, culturales, iglesia, etc.) mientras que para Foucault y Deleuze el Estado queda siempre limitado a su solo núcleo público (ejército, policía, prisión, tribunales, etc.)” (Poulantzas, 1980, p. 37) y en Bobbio: “Negativamente, se entiende por “sociedad civil” la esfera de relaciones sociales que no está regulada por el Estado...” (Bobbio, 1989, p. 39)

³³² (Dussel, 2009, p. 250-251)

instituciones puede haber fuera del estado y tan bastas (e híbridas) como los campos que encontramos.

4.2. Asamblea Constituyente y Constitución

*Qu'il ne peut y avoir de Constitution que celle qui est acceptée par le peuple*³³³.

Ahora nos avocaremos a la descripción del estado moderno (sobre todo estableciendo vinculación con lo jurídico) para poder aterrizar en nuestro tema. Para ello, consideramos que el proceso de la Asamblea Constituyente se ha vuelto fuente del derecho y de institucionalidad política, en la situación política mexicana del siglo XX (y alcanzando hasta el siglo XXI).

Los pasos del momento constitutivo a la Asamblea Constituyente (explicados de una manera lógica más que histórica o empírica) y a la función legislativa nos parecen bien sintetizados por Dussel:

“Cuando el poder indiferenciado (*potentia*) decide organizarse institucionalmente, el ejercicio delegado del poder se determina [...] en primer lugar como poder instituido [...] que, con respecto a una posible Constitución, se *pone* a sí mismo como poder constituyente (que se concreta como poder constituyente [...]). La *Constitución* (que debe positivizar los *derechos humanos*) establece [...] por su parte necesariamente un órgano que deberá dictar las leyes. Así nace el *poder legislativo* que promulga y actualiza permanentemente [...] el **sistema del derecho** constitucionalmente. Por su parte, el *poder judicial* interpreta el sistema del derecho y lo *aplica* a los casos singulares, resolviendo los conflictos que se presentan en la comunidad política [...]. Todos los niveles indicados, y hecho además hábito de la comunidad política de manera estable, consensual y última instancia normativa, crea un ‘Estado de derecho’.”³³⁴

Solo como comentario al paso, Dussel entiende al sistema jurídico como uno de los sistemas de lo político. Creemos que la idea de interdependencia que hemos establecido al inicio y seguimos desarrollando no ataca lo establecido por Dussel, puesto que su

³³³ “Que no puede haber Constitución más que aquella que haya sido aceptada por el pueblo”. (NEXINT, 2008)

³³⁴ Dussel, 2006, pp. 64-65

noción se empata con la idea de sistema jurídico estatal que proponemos, sin pérdida, al menos desde nuestro punto de vista. Continuemos:

Fijado el origen y proceso, conviene señalar nuestra interpretación específica de la Asamblea Constituyente y la función legislativa del estado (como ente jurídico-político en el poder legislativo del estado).

Es cierto que la conformación escrita como norma de normas³³⁵ es una peculiaridad del Estado moderno, que suplantó conjuntos de leyes más o menos dispersos o una principal que no siempre guardaba relación con otros códigos. Lo importante a resaltar aquí es que no es la “fuente” de “la ley” en toda la historia³³⁶ ni en sí del sistema jurídico estatal. También es peculiar el tono de limitación del poder político, sobre todo después de siglos de subordinación absoluta de la ley a los reyes:

Si la norma jurídica había surgido para limitar la voluntad fetichizada, no siempre pudo contener la voluntad de poder. Al paso del tiempo los imperios y reinos se convirtieron en el modo de conformación jurídica y política. Sobre todo en Europa esto devino en el absolutismo y otras formas de dominación sobre las mayorías. El constitucionalismo es la reivindicación de la dignidad como derecho, que se plantea a la comunidad para que esta la eleve a norma jurídica y la proteja; un poco en el sentido que plantea Bobbio:

“Se suele llamar ‘constitucionalismo’ a la teoría y la práctica de los límites del poder; el constitucionalismo encuentra su completa expresión en las constituciones que establecen límites no solamente formales sino también materiales al poder político, bien representados por la barrera que los derechos fundamentales una vez reconocidos y protegidos jurídicamente elevan contra el intento y presunción del detentador del poder soberano de someter a reglamentación cualquier acción que los individuos o los grupos intenten emprender”³³⁷

³³⁵ (Schmitt, 1982)

³³⁶ “Hasta antes de aludir a la *Constitución* escrita, se hablaba de una realidad social que se rige por normas jurídicas; sin embargo, con la *Constitución* se ha llegado a un sistema simbólico que expresa una estructura de sentido lógica-jurídica, capaz de valerse por sí misma, sin necesidad de hacer referencia a la realidad social. De esta forma, se alcanza la concepción de la norma jurídica como estructura lógica” (Rojas Amandí, 2008, p. 103)

³³⁷ (Bobbio, 1989, p. 139)

Después de estos rasgos históricos, y para aproximarnos al concepto de Constitución, seguiremos los planteamientos de Schmitt (acordándolos con la interpretación de Dussel aunque introduciendo los matices que estamos proponiendo en el presente estudio).

En cuanto a la Asamblea Constituyente, podemos señalar que se trata de lo que subyace a una Constitución, de la base material de una constitución. Primitivamente era la comunidad en pleno, deliberando permanentemente, pero conforme se fue dando el crecimiento poblacional, posteriormente las alianzas o vinculaciones étnicas a nacionales, o las revoluciones es que la Comunidad actuando como “poder instituyente”³³⁸ determinó conformar una Asamblea Constituyente³³⁹ (en Schmitt es Poder Constituyente), misma que da sentido a una totalidad: “El <<procedimiento>> por el que se convoca y se organiza una constitución no puede ser constitucional, es un poder anterior y fundacional. El formalismo kelseniano en este punto es indefendible”³⁴⁰.

La Asamblea Constituyente, es decir la Comunidad³⁴¹ como “poder instituyente” elabora determinaciones de voluntad, límite e intercambiabilidad; todas estas declaraciones se someten idealmente a un proceso de concretización, abstracción y aprobación social. En el que un pueblo declara su “concreta situación”, el deber-ser y sus aspiraciones. Es la primer y máxima institución (aunque efímera), de un momento revolucionario de un Pueblo, cuya autoridad es capaz de adoptar las determinaciones sobre la forma y el modo de la existencia de la comunidad en cuanto jurídica, política, económica y cultural³⁴².

³³⁸ “La <<decisión>> de la comunidad con poder soberano de institucionalizarse [...] es un acto segundo de la misma voluntad consensual que se determina a sí misma como <<poder instituyente>> -usando la expresión de C. Castoriadis—” (Dussel, 2009, p. 291)

³³⁹ Aunque también es obvio que no siempre el poder instituyente derivó en un poder constituyente asambleario, pudo también conferirse a una persona o ser arrebatado.

³⁴⁰ Ídem, p. 292

³⁴¹ Como en la siguiente cita, pero aparejándole a lo político lo jurídico (y también se podría económico y cultural): “cuando la comunidad política se auto-constituye como poder instituido (*potestas*) al darse una Constitución (sea la que fuere, y aun como forma muy simple de determinar su forma de gobierno en general), la comunidad se transforma en Estado (en el sentido ampliado de A. Gramsci). Por ello hemos indicado más arriba que el Estado es la comunidad política institucionalizada” (Ídem, pp. 292–293)

³⁴² (Schmitt, 1982, pp. 93-94.) no se trata de una cita, sino de haber retomado algunos de sus elementos e integrándolos al marco teórico que estamos construyendo.

La Asamblea Constituyente es un acto volitivo-normativo (que abarca de manera directa o indirecta todo lo humano) situado; es un acto de la comunidad como voluntad de limitar o reacción contra la voluntad fetichizada; aunque derivada no está mediada o sometida por la voluntad política³⁴³, sólo es interdependiente con rasgos propios claramente señalables. La ley constitucional que emana expresa el carácter comunitario (como forma legislativa) que está más presente en el *ius-lex* que en la voluntad o la intercambiabilidad, por ello son las comunidades las que conformaron las instituciones, aunque luego las instituciones secuestrarán la representatividad o interés de la comunidad; por ello tampoco el aparato normativo derivado de la constitución tiene “sólo una significación técnico-jurídica”³⁴⁴. Aunque este carácter sea efímero como señala Dussel:

“La Asamblea Constituyente que dicta la Constitución es la comunidad legislativa fundacional, pero, como tal, sólo opera una vez y después desaparece”³⁴⁵

Lo efímero de la Asamblea Constituyente no tiene que ver con el agotamiento de la capacidad constituyente de la Comunidad (jurídica, política, económica) que persiste al lado, materialmente y por encima de la Constitución (como voluntad, protección de la vida, intercambiabilidad, institucionalidad etc.)³⁴⁶.

Ya al inicio, cuando analizábamos lo político y lo jurídico, señalábamos una cita de Schmitt en el que se marcaba como la idea de que la voluntad pudiera extenderse a lo normativo derivaría precisamente a pensar que lo que precede (o se da simultáneamente con la voluntad “original”) es “la naturaleza” el caos, que es lo mismo que pasar de la moderna afirmación de “estado de naturaleza” a una refinada posición de “momento de naturaleza”. Es cierta la crítica de Schmitt al positivismo de una “ley” que siempre media, pero la solución no es inclinarse de modo absoluto a la “voluntad”, siempre hay un rejuego

³⁴³ Como lo plantea Schmitt en este párrafo: “Una ley constitucional es, por su contenido, la normación que lleva a la práctica la voluntad constituyente. Se encuentra por completo bajo el supuesto y sobre la base de la decisión política de conjunto contenida en esa voluntad. Si se insertan otras varias normas en la «Constitución», esto tiene sólo una significación técnico-jurídica: la de defensa contra una reforma por medio del procedimiento especial” (Ídem, p. 94.)

³⁴⁴ (Ídem, pp. 94)

³⁴⁵ (Dussel, 2009, p. 295)

³⁴⁶ Seguimos con la propuesta de Schmitt (1982, p. 94), acoplándola al marco categorial, críticos de la tendencia que tiene de reducir todo a la voluntad (en el que a veces también comparte opinión Dussel).

volición-formación que está en parte determinado por las circunstancias y en parte por las correlaciones de fuerzas y sistemas normativos (aunque algunos sean aún sólo “ideas”).

Planteado la institución primera, consideramos que es importante pasar al tema de Constitución, en su concepto unitario, podemos decir qué:

1. Es lo que determina relativamente la unidad política, en cuanto es pertinente el Estado ³⁴⁷ , de la comunidad (política ³⁴⁸ -jurídica, también económica); estableciendo también sistema normas (norma de normas³⁴⁹), designando de este modo también una unidad *idea*³⁵⁰. Es “el acuerdo segundo, institucional, explícito (*potestas*), del consenso de la comunidad [...] que se da una forma *concreta* de Estado”³⁵¹. De lo que se desprenden algunas significaciones:
 - a. “Es la concreta situación de conjunto de la unidad política y ordenación social de un cierto Estado”³⁵² válidas para las exigencias situadas de una determinada comunidad³⁵³. No sólo tiene un alcance político (ni aún derivado o subordinado) puesto que el alcance puede ser “la ordenación de la vida común”³⁵⁴.
 - b. Es la “forma de las formas”, es decir la “manera de ordenación política y social”³⁵⁵; en una dualidad política y jurídica (pero que también describe al mercado, los alcances de la violencia, la relación con la ecología o deberes; siendo lo social en todo esto pertinente)

³⁴⁷ Ídem, p. 29

³⁴⁸ La incorporación crítica del planteamiento de Schmitt en Dussel (2009)

³⁴⁹ Schmitt, 1982, p. 33

³⁵⁰ Ídem, p. 29

³⁵¹ Dussel, 2009, p. 293

³⁵² Schmitt, 1982, p. 29

³⁵³ Dussel, 2009, p. 293

³⁵⁴ De acuerdo a lo que Schmitt recupera de los filósofos griegos (Schmitt, 1982, p. 30)

³⁵⁵ Ídem, pp. 30-31

- c. “Es el principio del devenir dinámico de la unidad política, del fenómeno de la continuamente renovada *formación y erección* de esta *unidad* desde una *fuerza y energía* subyacente u operante en la base”³⁵⁶.
- d. Es un <<deber-ser>> como normación total de la vida de la comunidad³⁵⁷, es decir que aquí se trata de una norma a la que pueden ser referidas todas las normas, siendo así unidad y totalidad³⁵⁸. Es la Comunidad tratada como *Deber-Ser* jurídico³⁵⁹.
- e. Es válida en tanto que emana de la Comunidad en Asamblea Constituyente, en el cual establece su voluntad, límites, intercambiabilidad, etc. Es además aprobada la comunidad más allá de la Asamblea Constituyente (por omisión o por “plebiscito”)³⁶⁰.

Elementos a los que Dussel añade “La constitución fundamenta el <<estado de derecho>> en cuanto se coloca como la última referencia *formal* (no material, que es la misma voluntad consensual de la comunidad política) de todos conflictos que se presenten, inclusive y en un primer lugar, del mismo Estado”³⁶¹.

La relación de lo institucional, lo jurídico, lo político y ahora una Constitución, no es explicable sin apuntar hacia el elemento que acabamos percibir: El Estado. Es necesario detenernos en este aspecto.

³⁵⁶ Ídem, p. 31

³⁵⁷ Tomado de Schmitt, 1982, p. 29; pero tomando en cuenta que nosotros no consideramos al estado como más amplio ni preponderante a la Comunidad.

³⁵⁸ Ídem, p. 33

³⁵⁹ En Schmitt (Ibídem), donde del mismo modo sustituimos la referencia al Estado por Comunidad; y normativo por jurídico puesto que lo normativo es un fenómeno más amplio que podría estar presente en la Constitución pero que por el momento no profundizaremos por no ser el motivo de esta investigación.

³⁶⁰ En este punto nos distanciamos más de lo planteado en Schmitt (1982, p. 34)

³⁶¹ Dussel, 2009, pp. 293-294

4.3. En torno a la idea de Estado

Nos sumamos a la idea de que el Estado sólo hasta la sociedad moderna alcanzó el carácter institucional (siendo que Dussel lo señala como macroinstitucional³⁶²) que le caracteriza plenamente, aunque algunos rasgos existieran antes³⁶³. Como lo planteamos en lo institucional, la delegación de funciones y la conformación de instituciones han sido una necesidad organizativa para la vida (sobre todo en cuanto es posible desarrollar con mayor potencia los elementos no-económica). De lo institucional el Estado es una forma particular que ha existido sobre todo en sociedades amplias, con un avanzado desarrollo de la producción, siendo utilizado como instrumento de gobierno y preservación de la paz para la producción (incentivando las guerras para aumentar la riqueza). Es, además, una institución que integra o de la que se desprenden otras instituciones (en sistemas, de acuerdo a lo que ya hemos revisado en Luhmann y los planteamientos de Dussel).

No se sostiene la concepción del Estado, sustentada por marxistas vulgares o dogmáticos, según la cual se le puede reducir a la dominación de una clase sobre otra o a la expresión de su voluntad³⁶⁴, y recuperamos la afirmación de N. Poulantzas: “el Estado presenta, desde luego, una armazón material propia, que no puede reducirse, en absoluto, a la sola dominación política”³⁶⁵. Al respecto también nos parece acertada la

³⁶² “El Estado (político) es la macro-institución en el campo político (como un sistema concreto siempre e histórico), entre otros aspectos materiales y formales, que hace factible los otros dos órdenes.” (Dussel, 2014a, p. 7)

³⁶³ “Lo político-estatal (y lo mismo sucede con lo ideológico) estuvo siempre, aunque bajo formas diversas, constitutivamente presente en las relaciones de producción y, por consiguiente, en su reproducción.” (Poulantzas, 1980, p. 8)

³⁶⁴ Tal era el punto de vista de F. Burlatsky: “El marxismo considera que lo más importante que estimuló la aparición del Estado fue la división de la sociedad en clases; a ello está vinculada la concepción marxista del Estado como instrumento de dominio.” (Unzueta et al., 1982, pp. 46–47), Aunque es un autor que ya vislumbra otra posibilidad de pensar el estado todavía lo vislumbra estrictamente desde la dominación: “Pero, en el marco de este dominio, el Estado, al mismo tiempo sirve como medio de dirección, también lo hace como medio de gestión de la sociedad” (Unzueta et al., 1982, pp. 47).

³⁶⁵ (Poulantzas, 1980, p. 8)

crítica de Gramsci³⁶⁶ contra la idea del Estado “por encima” de los conflictos sociales y culminación de la subjetividad, que propone Hegel³⁶⁷ (junto a la tradición positivista³⁶⁸).

Para sintetizar nuestras ideas del Estado (puesto que consideramos que buena parte de su esencia ha venido siendo señalada desde lo político, lo jurídico y lo institucional) nos parece importante señalar algunas de sus características que lo diferencian de otras instituciones. Aclarando que si bien entendemos que las instituciones son inherentes a las sociedades, esto no quiere decir que sean “buenas en sí” o “malas en sí” sino que están siempre situadas. En el caso del Estado es inevitable señalar sus funciones, su configuración necesaria para la sociedad al margen de las funciones que ha tenido en las sociedades divididas en clases y “occidentales”. En este sentido el apartado requeriría un estudio muy extenso, pero para que se integre en el marco categorial que desarrollamos hemos optado por sintetizar el modo en que se integra más la perspectiva crítica. Partimos de la visión de Poulantzas, integrando después otras visiones, porque consideramos que es de la que se inspiran otros autores (incluyendo parte de la perspectiva de la Filosofía de la Liberación en cuanto a la Política) a la par que es una síntesis propositiva de teorías críticas anteriores (como por ejemplo las nociones de Gramsci):

1. El Estado detenta el monopolio de la coacción de la ley (señalando la diferencia específica, aunque no es material, entre normas jurídicas, morales y sociales) al tiempo que es la expresión hegemónica (o sólo dominante) de la biopolítica³⁶⁹.

³⁶⁶ “En cuanto idea-límite, el programa liberal crea el Estado ético, o sea, un Estado que idealmente está por encima de la competición entre las clases, por encima del varios entrelazarse y chocar de las agrupaciones que son su realidad económica y tradicional. Ese Estado es una aspiración política más que una realidad política; solo existe como modelo utópico, pero precisamente esa su naturaleza de espejismo es lo que le da vigor y hace de él una fuerza conservadora. La esperanza de que acabe por realizarse en su cumplida perfección es lo que da a muchos la fuerza necesaria para no renegar de él y no intentar, por tanto, sustituirlo.” (Gramsci, 1980, p. 19)

³⁶⁷ “El Estado es la realidad de la Idea Ética; es el Espíritu ético en cuanto voluntad patente, clara por sí misma, sustancial, que se piensa y se conoce, y que cumple con lo que él sabe y cómo lo sabe. [...] El Estado, como la realidad de la voluntad sustancial que posee en la conciencia de su individualidad elevada a su universalidad, es lo *racional en sí y por sí*.” (Hegel, 1980, p. 210)

³⁶⁸ Cuya ala más formalista llega a estos extremos: “El Estado es, por consiguiente, una forma de organización, y dicha organización es de índole jurídica” (García Máynez, 1982, p. 107)

³⁶⁹ “Uno de los aspectos esenciales del poder, la condición de su instauración y mantenimiento, es siempre la coacción de los cuerpos, pero también la amenaza sobre los cuerpos, la amenaza mortífera” (Poulantzas, 1980, p.28).

Hegemonía que no es pura represión ni es un fenómeno simple³⁷⁰ ni mucho menos reside su fuerza en lo simbólico³⁷¹. En el Estado, incluyendo claro la sociedad civil, se han integrado las formas históricas de limitación de la voluntad; existiendo como posibilidad las del “estado legislativo” o de Derecho, así como el control de la legalidad por los jueces.

2. Aunque bastante tergiversado en momentos de la historia (como en la modernidad), el sustrato material de la voluntad de vivir y su expresión delegada que reside en la institucionalidad política, impide que el poder político sea sólo negativo, sino que este tiene que actuar de “manera positiva, *crea, transforma, produce realidades.*”³⁷².

El estado no solo realiza actividades “negativas” (como la represión) sino que también: “La relación de las masas con poder y el Estado en lo designado particularmente como *consenso, posee siempre un sustrato material.* Entre otras razones porque éste, procurando siempre la hegemonía de clase, actúa en el campo de un equilibrio inestable de compromiso entre las clases dominantes y las clases dominadas. El estado asume permanentemente, una serie de medidas materiales positivas para las clases populares, incluso si estas medidas constituyen otras tantas concesiones impuestas por la lucha de las clases dominadas”³⁷³. En este punto la legalidad implica la preservación de la vida y la normativización de expresiones de la vida de la comunidad que se consideran importantes para ser respaldadas por la coacción; incluye, por lo tanto, reivindicaciones jurídico-políticas de los dominados, puesto que si no se apela a la comunidad no se puede construir hegemonía.

³⁷⁰ Leamos: “Esta individualización constituye la figura material de las relaciones de producción y de la división social del trabajo en los cuerpos capitalistas, e igualmente el efecto material de las prácticas y técnicas del Estado que fabrica y somete ese cuerpo (político)” (Ídem, p. 75), es decir, la dominación del estado condiciona su condicionante: la comunidad política, hasta modificarla sustancialmente y someterla.

³⁷¹ Criticando a Foucault: “Lo inquietante, por consiguiente, en esos análisis no es en absoluto –al contrario- que planteen la cuestión del consentimiento al poder: es, a la vez, que subestiman el papel de la violencia física organizada en la represión y que reducen el poder a la represión simbólica e interiorizada y a la prohibición” (Ídem, p. 66).

³⁷² Ídem, p.30

³⁷³ Ídem, pp.30-31

3. Vinculado a lo anterior, el Estado encarna (aunque no de manera homogénea ni reductiva) la ideología dominante, misma que de acuerdo con Poulantzas: “La ideología no consiste solamente, o simplemente, en un sistema de ideas o de representaciones: concierne también a una serie de *prácticas materiales*, que se extienden a los hábitos, las costumbres, el modo de vida de los agentes, y se moldea así, como materia vinculante, en el conjunto de las prácticas sociales, incluidas las prácticas políticas y económicas”³⁷⁴. Del mismo modo que cuando Schmitt (como ya señalamos arriba), señala la Constitución como el momento de una sociedad-Estado. El estado a través de sus “aparatos” que “desempeñan el papel de elaborar, inculcar y reproducir esa ideología” con el objetivo de constituir y reproducir “la división social del trabajo, de las clases y de la dominación de clases”³⁷⁵, aunque no en todas las épocas ha sido así ni es una función imbricada a lo institucional, sino que es una forma del estado moderno (tal como lo señala Poulantzas). En este sentido y en simbiosis con la dominación y la producción de realidades, es que construye hegemonía (sobre el que profundizaremos más adelante). Antes de concluir es importante acotar que el Estado ni crea la ideología dominante, ni el poder en sí queda limitado a éste³⁷⁶.

4. En cuanto a la clase dominante o grupo hegemónico, el Estado realiza funciones sin las cuales el sostenimiento de las relaciones de poder, normativización y producción es imposible: “su papel como *organizador* específico respecto a las mismas clases dominantes y consiste, también, en *decir, formular y declarar abiertamente las tácticas de reproducción de su poder*”³⁷⁷, aunque la reproducción siempre está vinculada a la Comunidad. Ni el poder más fetichizado puede reproducir su dominación sin apelar de algún modo a la comunidad. El estado crea y amplía institucionalidad, como organización de la sociedad y en específico de los sectores dirigentes o dominantes (para incorporar términos de Gramsci).

³⁷⁴ Ídem, p.27

³⁷⁵ Ídem, p.30

³⁷⁶ Ídem, pp.38

³⁷⁷ Ídem, p.32

5. “El estado desempeña, por tanto, un papel decisivo en las relaciones de producción y en la lucha de clases, estando presente ya en su constitución, así como en su reproducción”³⁷⁸. Esto debido a que:

- a. “las relaciones de producción y las relaciones que las conforman se traducen en poderes emanados de los emplazamientos que esas relaciones configuran”³⁷⁹;
- b. estos poderes se sitúan, a su vez, en una red de relaciones entre explotadores y explotados, en las oposiciones entre prácticas de clase diferentes, en suma en una lucha de clases: son poderes inscritos en un sistema de *relaciones* entre clases”³⁸⁰.

De lo anterior se deriva que “el poder no puede escapar a las relaciones económicas”³⁸¹, y viceversa, del mismo modo que el derecho; además de que las diferentes relaciones: sociales, jurídicas, políticas y económicas, desbordan por mucho al Estado. De este modo lo que se encuentra integrado en el Estado (jurídico y/o político) interviene directamente en la economía³⁸², como en otros campos; al tiempo que las luchas que se establecen en el plano estatal es, sobre todo, jurídico-políticas sino también económicas: “luchas [...] cuyo campo [...], no es otro que el de las relaciones de poder”³⁸³ es decir el campo político³⁸⁴. Algunos pueden decir que esta afirmación nos conduce a cierto economicismo en Poulantzas³⁸⁵ pero creemos que está más cerca de la

³⁷⁸ Ídem, p.35

³⁷⁹ Ídem, p.35

³⁸⁰ Ídem, p.36

³⁸¹ Ídem, p.36

³⁸² Entendiendo Poulantzas de manera crítica y filosófica la economía política y no como las interpretaciones (neo-)liberales de ésta: “ahora bien, es evidente que no se puede, en absoluto, relacionar la materialidad de los aparatos del Estado y lo <<económico>> [...] si por <<lo económico>> se entiende sólo o principalmente la demografía o la simple revolución industrial, es decir la *técnica* productiva.” (Ídem, p. 77)

³⁸³ Ídem, pp. 38

³⁸⁴ Consideramos que aquí la integración de la noción de Poulantzas con la metodología de la filosofía de la liberación de Dussel (en este punto específico, empatando también con la noción de Bourdieu) y que seguimos aquí, es limpia.

³⁸⁵ Pero creemos que no: “Verdad es que en estas luchas [políticas] son las relaciones las que tienen el papel determinante. Pero la primacía de las luchas sobre el Estado desborda a las relaciones de producción porque no se trata, en este caso, de una estructura económica que, a su vez, sea el fundamento de luchas: esas relaciones de producción son ya relaciones de lucha y de poder” (Ídem, p. 48)

concepción de Dussel sobre la génesis simultánea de lo económico, político y jurídico³⁸⁶. Por nuestra parte queremos integrar lo jurídico en esta percepción: las luchas también se desarrollan en términos de cuáles límites deben de establecerse o ser derribados, en términos de lo que debe ser proscrito para proteger a la comunidad o aquello que debe dejar de ser limitado para adaptarse a las nuevas exigencias. En este plano también se imbrican las relaciones políticas y económicas, no de una manera menor o derivada, sino con plena fuerza y empuje, un conflicto a veces paralelo, a veces principal, muchas veces incorporado a las contradicciones más acentuadas en un periodo de crisis, revolución o restauración.

6. Queremos profundizar en algo ya esbozado: “Las relaciones de poder, como sucede con la división social del trabajo y la lucha de clases, *desbordan con mucho al Estado*”³⁸⁷, pero ¿cómo se realiza este desbordamiento sin colapsar el entramado institucional? Al estado capitalista (siguiendo el análisis de Poulantzas) le preceden relaciones de producción, jurídicas y políticas, y estas “relaciones que las conforman (propiedad económica/posesión) se traducen en poderes emanados de los emplazamientos que esas relaciones conforman”³⁸⁸ las cuales a su vez tejen “*relaciones entre clases*”³⁸⁹. Además de los procesos de poder político y de normativización jurídica, ésta descripción implica conformación de ideas normativas (jurídicas etc.) que se plantean en el terreno de disputar la legalidad por medio de presiones, ataque a ésta o reformas. Será un tema a desarrollar en cuanto abordemos legalidad y legitimidad.

³⁸⁶ “Todo en la economía está en relación con el derecho, con el ejercicio del poder (que debe ser delegado y obedencial) del Estado. El economicismo materialista dialéctico ingenuo colocó a la economía como última instancia de lo político y del derecho. Tenía razón materialmente, pero erraba formalmente. La política y el derecho son infra-estructurales (si se quiere usar esa categoría no sistémica ni importante para Marx) con respecto a la economía, porque formalmente (es decir, de manera legal y creando convicción subjetiva de legitimidad, aunque sea aparente) estructura la economía esencialmente. Sin el derecho (a la propiedad, a la herencia, al cumplimiento de los contratos de compra y venta, a créditos certificados ante notario, etc.) es imposible todo sistema económico” (Dussel, 2014b, p. 62).

³⁸⁷ Ídem, p. 37

³⁸⁸ Ídem, p. 35

³⁸⁹ íbidem

7. Al estado capitalista (y por ende a algunos de sus parientes “socialistas”) le es intrínseco cierto totalitarismo en su vocación de sostener y ampliar su hegemonía: “El estado interviene con su acción y sus efectos en todas las relaciones de poder, a fin de asignarles una pertinencia de clase y de situarlas en la trama de los poderes de clase. El Estado se hace cargo así de los poderes heterogéneos que se convierten en eslabones de apoyos del poder (económico, político, ideológico) de la clase dominante. [...]. El estado no es un Estado de clase sólo en el sentido de que concentra el poder basado en las relaciones de clase, sino en el sentido, también de que se propaga *tendencialmente* en todo poder, apropiándose sus dispositivos; poder que, sin embargo, lo desborda constantemente”³⁹⁰. Como otros momentos de supeditamiento de todo a la voluntad fetichizada, en el Estado moderno el capital subordina lo económico-político subordina aquello que pudiera limitarlo, lo desnaturaliza, hasta convertir al estado en un instrumento que siempre se queda corto respecto a la voluntad general del capital y en cuanto a los límites que requiere a la sociedad (en tanto el sistema capitalista no permite ser regulado). Paralelamente la sociedad queda atomizada y controlada.
8. Ya implícito en otros puntos pero que queremos remarcar es, además del movimiento interno del Estado como expresión cultural ³⁹¹, organizador, dominador, desarrollador y su vinculación a las relaciones de producción³⁹²; como tirón histórico que traspasa al estado: “En la relación poder/aparatos, y, más particularmente, lucha de clases/aparatos, la lucha (de clases) es la que tiene el papel fundamental. Lucha cuyo campo no es otro que el de las relaciones de poder, de explotación económica y de dominación/subordinación político-

³⁹⁰ Ídem, pp. 46

³⁹¹ Aunque un poco obvio después de lo que hemos dicho de las instituciones, no está de más aterrizarlo de acuerdo a lo que nos plantea Poulantzas respecto al estado capitalista: “si todo Estado capitalista presenta la misma armazón material, ésta se singulariza según las particularidades de la lucha de clases, de la organización de la burguesía y del cuerpo de intelectuales en cada Estado y país capitalista concretos” (Ídem, p. 68)

³⁹² “Las mismas transformaciones del estado remiten en primer lugar a transformaciones de las relaciones de producción capitalistas que inducen transformaciones de aquella separación y, por esa vía, a las luchas de clases” (Ídem, p. 58)

ideológica. Las luchas tienen siempre primacía sobre los aparatos-instituciones y los desbordan constantemente.”³⁹³

9. El Estado, al menos el capitalista, “*En el conjunto de sus aparatos [represivos, ideológicos, económicos] encarna el trabajo intelectual en cuanto se ha separado del trabajo manual*”³⁹⁴ y sobre esto abunda Poulantzas: “esos aparatos –ejército, justicia, administración, policía, etc., sin hablar de los aparatos ideológicos- implican precisamente la utilización y dominio de un saber y de un discurso (directamente inscritos en la ideología dominante o erigidos a partir de formaciones ideológicas dominantes) de los que las masas populares están excluidas.”³⁹⁵.
10. El estado capitalista “*instaura*” (y produce permanentemente³⁹⁶) la “atomización y parcelación del cuerpo político en eso que se designa como <<individuos>>”³⁹⁷ y “*representa* (Estado representativo) la unidad de ese cuerpo (pueblos-nación) fraccionado en monadas formalmente equivalentes (soberanía nacional, voluntad popular)”³⁹⁸. Dicha “atomización” se extiende a sus elementos³⁹⁹. En cuanto a los individuos: “el Estado consagra e institucionaliza esa individualización mediante la constitución de las mónadas económico-sociales en individuos-personas-sujetos jurídicos y políticos”⁴⁰⁰, idea importantísima, ya que, demuestra la plena dimensión de lo individualista (que impone la modernidad) a partir del diseño estatal y sistémico, hasta sus consecuencias: “se moldea a los sujetos sobre los cuales se ejerce ese poder, hasta su misma corporeidad”⁴⁰¹.

³⁹³ Ídem, p. 48

³⁹⁴ Ídem, p. 61

³⁹⁵ Ídem, p.61

³⁹⁶ Ídem, p. 73

³⁹⁷ Ídem, p.70

³⁹⁸ íbidem

³⁹⁹ íbidem

⁴⁰⁰ (Poulantzas, 1980, p. 73) Sobre el punto concuerda Bobbio, aunque éste solo hace descripción del fenómeno si demostrar su orígenes: “La supremacía del derecho privado se afirma a través de la difusión y recepción del derecho romano en Occidente: el llamado derecho de las *Paddette* [partes del código de Justiniano] es en gran parte derecho privado, cuyos institutos principales son la familia, la propiedad, el contrato y los testamentos” (Bobbio, 1989, p. 23), de este modo, se demuestra, de paso, que la continuidad del derecho del imperio romano se retome con fuerza en el derecho impulsado por las élites burguesas desde el siglo XVIII.

⁴⁰¹ Poulantzas, 1980, p. 78

En este punto la influencia de Foucault es declarada por el mismo N. Poulantzas. Ahora bien, este proceso no es unívoco sino que se convierte en una forma de cambio y particularización del Estado (frente a otros e incluso frente al mismo en otras épocas), siendo además una particularidad del Estado moderno que “crea las individualizaciones y privatizaciones “constituyéndose como su unidad y homogeneización”⁴⁰². Noción que desde otro punto de vista también desarrolla Rojas Amandi⁴⁰³.

11. En este sentido es importante la diferenciación que realiza Schmitt en cuanto al aparato administrativo⁴⁰⁴ del ejecutivo, que es diferente al aparato gubernativo. A este respecto la parte “menos” politizada es la que se encarga de la organización-administración de las políticas públicas y de las funciones necesarias de cualquier estado: “La “burocracia” posee con frecuencia, frente a diversas formas y tipos de Estado, la neutralidad de un mero instrumento técnico, el cual puede servir—aun cuando bajo ciertas reservas, como, p. ej., la de que se tengan en consideración los ‘derechos adquiridos de los funcionarios’—a tendencias políticas diversas e incluso contrarias.”⁴⁰⁵, en este pasaje Schmitt critica la noción “apolítica” de burocracia de Weber y de paso nos sitúa en una perspectiva que permite diferenciar ámbitos dentro del propio estado.

12. Pese a que el Estado se conforma formalmente a partir del sistema jurídico, éste siempre desborda la legalidad⁴⁰⁶, sobre este punto trataremos en el tema de la legalidad y a lo largo de la tesis. Las concepciones formalistas que tratan de hacer pasar la legalidad por legitimidad, tienen el mismo problema que critica Schmitt: es un formalismo que da ventaja al tirano: “Solo es ilegal y “tirano” quien ejerza el poder estatal o paraestatal sin tener de su parte la mayoría del 51 por 100. Por el

⁴⁰² *Ibidem*

⁴⁰³ “El poder del estado no es lo mismo que el núcleo del poder, ni siquiera el de éste y el de sus adherentes, aunque el poder estatal sólo puede manifestarse en virtud de la existencia de un núcleo de poder, cuya actuación queda condicionada por las necesidades específicas de la estructura social en su conjunto” (Rojas Amandi, 2008, p. 209)

⁴⁰⁴ Y que es importante para comprender formas que puede adoptar el Estado: “Hoy se admite ya casi generalmente que, en especial, un ‘Estado de economía’ no puede funcionar como Estado legislativo parlamentario y tiene que convertirse necesariamente en Estado administrativo.” (Schmitt, 1971, pp. 9-10)

⁴⁰⁵ (*Ídem*, p. 18)

⁴⁰⁶ Poulantzas, 1980

contrario, quien tenga esta mayoría ya no cometerá injusticias, pues todo lo que haga se convierte en Derecho y en legalidad. Como puede verse por estas consecuencias, el principio de un concepto de legalidad funcionalista y sin contenido conduce por sí solo ad absurdum."⁴⁰⁷

13. El estado no es un mediador⁴⁰⁸, aunque en algunos países de occidente así lo pareciera, como bien planteó Perry Anderson en su revisión de los trabajos de Antonio Gramsci. Pero sí es una institución de lo intersubjetivo que necesariamente está afectada por los conflictos en la comunidad: "El estado puede ser correctamente representado como el lugar donde se desarrollan y componen estos conflictos, para luego descomponerse y componerse mediante el instrumento jurídico de un acuerdo continuamente renovado, encarnación moderna de la tradicional figura del contrato social."⁴⁰⁹

Síntesis que se pueden integrar en la definición de Poulantzas, misma que consideramos armónica con nuestra distinción entre lo jurídico y lo político:

"Aparato especializado, centralizado, de naturaleza propiamente política, consistente en un acoplamiento de funciones anónimas, impersonales y formalmente distintas del poder económico, cuya disposición se apoya en una axiomatización de leyes-reglas que distribuyen los dominios de actividad, de competencia, y en una legitimidad fundada en ese cuerpo que es pueblo-nación"⁴¹⁰

Hasta aquí nuestro esbozo de la interpretación del estado que se integra en un marco categorial de la filosofía de la liberación y la interpretación que estamos realizando de lo jurídico (en aproximación al Derecho).

⁴⁰⁷ Schmitt, 1971, p. 46

⁴⁰⁸ Bobbio, por ejemplo sí lo cree, y en esto es profundamente positivista: "La vida del Estado moderno, en el que la sociedad civil está constituida por grupos organizados cada vez más fuertes, es atravesada por conflictos de grupo que continuamente se renuevan, frente a los cuales el Estado como conjunto de órganos de decisión (parlamento y gobierno) y ejecutivos (aparato burocrático), desempeña la función de mediador y de garante más que de detentados del poder de imperio, de acuerdo con la imagen clásica de la soberanía." (Bobbio, 1989, p. 31)

⁴⁰⁹ Ídem, p. 32

⁴¹⁰ Poulantzas, 1980, p. 59

4.4. Lo económico y lo jurídico

“La economía necesita siempre una fundamentación formal”⁴¹¹

Aunque ya habíamos señalado en cuanto al estado la interdependencia que existe entre lo económico y lo jurídico no está de más retomar el tema:

“El derecho a la propiedad privada o el derecho a privilegios (como los de la nobleza, la ciudadanía romana o las burocracias) no es una superestructura fundada en las relaciones sociales opresoras de dominación: al contrario, el derecho funda como última instancia formal o política el ejercicio empírico del sujeto económico que le permite poseer con toda la protección del Estado [...]. Marx explicaba bien que los momentos del sistema económico se ven desde el reflejo del espejo del derecho que determina el sentido de lo que aparece empíricamente [...]. Todo en la economía está en relación con el derecho, con el ejercicio del poder (que debe ser delegado y obediencial) del Estado. El economicismo materialista dialéctico ingenuo colocó a la economía como última instancia de lo político y del derecho. Tenía razón materialmente, pero erraba formalmente. La política y el derecho son infra-estructurales (si se quiere usar esa categoría no sistémica ni importante para Marx) con respecto a la economía, porque formalmente (es decir, de manera legal y creando convicción subjetiva de legitimidad, aunque sea aparente) estructura a la economía esencialmente. Sin el derecho (a la propiedad, a la herencia, al cumplimiento de los contratos de compra y venta, a créditos certificados ante notario, etc.) es imposible todo sistema económico”.⁴¹²

De este modo la génesis de lo económico y lo jurídico es simultánea en la historia o mismo en las instituciones que podemos encontrar ahora. Podríamos apuntar de este modo que lo normativo (que siempre es más amplio y profundo que el derecho) se encuentra implícito en muy diversos campos posibilitando su desarrollo (aunque esto no sería extensible a lo jurídico que como sabemos tiene sus especificidades). De esto nos dice Marx:

“La existencia del derecho exclusivo de propiedad es, pues, indispensable para que pueda establecerse el intercambio entre los hombres”⁴¹³

⁴¹¹ Dussel, 2014, p. 283

⁴¹² Ídem, p. 62

⁴¹³ (Marx, 1844) aunque también es claro que en dicha obra dice que el Derecho sólo es una forma de la producción, consideramos que el estudio de Marx es un tema que aún no tiene bien definido (y que tal vez, en el caso específico del derecho) no llega a pormenorizar como hace con otras categorías. Creemos que hay posibilidad de criticar lo que exista de economicismo y recuperar las afirmaciones filosóficas que van más allá.

Si bien es cierto que una sociedad requiere de la producción para subsistir no es menos cierto que el desenvolvimiento de las relaciones de producción sólo pudo ser posible con el establecimiento de otras relaciones jurídico y políticas (un marco jurídico⁴¹⁴ por ejemplo). Sin esto, la apropiación de los bienes, necesarias para la acumulación, por ejemplo, habría sido imposible. De este modo pensamos que se puede probar que del mismo modo que lo jurídico tiene una interdependencia⁴¹⁵ con lo político lo tiene así mismo con lo económico, pero no siempre en los mismos modos, tiempos, acciones, sino en un ámbito propio y a veces mediado en lo político (sobre todo en lo concerniente con el Estado, donde se integran instituciones de los diferentes campos). La enorme influencia de la forma de producir y relacionarse a partir de la producción es algo que incluso los neopositivistas reconocen ahora⁴¹⁶.

Esta interdependencia es más evidente y trascendente en cuanto a lo que se relaciona con el Estado y las funciones que realiza en cuanto norma de normas, voluntad delegada de la comunidad⁴¹⁷ y mediación de las instituciones económicas. La regulación se convierte en un *sine qua non* de lo económico y se desenvuelve aparejado con esto. Tal es la vinculación que las crisis son, por ende, compartidas:

⁴¹⁴ "La economía necesita de un marco jurídico (que sólo lo formula el estado de derecho como efecto de la legislación del Estado) en todos sus momentos." (Ídem, p. 283)

⁴¹⁵ Hecho que consideramos se señala en la siguiente afirmación de Dussel: "Desde la definición y fuerza intersubjetiva de las instituciones económicas que da la legitimidad, la acción económica necesita del respaldo de un tipo de apropiación de los bienes en el tiempo, que permita a los actores tener capacidad reconocida, de manera pública, de ejercer sus funciones institucionalmente (no otra cosa son los tipos de propiedad, apropiación o uso reconocido en referencia a la tierra en la agricultura o minería, a los instrumentos de trabajo, a los edificios, al ahorro del dinero obtenido por las ventas etc.). Las acciones económicas se ejecutan desde la visión o interpretación que de ellas se tiene en un sistema concreto de derecho que las respalda. No hay sistema económico sin sistema jurídico correspondiente." (Ídem, p. 283)

⁴¹⁶ "El sistema social en su conjunto aparece directa o indirectamente articulado en tres subsistemas: la organización de las fuerzas productivas, la organización del consenso y la organización del poder coactivo" (Bobbio, 1989, p. 112)

⁴¹⁷ "Es decir, el Estado, como garante en principio del bien común de toda la comunidad política, puede y debe actuar desde el derecho que los ciudadanos le han acordado (*delegación* que debería fundamentarse en el ejercicio de un *poder* obediencial) en el campo económico. De todos modos es una determinación necesaria *formal* de la economía.

La *regulación* de origen estatal puede parecer una limitante ante la pretensión de la omnímoda libertad económica del movimiento capitalista. Sin embargo, la economía sin el Estado no puede existir (y su autonomía es siempre relativa, nunca absoluta)" (Ídem, pp. 284-285)

“En la economía como en la política y todos los *campos* prácticos, cuando un *sistema* entra en crisis terminal las instituciones también comienzan un periodo de transición agónica, parcial o total (y en este último caso revolucionario)”.⁴¹⁸

Por esto es que las “condiciones objetivas” no se pueden referir ni única ni primordialmente a la situación económica de un país, del mismo modo que las “subjetivas” no son sólo las “ideológicas”. A todo esto no está de más recordar que lo que está de fondo de lo jurídico, político y económico es la vida, antes de que se quiera tergiversar nuestras afirmaciones⁴¹⁹.

Esta aproximación entre lo jurídico y lo económico (sin poder desprender lo político) da para mucha investigación, que debería comenzar por estudiar los aportes de los economicistas soviéticos y del “marxismo leninismo”, para superando su materialismo ingenuo, poder construir una visión integral. Podríamos por ejemplo establecer una relación entre las ideas jurídicas de los trabajadores y la deconstrucción del capital; en tanto que este último puede ser despojado de su Ser al limitar por medio de la ley la posibilidad de que sus entes se valoricen a costa de los trabajadores. Si la regulación que pretenden los trabajadores se realizara (y estos recuperaran la vida) no se da una destrucción (como incendio, como acabar con, como borrar todo lo que implica) sino la socialización efectiva del capital (al recuperarse medios de producción y mercancías), y el obrero recuperar su vida objetivada. No se da la total desfetichización que propone Marx pero al menos constituye una parte del desmembramiento del sistema capitalista (en su corazón).

Antes de pasar del tema queremos hacer una parada en un punto que es importante en nuestra investigación. Expondremos la relación que se establece entre la propiedad privada y la comunidad, en el sentido de la mixtificación de lo público y privado.

⁴¹⁸ (Ídem, p. 297)

⁴¹⁹ Pensamos que nuestro esfuerzo de delinear y resaltar lo jurídico (para poder apreciar diferencia) se puede confundir con un intento de ponerlo como eje, fundamento, o principio de los otros campos. Nada más falso, nuestra intención es exclusivamente demostrar su importancia y tanto su interdependencia (en tanto crítica a las visiones politizantes y positivistas).

La elaboración neopositivista de dicotomía entre público y privado⁴²⁰, como la que tiene Bobbio, representa la versión metafísica (y un poco despolitizante) de lo que en su época se concebía como lucha de clases. Si bien ahora podríamos hacer una concepción más acabada de la lucha de clases (gracias a la noción de bloque histórico de Gramsci), no podemos dejar de señalar un acierto y un error: 1) no se puede reducir la opresión a la burguesía en sí misma, 2) tampoco se puede volver un ente metafísico al pueblo enmascarándolo en lo público, 3) no se trata de una dicotomía que nos lleva a los extremos de totalitarismo⁴²¹ vs neoliberalismo sino que lo “público” y “privado” lo podemos construir en armonía en un sistema transcapitalista; de este modo la distinción no ayuda sino que justifica un orden de cosas. Por ello no la retomamos aunque sí el espíritu (el de un equilibrio en la justicia) que mueve a Bobbio.

También pensamos que los clásicos modernos están muy atravesados por el nacimiento y ascenso del capitalismo en sus épocas, por lo que a veces en su perspectiva del pasado no pueden evitar incorporar su visión de su presente⁴²², por ejemplo:

“Con Locke, la propiedad se convierte en un verdadero derecho natural, porque nace del esfuerzo personal en el estado de naturaleza antes de la constitución del poder político, y como tal su libre ejercicio debe estar garantizado por la ley del Estado (que es la ley del pueblo)”⁴²³.

Sobre esto aún podríamos ahondar mucho. Es necesario retomar nuestro análisis para seguir señalando otras categorías que puedan integrar este marco.

⁴²⁰ Por ejemplo: “Uno de los hechos que ilustran mejor la persistencia de la primacía del derecho privado sobre el derecho público es la resistencia que el derecho de propiedad opone a la injerencia del poder soberano, y en consecuencia al derecho del soberano de expropiar (por causa de utilidad pública) los bienes del súbdito” (Bobbio, 1989, p. 26)

⁴²¹ Al que elude de algún modo cuando se extrapola un poco lo público: “De hecho, la primacía de lo público significa el aumento de la intervención estatal en la regulación coactiva del comportamiento de los individuos y de los grupos infraestatales, o sea, el camino de la emancipación de la sociedad civil con respecto del Estado que fue una de las consecuencias históricas del nacimiento, desarrollo, hegemonía de la clase burguesa” (Ídem, p. 29)

⁴²² Del mismo modo que nosotros no podemos evitar ver el horror de nuestra época y buscar por cualquier modo construir rutas de salidas, rápidas, duraderas y auténticas.

⁴²³ (Ídem, pp. 26-27)

4.5. La función legislativa

Habiendo planteado la noción de *ius-lex* es necesario entender el proceso mediante el cual se desprende la norma de la comunidad, se “objetiva” para convertirse en norma (medida) de las conductas de la sociedad, ya no por la comunidad directa (como *nomos*) sino por una delegación de ésta. El proceso de la *lex*, es el proceso que se define en la función legislativa de la comunidad y de las instituciones que fungen como instituyentes de otras instituciones. Ésta es la materialidad de la función legislativa. Para poder entenderla más a profundidad es necesario plantear otros elementos.

En cuanto a la función legislativa la podríamos definir, en términos formales, de la siguiente manera, siguiendo las ideas de E. G. Maynez⁴²⁴: son las actividades y/o procesos específicos que realizan instituciones jurídicas especializadas o la comunidad jurídico-política, de formular normas jurídicas. Del mismo modo que en las comunidades iniciales donde la *lex* es sancionada por la comunidad del mismo pasa (aunque a veces un tanto simulado) con la sanción que necesitan las nuevas normas (o leyes) en las sociedades modernas⁴²⁵.

La función legislativa como tal siempre ha existido (y estará presente, aunque intangible, como *nomos* en la comunidad), lo que resultó una aparición particular e histórica (para evitar la palabra novedosa puesto que comparando culturas es difícil hablar de novedad y mucho menos pensarla en términos del progreso de la historia universal⁴²⁶) fue la aparición del poder legislativo, como “separado” de los poderes

⁴²⁴ Aunque habla de legislación, en tanto que fuente formal del derecho, leamos: “Podríamos definirla como el proceso por el cual uno o varios órganos del Estado formulan y promulgan determinadas reglas jurídicas de observancia general, a las que se da el nombre específico de leyes. [...] la ley; [...] no es fuente de derecho, sino producto de la legislación. [...] la ley no representa el origen, sino el resultado de la actividad legislativa” (García Máynez, 1982, p. 52) y más adelante puntualiza (aunque consideramos que al sintetizar pierde contenido): “cada función presenta características propias que permiten definirla, sea cual fuere el órgano estatal que la realice. La función legislativa consiste en la formulación de normas jurídicas generales;” (García Máynez, 1982, p. 107)

⁴²⁵ “Cuando se eliminó el dualismo entre Estado y sociedad, minándose al propio tiempo la estructura dualista de la monarquía constitucional, y se identificaron, con una lógica completamente democrática, la voluntad del Estado y la voluntad popular, pareció natural que, de acuerdo con la misma lógica democrática, se calificara de “ley” toda manifestación de la voluntad popular y que se atribuyera a esta ley toda la dignidad y la majestad que corresponde a este concepto, en virtud de su conexión con el Derecho y la justicia. En una democracia es ley la voluntad “manifestada en un momento dado por el pueblo presente en dicho momento, es decir, prácticamente la voluntad de la mayoría momentánea de los ciudadanos votantes; *lex est quod populus jubet*.” (Schmitt, 1971, p. 37)

⁴²⁶ Como lo critica con maestría W. Benjamin (Benjamin, 2008)

ejecutivo y judicial⁴²⁷. No podemos dejar de señalar que la conformación de la idea de “división” sigue basada en la protección del “individuo”, concepto que ha devenido ideológico en la modernidad⁴²⁸, uno de sus mitos fundantes. Hoy sabemos que la función legislativa puede existir en el ejecutivo (con la emisión de reglamentos o circulares etc.) en el judicial (además de la sentencia-ley, la SCJN se ha emitido sus Acuerdos Generales Plenarios etc.). En este caso el llamado proceso legislativo⁴²⁹ es la formalización (histórico-concreta) de una materialidad que ha existido a lo largo de la historia de la humanidad.

En este punto coincidimos en que la técnica no conlleva “la maldad” en sí⁴³⁰, lo real es que al paso del tiempo ha existido una fetichización de lo normativo, una conversión de la norma que protege la vida a la protección del imperium. Lo que es cierto es que la función legislativa se ha utilizado como un canal de dominio⁴³¹.

Pero también consideramos que la función legislativa estatal (para ir acotando la categoría a lo que describe y quitar la pretensión de universalidad que se le da), si bien ya la encontramos en el campo jurídico, también es cierto que todavía se encuentra en el ámbito compartido con lo político. En el caso de lo político se podría decir que ésta se ha convertido en un dispositivo de “distanciación permanente de las masas populares de los centros de decisión: en una serie de ritos, de formas de discurso, de modos estructurales de tematización, de formulación y tratamiento de los problemas por los aparatos del Estado, de tal modo (monopolización del saber) que las masas populares

⁴²⁷ Misma que se propone como la forma de contrabalanceo de los órganos encargados de “llevar a cabo las otras funciones públicas” (Rojas Amandi, 2008, p. 135).

⁴²⁸ Por ejemplo cuando leemos: “La limitación de las funciones, propias del sistema de división de poderes, y su consecuente principio de contrabalanceos y controles recíprocos encuentran sus significación propia sólo porque son el medio idóneo para garantizar los derechos innatos del individuo, que ningún poder público debe transgredir” (Ídem, p. 136).

⁴²⁹ “En el moderno proceso legislativo existen seis diversas etapas, a saber: *iniciativa, discusión, aprobación, sanción, publicación e iniciación de la vigencia.*” (García Máynez, 1982, p. 53)

⁴³⁰ “La técnica nada tiene que ver con el valor de las finalidades a que sirve, ya que exclusivamente se refiere a los procedimientos que permiten realizarlas, sin preocuparse por esclarecer si son buenas o malas. Apremiar el mérito de los fines del individuo es problema ético, no técnico”. (Ídem, p. 13)

⁴³¹ Que es uno de los puntos donde los positivistas detienen su análisis ya que si bien reconocen, por ejemplo: “El contenido, la creación y la aplicación de la norma jurídica constituyen un producto de la voluntad política de hombres reales: jueces, legisladores y reyes.” (Rojas Amandi, 2008, p. 89), pareciera que eso no pone en objeto la necesidad de estudiar el derecho en su “pureza” y creer que a lo que se remite siempre el derecho es a una norma superior.

(en este sentido, trabajo manual) se encuentran, de hecho, apartadas”⁴³². Al mismo tiempo que el órgano que la realiza (en este caso el llamado poder legislativo) puede estar severamente distanciado de las masas populares⁴³³, al grado de que en la sociedad se conformen creen verdaderos sistemas jurídicos que puedan desembocar en autonomías o revoluciones (es decir cuando los sistemas jurídicos y políticos se desarrolla lo suficiente hasta engullir al anteriormente hegemónico).

Obviamente lo que acabamos de apuntar contrasta con la concepción del legislativo de la modernidad que lo interpreta desde el individualismo puesto que entiende como modelo la primer Asamblea Nacional, que detonó la revolución francesa, como el órgano ideal. Por ejemplo lo que dice Harlod Laski⁴³⁴: “el poder Legislativo de un Estado debe ser lo bastante grande para permitir a sus miembros mantener un contacto afectivo con el cuerpo electoral, y lo bastante pequeño para que tenga lugar una discusión auténtica”⁴³⁵.

El análisis de la función legislativa tiene una importancia en el establecimiento de un marco categorial desde la Filosofía de la Liberación, en primer lugar porque al encontrarla como emanada (como *nomos*) y en referencia a la comunidad (como *Ius-lex* que es aprobada por la voluntad popular, aunque no homogénea⁴³⁶) se trata de una categoría que nos remite a la vida misma a su protección y a la preservación de la proximidad. Esto nos permite entender que siendo *nomos* tiene formas de aparecer fuera de los sistemas jurídicos estatales como norma-acción jurídica y como sistemas jurídicos sociales.

⁴³² (Poulantzas, 1980, p. 66)

⁴³³ Nos dice Correas: “Y si el legislador no acierta con una técnica adecuada para expresar la relación de que se trata [relaciones sociales], su fórmula jurídica se vuelve no expresiva de la relación de una realidad que de todos modos se mueve sin intervención de la voluntad de los hombres” (Correas, 1993, p. 37), Cuando no se vuelve abiertamente represiva y puede provocar una falta de eficacia del sistema normativo para sostener la hegemonía, volviéndose descaradamente dominador y produciendo condiciones de contrarrevolución (fascismo) o abriendo un periodo de confrontaciones políticas directas.

⁴³⁴ Citado en Rojas Amandi (2008)

⁴³⁵ (Ídem, p. 137)

⁴³⁶ Como lo señala críticamente Schmitt: “El método de formación de la voluntad por la simple verificación de la mayoría tiene sentido y es admisible cuando puede presuponerse la homogeneidad sustancial de todo el pueblo.” (Schmitt, 1971, p. 42)

Por otra parte nos lleva a una aproximación crítica del positivismo (y otras escuelas). En primer lugar la controversia respecto a la función legislativa (para los positivistas fuente de la ley), no se resuelve en favor de los positivistas con que sea el órgano que cumple con la función que estableció una norma, puesto que una “asamblea” constituyente le precede en todos los momentos de la historia⁴³⁷ y esta tiene un carácter comunitario mucho más allá (y al mismo tiempo integrando) de lo jurídico, político, económico etc.

En otro aspecto representa un claro cuestionamiento del positivismo jurídico (en sus múltiples variantes) como equipo de asedio ideológico, al ser los grupos dominantes quienes han logrado “despolitizar” la función político-normativa de la Constitución y la influencia que tiene sobre la función legislativa⁴³⁸. No es arbitrario que con esta inspiración pretendan hablar de un estado más allá de los conflictos económico-político-culturales. En cuanto a esa forma de “hacer leyes”, más bien se trata de una confección de normas jurídicas del sistema dominante o hegemónico⁴³⁹, cuando no es la comunidad; en este último punto consideramos que el último guardián de lo jurídico no es el legislador o el poder legislativo, como opina Schmitt⁴⁴⁰, sino siempre lo es el Pueblo como bloque social de los oprimidos (no sólo voluntad popular⁴⁴¹), categoría que siempre implica tanto la voluntad de vivir como la protección de la vida y la proximidad.

⁴³⁷ En este sentido el laberinto tautológico siguiente: “Si se pregunta por qué una norma que prevé la facultad de emitir normas es obligatoria, se podrá decir que lo es debido a que resulta válida, lo cual se debe a que se emitió con base en otra norma que regula la expedición de normas válidas” (Rojas Amandi, 2008, p. 170); esto no es el fundamento si no acaso una descripción formalista del proceso.

⁴³⁸ De lo cual nos percatamos hasta en las vertientes mexicanas (aunque se digan renuentes a la tradición “positivista”): “La Constitución de un país estatuye qué reglas debe observar el legislador ordinario cuando legisla sobre tal o cual materia; pero esas reglas no se refieren a la justicia o injusticia de las distintas leyes, sino a la forma o desarrollo del proceso legislativo” (García Máynez, 1982, p. 7)

⁴³⁹ “Las leyes las hace una instancia legislativa, que no ejerce el poder soberano y que ni siquiera hace valer ni aplica por sí sus propias leyes, sino que tan solo elabora las normas vigentes, en cuyo nombre y bajo cuyo sometimiento deben ejercer el poder estatal las autoridades encargadas de la aplicación de la ley” (Schmitt, 1971, p. 5)

⁴⁴⁰ “En otras palabras: el último guardián de todo derecho, el último garante del orden establecido, la última fuente de toda la legalidad, la última seguridad y la última protección frente a la injusticia, es el legislador y el procedimiento empleado por él para legislar. El abuso del poder legislativo y del procedimiento legislativo tiene que quedar prácticamente descartado, pues de no ser así se haría inmediatamente preciso un Estado diferente, con una estructura y una organización completamente distintas.” (Ídem, pp. 28-29)

⁴⁴¹ “En la democracia parlamentaria, la voluntad del Parlamento se identifica con la voluntad del pueblo. Aquí una simple resolución de la mayoría del Parlamento puede ser Derecho y ley, siempre que se presuponga que tal resolución posee las cualidades propias de la voluntad popular. También es aquí concebible y admisible un concepto “formal” de ley, pero no incondicionadamente formal, sino ligado a la confianza en la armonía entre la mayoría parlamentaria y la voluntad homogénea del pueblo” (Ídem, p. 38)

Por lo anterior es que la confianza en el legislativo usualmente se da a priori y el discurso neopositivista se queda en confiar en ésta, convirtiéndose en un discurso legitimador, se nos niega la reflexión político-económica de las fuerzas reales que inciden en la conformación del poder legislativo y ejecutivo, sus intereses y su papel histórico. En este sentido sucede, de manera cotidiana (más evidente en los estados europeos pero no menos corrupto que el de los países del viejo continente) la consecuencia que anuncia Schmitt: “Esta confianza sigue siendo el presupuesto de toda Constitución que organice al Estado de Derecho en la forma de un Estado legislativo. Sin ella, el Estado legislativo sería una forma complicada de absolutismo, el deber ilimitado de obediencia sería una opresión abierta, y la franca renuncia al derecho de resistencia sería una necesidad irresponsable.”⁴⁴². Y en cierto sentido ha triunfado tanto esta visión que el positivismo nos ha llevado a la ficción de que el legislativo sólo incorpora “de buena gana” aquello que concuerda con los intereses de los grupos dominantes, convirtiéndose así en un instrumento de homogeneización y control, de acuerdo a lo que critica Schmitt:

“Es que se presupone que, en virtud de la igualdad de lazos que liga a todos los integrantes de un mismo pueblo, todos quieren esencialmente lo mismo. Si se suprime el presupuesto de la homogeneidad nacional indivisible, entonces el funcionalismo sin objeto ni contenido, resultante de la verificación puramente aritmética de la mayoría, excluye toda neutralidad y toda objetividad; será tan solo el despotismo de una mayoría cuantitativamente mayor o menor sobre la minoría vencida en el escrutinio y, por tanto, subyugada. Entonces se acaba la identidad democrática entre gobernantes y gobernados, entre los que mandan y los que obedecen; la mayoría manda y la minoría tiene que obedecer. Incluso dejará de existir la aditividad aritmética, porque razonablemente solo puede sumarse lo homogéneo.”⁴⁴³

Hasta aquí hemos visto que se puede interpretar desde otra perspectiva, de una manera crítica, lo relativo al legislativo. Las críticas al positivismo no significan que consideremos que no se puede estudiar, como ellos lo hacen, el papel de legislativo en la conformación de las leyes y como uno de los guardianes de la legalidad. Lo cierto es que no se puede reducir al legislativo la última instancia de la ley ni de lo jurídico, tampoco se le puede circunscribir su función al sistema jurídico estatal ni su pureza a la forma específica que adopta dentro del Estado moderno. Para poder seguir analizando esto

⁴⁴² Ídem, p. 31

⁴⁴³ Ídem, p. 43

(sobre todo respecto a la forma en que se determinan las leyes y a la relación específica con la legalidad y la legitimidad) es preciso entrar al análisis de la hegemonía y la relación dialéctica poder-ley (que podría decirse en términos de Filosofía de la Liberación como *nomos-potentia* y *potestas-lex*).

Capítulo § 5.

Hegemonía y legalidad en la dialéctica social

5.1. Legitimidad y soberanía

La legitimidad es algo que afecta diversos ámbitos, no es un fenómeno que cómo tal pueda ser subsumido en el ámbito político, sino que también en el campo jurídico. Por ejemplo cuando señalamos el proceso de *nomos a lus-lex* es evidente que nos referimos a la forma en que la legitimidad es subsumida dentro del campo jurídico. En el mismo sentido en que Dussel (analizando a Hegel⁴⁴⁴) habla de la legitimidad en un plano que es plenamente recuperable en el estudio que realizamos (aunque él está estudiando la legitimidad en lo político):

“El ámbito de una subjetividad indeterminada, en la intersubjetividad de la comunidad política, es decir, no institucionalizada todavía en lo político, adquiere por la institucionalización concreta de un sistema cultural o civilizatorio dado, desde el mutuo reconocimiento, la validez universal, sabida (consensual o discursivamente) y querida (como pluralidad de voluntades), que adquiere la forma determinada de un sistema de derecho.”⁴⁴⁵

Dussel abunda en que a mayor autonomía de los participantes mayor fuerza tiene lo consensado, lo que es la voluntad del pueblo⁴⁴⁶. La legitimidad también implica la manera, modo o procedimiento para la toma de las decisiones⁴⁴⁷, para la delegación de la representatividad, del poder o la enunciación de la ley. Por ello es que Dussel habla de la subsunción de la validez moral dentro del campo político, más o menos de modo similar

⁴⁴⁴ En específico esta cita: “La realidad objetiva del derecho es, por una parte, de lo que se tiene conciencia [es decir] de ser algo sabido; [y] por otra parte, el tener el Poder y la validez de lo real, y por ello devenir consciente del saber de su validez universal (*allgemein Gültiges*)” Hegel citado en Dussel, 2009, p. 279

⁴⁴⁵ Ídem, p. 279

⁴⁴⁶ En el sentido de lo señalado por Bobbio, aunque no parece adherirse a esta idea: “en una concepción ascendente (...), la autoridad última es la voluntad del pueblo” (Bobbio, 1989, p. 120).

⁴⁴⁷ Dussel, 2009, p. 280

al planteamiento Sartori⁴⁴⁸ (e incluso con algún momento de lucidez de Rojas Amandi⁴⁴⁹), en tanto que su idea de juicio de valor y legitimación.

La legitimidad no es algo emanado de las normas jurídicas, las leyes y menos de la mera "psicología"⁴⁵⁰; se trata de una noción que siempre es rebuscada en el análisis de los positivistas. Para ellos la validez formal (lo que en el análisis positivista substituye, y al mismo tiempo implica, a la legitimidad dentro del derecho) se refiere a la derivación de la constitución, leamos: "En un sistema jurídico moderno, la *Constitución* es el ordenamiento jurídico de mayor jerarquía y fundamento de validez de todo el orden jurídico de un Estado. Respecto a la pregunta ¿cuál es el fundamento de validez de una *Constitución*?, de acuerdo con Kelsen, se puede señalar que habrá que buscarlo en la *Constitución* que le precedió y el de ésta en el de la *Constitución* que la antecedió. Sin embargo, tarde o temprano se llegará a una primera constitución que no encontrará su fundamento de validez en otra anterior, y entonces se deberá presuponer su validez"⁴⁵¹. Noción que es igual de ideológica que la del Legislador autárquico⁴⁵², puesto que no puede evitar pensar en el modo de buscar el asentimiento de quienes serán sujetos a la ley, requiere la legitimidad para abonar construir hegemonía a menos que la clase dominante por incapacidad o siendo arrastrada por la rebelión popular sólo le quede desnudar la dominación (y aun así necesita el consenso de los estratos aliados).

⁴⁴⁸ "Frente a los acontecimientos, hay dos maneras de reaccionar: diciendo "el que vence tiene razón", o bien, "vencer no da la razón". En el primer caso, el juicio de valor (la legitimación) se subordina al hecho; en el segundo caso, la afirmación del hecho se separa de su validación (legitimación). Pero atención: el que se niega a decir "aquél tiene razón porque venció" no es un retórico que no sepa aceptar la historia y resignarse a lo inevitable. Deplorar un hecho, afirmar que "debió haber ocurrido de otra manera", no es un recriminar estéril; es ejercer una "presión del valor" dirigida a modificar el curso de los acontecimientos. Si todos se concentraran en un cierto deber ser, ese "deber" se traduciría en "ser". (Sartori, 2000, pp. 25-26)

⁴⁴⁹ "La aceptación de una norma se fundamenta en principios de tipo moral, en la tradición, en el instinto de imitación y en los intereses particulares. El concepto de aceptación exige que la norma aceptada sea para el aceptante un fundamento para sus conductas" (Rojas Amandi, 2008, p. 170)

⁴⁵⁰ Como por ejemplo sostiene Rojas Amandi: "Todo poder tiende necesariamente a legitimarse. La legitimidad constituye un modelo psicológico justificativo del ejercicio del poder, esto es, del derecho a mandar y de la correlativa obligación de obedecer." (Ídem, p. 196)

⁴⁵¹ (Ídem, p. 106)

⁴⁵² Y aquí se revela otra diferencia sólo de grado entre moral y ética, cito: "Toda norma ética requiere, para su realización, el asentimiento del obligado; las jurídicas poseen una pretensión de validez absoluta, independiente de la opinión de los destinatarios. El legislador dicta sus leyes de una manera autárquica, sin tomar en cuenta la voluntad de los súbditos." (García Máynez, 1982, p. 7), si en la ley, para construir legitimidad, se busca el consentimiento de los dominados, esto no hace menos jurídica a la norma que su correlativa en la moral, solo nos demuestra que la diferencia es de grado y por eso la percepción empírica de que al discutir de una no podemos evitar que entre en la discusión la otra.

Regresando al planteamiento que estamos desarrollando aquí, podría ser superficial si no se acompaña de la idea de soberanía, misma que Dussel define como:

“la última instancia de la soberanía, o la última instancia en la toma de decisiones, y por ello el origen del <<darse leyes>> (...) es la misma comunidad política como pluralidad de voluntades consensuadas. La única soberana es la comunidad política misma como totalidad. Su intersubjetividad autónoma, comunitariamente libre y responsable, es el fundamento desde donde se toman las decisiones.”⁴⁵³

Es importante señalar que nosotros entendemos el carácter jurídico-político-económico de la comunidad, sin que esto signifique una contradicción flagrante con lo que propone Dussel.

Volviendo al punto es importante subrayar la autonomía y la autodeterminación que la comunidad debe de tener incluso respecto a los poderes que instituye⁴⁵⁴, y a los cuales no obedece⁴⁵⁵ sino que sigue en el entendido de que deben mandar obedeciendo. La soberanía es la plena capacidad de una comunidad para enfrentarse y trascender la vida, comunitariamente, de manera organizada, libre y responsable. Sin que esto signifique que sea necesaria o posible la homogeneidad en la comunidad jurídica⁴⁵⁶ y política; o que se pueda interpretar como correspondencias obligatorias entre soberanía y legitimidad puesto que “la soberanía puede ejercerse ilegítimamente, y la legitimidad puede no ser soberana.”⁴⁵⁷

⁴⁵³ Dussel, 2009, p. 280

⁴⁵⁴ Esto que retomamos de Dussel es una especie de “poner de pie” (del mismo modo que señalaba Marx respecto a Hegel) lo que señala Rojas Amandi: “La legitimidad es el medio que, al reconciliar la libertad y la coerción, permite poner en contacto a los gobernantes con los gobernados en una relación social concreta en la que se manifiesta el poder. La legitimidad es un valor social ideal, el lenguaje propio del poder” (Rojas Amandi, 2008, p. 201)

⁴⁵⁵ Como lo señala Bobbio, aunque podríamos estar de acuerdo en buena parte de sus afirmaciones sin esta declinación de obediencia que debe el pueblo al gobierno: “El problema de la legitimidad está íntimamente vinculado al de la obligación política con base en el principio de que la obediencia se debe solamente al mandato del poder legítimo” (Bobbio, 1989, p. 122)

⁴⁵⁶ “No es necesario que todos los miembros del grupo acepten para si una norma a fin de que valga como tal. Basta que muchos miembros del grupo la acepten como válida para que el mandato previsto en ella adquiere a efectividad en el seno de la sociedad” (Rojas Amandi, 2008, p. 171)

⁴⁵⁷ Dussel, 2009, p. 283

Falta hacer un estudio muy profundo de lo normativo respecto a soberanía y legitimidad⁴⁵⁸, pero por ahora excede estos apuntes para la conformación de un marco categorial de la filosofía de la liberación en la concepción del Derecho. También podríamos hablar sobre el sometimiento de pueblos a “soberanías” de otros países⁴⁵⁹. Sin embargo, para abarcar otros aspectos y mantener coherencia es necesario detener aquí las aproximaciones al fundamento puesto que es necesario establecer también la parte crítica.

Derivado de que la *lex* deviene generalmente de un proceso formal o material de legitimación, es que se ha confundido la legalidad con la legitimidad, sobre todo en el lenguaje de los positivistas⁴⁶⁰. Como si la legitimidad (y aquí la estamos enunciando en abstracto cosa que ya es una gran concesión) de la *ius-lex* se pudiera trasladar en automático a la ley⁴⁶¹. Ya veremos el conflicto jurídico que significa la legalidad⁴⁶², por el momento queremos señalar claramente que la legitimidad tiene preponderancia original y en los sistemas jurídicos estables mayor fuerza⁴⁶³.

La legitimidad tiene que ver con lo institucional y el Estado que, como otras instituciones, moviliza, preponderantemente más no exclusivamente, la legitimidad en nuestra época. En este sentido las formas históricas de legitimidad tienen que ver con lo económico, lo jurídico y lo político, pudiendo establecer variaciones y diversas clases de fetichizaciones de la legitimidad. Como por ejemplo la conformación (tanto

⁴⁵⁸ Por ejemplo lo que señala Dussel en una nota: “La *soberanía* y la *legitimidad* son entonces dimensiones de la libertad, de la autonomía de los sujetos singulares o de la comunidad; son momentos *formales*, procedimentales y normativos como *modos*, *maneras*: *modo* del poder de la comunidad (*como* emancipado y por ello comunidad soberana), *modo* de la voluntad y de la razón práctica del ciudadano (*como* libre, autónomo, discursivamente y como participante simétrico, y por ello determina como *legítima* la acción o la institución en cuya realización participa) (Dussel, 2009, p. 338)

⁴⁵⁹ Rodríguez Lapuente, 2003

⁴⁶⁰ Por ejemplo en la siguiente afirmación: “el medio legítimo de la política es el derecho” (Rojas Amandi, 2008, p. 196)

⁴⁶¹ Que es lo que sintetiza esta idea: “Las razones por las que ante los ojos de los gobernados el poder aparece como legítimo son dos: la primera es que las normas con base en las cuales se ejerce el poder se consideran la representación de principios necesarios para la existencia del grupo social. En segundo lugar, la generalidad de los que han de obedecer deben ver a las personas facultadas para mandar como los órganos idóneos para garantizar la realización social de dichos principios” (Ídem, p. 197)

⁴⁶² Por ejemplo en lo que cita Schmitt: “Así, en el momento crítico, cada uno reprocha al otro su ilegalidad y cada uno se hace pasar por el guardián de la legalidad y de la Constitución. El resultado es una situación “alegal” y “aconstitucional”.” (Schmitt, 1971, p. 54), conflicto en lo que está de por medio es la legalidad de sistemas jurídicos o ideas jurídicas.

⁴⁶³ Interpretando la siguiente frase de Dussel: El puro cumplimiento de la ley, la legalidad, no tiene la fuerza de la legitimidad.(Dussel, 2006)

ideológicamente en la ilustración como políticamente en el proceso de conversión del capitalismo en dominante) del estado moderno:

“Más particularmente, el Estado capitalista saca en efecto su principio de legitimidad del hecho de que se da por la unidad del pueblo-nación, visto como un conjunto de entidades idénticas, homogéneas y dispares, fijadas por él en cuanto individuos-ciudadanos políticos.”⁴⁶⁴

Por ello es que la noción positivista de legitimidad es parte de la culminación racional-ideológica de un proceso que arranca tímidamente en las últimas etapas del renacimiento y comienza su auge con la ilustración. De aquí su fuerte discurso liberal-individualista. En estas primeras concepciones se acotó el término de comunidad (a hombres medianos-grandes propietarios) con lo que se buscó acotar a la comunidad para garantizar privilegios, es por ello que al establecer la legalidad rápidamente se le confirió la fuerza y la “legitimidad verdadera” para el ejercicio de la coerción⁴⁶⁵, mismo que se concentró en torno a la clase dominante. De este modo la comunidad fue despojada del desarrollo de su voluntad y del establecimiento de límites, aparejado al despojo de su vida mediante el trabajo explotado, situación que acentuó el conflicto permanente entre estratos sociales, ahora sí al nivel de clases sociales enfrentadas, pese a las buenas intenciones de los ideólogos de la modernidad hasta nuestros días⁴⁶⁶. El pueblo pudo percibir con mayor desnudez (ya sin la mediación de las percepciones naturalistas o teológicas del poder) el poder como dominación⁴⁶⁷; al mismo tiempo, que la ley y la idea de “nación-pueblo” se elevaron al rango de nuevos discursos sacralizados⁴⁶⁸ (desde las

⁴⁶⁴ (Poulantzas, 1980, p. 79).

⁴⁶⁵ Que es el proceso que señala Poulantzas atribuyéndole el mérito de descubrirlo a Max Weber: “la legitimidad de este Estado, en el que se concentra la fuerza organizada, es la legitimidad <<racional-legal>> fundada sobre la ley: la acumulación prodigiosa por el Estado capitalista de los medios de coerción corporal corre pareja de su carácter de Estado de derecho” (Ídem, p. 92) pero también “Parece como si este Estado tuviera que usar menos de la fuerza *en la medida en que* tiene su monopolio legítimo” (Íbidem) sin que por esto se asuma, dice Poulantzas, que ya no es tan importante la violencia.

⁴⁶⁶ “La legitimidad de tipo democrático supone la existencia de instituciones que garanticen de la mejor manera posible que los gobernantes provengan del pueblo, que ejerzan la facultad de mando en nombre del pueblo y que el fin último de su función política sea satisfacer sus aspiraciones y deseos populares” (Rojas Amandi, 2008, p. 223)

⁴⁶⁷ “Un pueblo <<privado>> de la fuerza <<pública>> es ya un pueblo que no vive la dominación política bajo la forma de una fatalidad natural y sagrada, un pueblo para el cual el monopolio de la violencia por el Estado sólo es legítimo en la medida en que la reglamentación jurídica y la legalidad le dejan esperar, e incluso le permiten formalmente y en principio, el acceso al poder” (Poulantzas, 1980, p. 95)

⁴⁶⁸ “Pero la ley y el sistema jurídico capitalista presentan igualmente particularidades bajo su aspecto de materialización de la ideología dominante. La legitimidad se desplaza hacia la legalidad, lo cual distingue a esa legitimidad de la organizada por la sacralización. La ley, encarnación ahora del pueblo-nación, pasa a ser la

monarquías republicanas, algunas ideas teológicas como la de Suárez y finalmente las revoluciones burguesas). Es precisamente por esta desnudez que desde Maquiavelo hasta los neopositivistas ⁴⁶⁹ el problema de la legitimidad ha sido un tema recurrentemente debatido y cuidado en los gobiernos capitalistas.

Es por todo esto que las teorías positivistas⁴⁷⁰ y naturalistas, una por formalista y la segunda por colocarse en un “muy allá”, no perciben la importancia de la legitimidad (como elemento fundante de la ley y por ende que atraviesa⁴⁷¹ desde el *nomos* hasta la legalidad) en la conformación del derecho, llegando incluso a entenderla como un estado de hecho⁴⁷². Estos planteamientos del positivismo corresponden al estado que guardan ley-legitimidad-hegemonía-legalidad, del modo en que lo plantea Poulantzas y Dussel:

“Si la ley desempeña un papel importante (positivo y negativo) en la organización de la represión, no se limita a aquel: la ley es igualmente eficaz en los dispositivos de creación de consentimiento. Materializa la ideología dominante que interviene en ellos, aunque no agote las razones de dicho consentimiento. La ley-norma, por su misma discursividad y textura, oculta las realidades político-económicas, comporta lagunas y espacios en blanco estructurales, transpone estas realidades a la escena política por un mecanismo propio de ocultación-inversión. Traduce también la representación imaginaria de la sociedad y del poder, propia de la clase dominante. Bajo este aspecto, y paralelamente a su lugar en el aparato represivo, la ley es uno de los factores importantes de la organización del consentimiento de las clases dominadas, incluso si la *legitimidad* (el consentimiento) no se identifica y o se limita a la *legalidad*. Las clases dominadas no tropiezan con la ley sólo como barrera de exclusión, sino que igualmente como asignación por su parte del lugar que deben ocupar. Lugar que es también un espacio de inserción en la red político-social, creador de deberes-obligaciones pero también derechos. Su ocupación imaginaria tiene efectos reales sobre los agentes.”⁴⁷³

categoría fundamental de la soberanía del Estado: la ideología jurídico-política se instaura en una región dominante de la ideología y suplanta la ideología religiosa” (Ídem, p. 102)

⁴⁶⁹ Por ejemplo: “un poder basado únicamente en la fuerza de hecho puede ser efectivo pero no puede ser considerado legítimo” (Bobbio, 1989, p. 117)

⁴⁷⁰ Al afirmar cosas como “se estima que la ley no es voluntad de muchos hombres, sino algo racional *en sí* y que, por tanto, debe de tener validez general.” (Rojas Amandi, 2008, p. 137).

⁴⁷¹ “Legitimidad, en el sentido en que lo hemos bosquejado, es sin embargo mucho más que la mera legalidad, y, además, es anterior a las leyes y las determina como legítimas o no” (Dussel, 2009, p. 283). Queremos apuntar que el hecho de que las leyes estén sujetas a la legitimidad no hace a ésta última un patrimonio exclusivo de lo político, puesto que el dinero también se legitima o ciertas formas de comercio. La legitimidad es más bien una manera de determinación de la comunidad respecto a lo institucional y a los entes de cada campo.

⁴⁷² (Bobbio, 1989, p. 125)

⁴⁷³ (Poulantzas, 1980, pp. 96-97)

La fetichización en torno a la ley ha permitido la inversión de la legitimidad como fundante de la ley y la legalidad; como medida necesaria para la hegemonía de las clases dominantes. Sobre este punto avanzaremos a continuación, no sin antes señalar esta interesante argumentación de Dussel (en el contexto del fraude electoral de 2006 en México) y que nos ayudan a cristalizar puntos de vinculación entre la noción de legitimidad planteada y los temas que vienen:

“La legitimidad exige, más allá de la legalidad, el consenso o la aceptación de los participantes afectados. Para alcanzar un acuerdo válido es necesario que todos los afectados hayan podido participar simétricamente, con razones y no con violencia, y hayan llegado a aprobar algo que gane la aceptación de todos (o al menos de una mayoría determinante). Si la aplicación injusta de la ley (por un juez injusto) o una institución que ha perdido aceptación (por ejemplo el poder del virrey para Hidalgo) se impone a alguien que no ha sido convencido de que la interpretación de la ley y su aplicación al caso concreto es justa, el tal acto puede denominarse superficialmente de legal, pero no de legítimo. La legitimidad agrega al cumplimiento objetivo de la ley la convicción subjetiva a las razones aducidas en su aplicación. Forzar coactivamente una interpretación o una aplicación dudosa de la ley ante un pueblo no convencido, que no adhiere al consenso que pretende el juez (y ese pueblo no acepta al juez por razones objetivas que le permiten suponer que se trata de una aplicación injusta), podrá llenarse la boca de que es legal, que tiene "legalidad" y que hay que "respetar a las instituciones", siendo que en verdad no puede alcanzar la plenitud de la "legitimidad" por su inocultable injusticia.

Carlos Salinas de Gortari nunca alcanzó ni alcanzará la legitimidad. El pueblo lo sabe y lo recordará. Augusto Pinochet nunca podrá exigir el respeto que se debe a un gobernante electo, democrático o justo. Pudo sepultar con balas a Salvador Allende. Pero hoy, uno es juzgado hasta por ladrón, y al asesinado se le levantan estatuas y pasa a la historia como un héroe. Los pueblos no olvidan en el pasado ni en el presente a aquellos que obedecieron el mandato de la comunidad política y que ganaron la legitimidad. Los que se escudan en la mera legalidad (de una interpretación incierta y equívoca de la ley, y de una aplicación unilateral) no alcanzarán nunca la legitimidad, es decir, el acuerdo por convicción subjetiva del pueblo, que es el componente primero del poder político sobre el que puede fundamentar normativamente la acción del político justo.”⁴⁷⁴

⁴⁷⁴ (Dussel, 2006)

5.2. Dominación y Hegemonía

La reducción positivista de la ley a su funcionalidad coercitiva es una constante que repitieron los soviéticos (asumiendo la coerción como de clase es decir represión), sin darse cuenta que contribuían a la fundamentación de un poder anti-popular limitando a capacidades jurídico-políticas de la comunidad y permitiendo el libertinaje del sistema capitalista (o del autoritarismo). El tema de la coerción no puede despegarse de la capacidad “dirigente” (para ponerlo en términos de Gramsci) que tienen ciertas clases en diversos momentos de la historia, es decir es un tema en el que hay que incorporar la noción de ideología. En este plano es importante incorporar el análisis de la ideología (misma que, en sentido amplio, abarca hasta lo psíquico), así como las funciones represivas y económicas de las instituciones del Estado (y de este mismo); es importante señalar la frecuente conversión de unas funciones a otras y a la fuerte interrelación con la ideología inherente a las instituciones⁴⁷⁵.

La hegemonía es imprescindible en el análisis jurídico porque no existe la denominada “adhesión espontánea”⁴⁷⁶ a la norma jurídica, ni la simple incorporación por la coerción⁴⁷⁷, por una parte existe el proceso que va desde el *nomos* a la *lex* como parte necesaria para mantener la vida social; del mismo modo que la dominación genera cohesión no sólo por la fuerza sino también por el miedo⁴⁷⁸ a perder la vida individual o en comunidad por temor a la sanción, así como un juicio de valor sobre la necesidad de

⁴⁷⁵ En la crítica que realiza N. Poulantzas en la reducción a represión-ideología que se hace sobre el estado, nos dice que esta reducción nos lleva: “A dividir de manera casi nominalista y esencialista ciertos aparatos represivos (que actúan principalmente por la represión) e ideológicos (que actúan principalmente por la ideología), lo cual es discutible. Según las formas de Estado y régimen, y según las fases de reproducción del capitalismo, ciertos aparatos pueden pasar de una esfera a otra, acumular o permutar funciones [...]. No hace falta señalar el constante papel ideológico de toda una serie de aparatos represivos (justicia, prisión, policía).” (Poulantzas, 1980, p.34).

⁴⁷⁶ Ya Bobbio plantea que existe un debate que se remite a lo ético: “La consideración recurrente según la cual el poder supremo, que es el poder político, deba tener una justificación ética (o lo que es lo mismo un fundamento jurídico) ha dado lugar a la variada formulación de principios de legitimidad, o sea, de las diversas maneras bajo las cuales se ha buscado dar una razón, en referencia a quien detenta el poder, de mandar, y a quien lo sufre, de obedecer;” (Bobbio, 1989, pp. 119-120)

⁴⁷⁷ Dice Hermann Heller: “ninguna organización autoritaria puede asegurar su poder y su ordenación exclusivamente con su aparato coercitivo” (Rojas Amandi, 2008, p. 181)

⁴⁷⁸ Como sugiere Rojas Amandi: “Cabe señalar que no toda conducta realizada con motivo de la obediencia de una norma se fundamenta en la aceptación de ésta. Una norma se obedece también por miedo a la sanción implícita; de esta manera, es posible que una norma adquiera validez en el seno de un grupo social, debido a que sea aceptada sólo por una parte de dicho grupo, pero obedecida por la gran mayoría” (Ídem, p. 171).

determinadas normas jurídicas⁴⁷⁹. La adhesión se produce por la voluntad de vivir y la protección de la vida (siempre en un plano comunitario e individual), que es modificada por condiciones culturales e históricas. Sin que esto signifique que no exista la rebelión o la proscripción que individuos, grupos o sociedades puedan hacer respecto de normas o sistemas jurídicos.

Antes de avanzar, queremos precisar que en este punto categorial sólo nos remitiremos a señalar como sistema jurídico Estatal al denominado derecho constitucional y las leyes que toman como fundamento la Constitución.

En este punto de nuestro marco categorial detectamos que en la teoría jurídica el planteamiento de hegemonía, tal como lo profundizó Gramsci, poco se utiliza entre los especialistas del derecho y generalmente se le da una connotación eminentemente política. Nos parece que esta carencia permitió, por una parte, a las teorías politizantes avanzar sobre el positivismo y limitó a ciertas teorías jurídicas derivadas del positivismo o incluso realistas) al análisis de la legalidad. En este sentido es claro por qué no se podía concebir campo jurídico más que en lo judicial (como plantea Bourdieu o en termino de sistema Luhmann) y es entendible el estado de cosas (teóricamente hablando) en que nos encontramos.

Ad Cautelam: Antes de avanzar queremos señalar que lo aquí descrito son apenas apuntes, nos hace falta revisar muchos teóricos y analíticos modernos que aborden el problema. Nos hemos referido a algunos autores clásicos pero esto no es bastante. Esperemos que en las investigaciones que se derivarán de esta tesis (categoría por categoría, concepto por concepto) podamos justificar mejor nuestras afirmaciones o señalar humildemente que nuestras intuiciones son equivocadas, en cualquier caso la verdad siempre sale avante y por ello consideramos que no es ofensiva nuestra simple pretensión de verdad.

Es preciso referir primero al sentido de las palabras hegemonía y dominación, para ello nos referimos a la aproximación crítica que hace P. Anderson respecto a Gramsci:

⁴⁷⁹ Y en este sentido compartimos algunas de las críticas de Bobbio a los no-sancionistas (Bobbio, 1999, p. 113)

“Gramsci habla de hegemonía no como de un polo de <<consentimiento>> en contraposición a otro de <<coerción>>, sino como de una síntesis en sí misma de consentimiento y coerción.”⁴⁸⁰

Y más adelante:

“*La estructura normal del poder político* capitalista en los estados *democráticoburgueses*, está, en efecto, simultánea e indivisiblemente *dominada por la cultura y determinada por la coerción*.(...). El hecho es que la dominación cultural está corporalizada en ciertas instituciones concretas irrefutables: elecciones regulares, libertades civiles, derechos de reunión –todas existentes en Occidente y ninguna de las cuales amenaza directamente el poder de clase del capital”⁴⁸¹

A continuación Perry Anderson señala que la violencia como coerción-represión y en vinculación con la ideología sigue siendo lo preponderante en el sistema dominante:

“En el sistema político también prevalece una relación estructural similar (no aditiva y no transitiva) entre ideología y represión, consenso y coerción. Las condiciones normales de subordinación ideológica de las masas –las rutinas diarias de la democracia parlamentaria- *están constituidas por* una fuerza silenciosa y ausente que les confiere su valor corriente: el monopolio del estado sobre la violencia legítima. Desprovisto de éste, el sistema de control cultural se volvería frágil instantáneamente, puesto que los límites de las posibles acciones contra él desaparecerían con él, es inmensamente poderoso –tan poderoso que puede, paradójicamente, <<pasar sin>> él: en efecto, la violencia raramente aparece dentro de los límites de este sistema”⁴⁸²

Porque también el comercio necesita paz, a diferencia del sistema esclavista en perpetua guerra para adquirir esclavos, el capitalista necesita paz para el tráfico de las mercancías.

La relación entre coerción y consenso es un juego de contrapesos que no es automático o ya determinado de una vez, sino en el que intervienen fuerzas muy diversas (entre ellas por supuesto los conflictos que en el plano de la legalidad se establecen entre sistemas e ideas jurídicas). Por ello la hegemonía es algo en perpetuo cambio y disputa:

⁴⁸⁰ Anderson, 1981, p. 42

⁴⁸¹ Ídem, p. 71

⁴⁸² Ídem, pp. 72-73

“El sistema capitalista puede considerarse, en este sentido, como un sistema topológico con un centro <<móvil>>: en cualquier crisis se produce un despliegue y el capital va a concentrarse de sus aparatos representativos a los represores”⁴⁸³

En este punto el sistema dominante busca conformar un bloque de alianzas para sustentar su dominación al tiempo de “convertir la obediencia en ley” y mantener el monopolio de la fuerza como señala Anderson (aunque recordemos que él no cree en la violencia fuera de la sociedad política, opinión con la que ya matizamos y de la que pensamos esta cita demuestra que aunque él lo denomina marginal es un fenómeno que se incluye en la explicación de sí hay o no monopolio de la violencia): “El monopolio estatal de los medios de coerción puede legalmente no ir más allá de las armas automáticas, no incluyendo armas cortas, como en EEUU o Suiza. Pueden existir organizaciones semilegales de violencia privada, como las pandillas de gorilas americanos de los años veinte y treinta. Gramsci estaba ciertamente impresionado por la existencia de estas últimas”⁴⁸⁴.

En el desarrollo que realizamos no podemos olvidar que en la hegemonía hay también una función “positiva” que es necesaria para la comunidad y que se encuentra siempre en las instituciones (aunque a veces falseado, manipulado, corrupto, fetichizado). Gramsci lo explica de este modo:

“la supremacía de un grupo social se manifiesta de dos modos, como «dominio» y como «dirección intelectual y moral». Un grupo social es dominante respecto de los grupos adversarios que tiende a «liquidar» o a someter incluso con la fuerza armada, y es dirigente de los grupos afines o aliados. Un grupo social puede y hasta tiene que ser dirigente ya antes de conquistar el poder gubernativo (esta es una de las condiciones principales para la conquista del poder); luego, cuando ejerce el poder y aunque lo tenga firmemente en las manos, se hace dominante, pero tiene que seguir siendo también «dirigente».”⁴⁸⁵

Ser dirigente es un imprescindible en la conformación de hegemonía y no es sinónimo de dominio (en el sentido de posibilidad de someter y coaccionar legítimamente). Es también la condición para establecer como interés general el interés

⁴⁸³ Ídem, p. 74

⁴⁸⁴ Ídem, p. 56

⁴⁸⁵ Gramsci, 1980, p. 486.

de una clase⁴⁸⁶ y con esto sostenerse como dirigente, al tiempo que intenta conformar una cultura que reproduzca las condiciones de su dominio (dominio, comercio, moral⁴⁸⁷). En todo este punto las normas jurídicas no son un asunto menor sino que forman una de las expresiones específicas más evidentes de la hegemonía, sobre todo porque nos indica el estado de la relación dominio-consenso en el ámbito político y también en el jurídico (sobre todo en la colisión de sistemas o ideas jurídicas).

Este proceso de hegemonía nunca se puede ocultar puesto que siempre se ejerce sobre la Comunidad⁴⁸⁸ y con ella (puesto que lo que se corrompe o se fetichiza necesita tener otra realidad posible, en esta caso la comunitaria, no se puede inventar leyes, “poderes” sin vinculación a la comunidad⁴⁸⁹). El lenguaje que se utiliza siempre es el propio del sector dominante aunque apela a la aprobación o convencimiento de los más amplios sectores el Estado siempre señala las tareas de organización de las clases “dominantes” (en comillas porque a veces el ámbito nacional está dominado por potencias internacionales) y un discurso para el resto de la población. La hegemonía no podría ser explicable sin los procesos que hemos exployado en *nomos* y *potentia*, que en síntesis podría ser: sin apelar, de algún modo, a la vida en comunidad ningún grupo, clase, sector, puede convertirse en hegemónico.

⁴⁸⁶ Por ejemplo con la individualidad tan alabada y promovida por los filósofos modernos y el nuevo “marketing” político y comercial, al respecto ya criticaba Poulantzas: “Ideología de individualización cuyo papel no es sólo enmascarar y ocultar las relaciones de clase (el Estado capitalista no se presenta jamás como un Estado de clase) sino también contribuir activamente a las divisiones y al aislamiento (individualización) de las masas populares” (Poulantzas, 1980, p. 73)

⁴⁸⁷ Un grupo dominante en el sometimiento de la comunidad (cuando su hegemonía privilegia la corrupción o es simple dominio) moldea a ésta para garantizar su presente y futuro: “Pero este papel del Estado no se reduce a inculcar la ideología dominante, ni siquiera a materializarla en prácticas: no se trata simplemente de la concretización de los derechos y de las obligaciones, de la distinción entre lo privado y lo público, etc., en la vida cotidiana. El Estado contribuye a fabricar esa individualidad mediante un conjunto de *técnicas de saber (ciencia)* y de *prácticas de poder*, denominadas por Foucault *disciplinas*”. (Ídem, p. 74)

⁴⁸⁸ Como lo señala Poulantzas: “El Estado y las tácticas que encarna nunca se ocultan del todo, no porque se trate de conciliábulos de pasillo que acaban por saberse a pesar del Estado, sino porque a un cierto nivel de lenguaje de la táctica, forma parte de las disposiciones del Estado con vistas a organizar las clases dominantes: forma parte del espacio escénico del Estado, en su papel de *representación* de esas clases. [...] El Estado, a un cierto nivel, no sólo dice la verdad, declama la verdad de su poder, sino que asume igualmente los medios de elaboración y de formulación de las tácticas políticas. [...] Si el Estado no enuncia siempre su estrategia en el discurso que dirige a la clase dominante, se debe, por lo general, al temor de revelar su propósito a las clases dominadas” (Ídem, pp. 32–33)

⁴⁸⁹ Y en este sentido en la ley el monopolio en diversos fenómenos: el mercado, la producción de leyes, la violencia y la dirección política de la sociedad. En este sentido Schmitt dice: “El legislador de un Estado legislativo consecuente tiene que mantener en sus manos el “monopolio” de la legalidad.” (Schmitt, 1971, p. 30). El monopolio de la ley de una clase social oculta el monopolio de la *lex* por la comunidad (como *nomos*).

En este punto vale la pena hacer una pausa para interpretar el sentido ideológico dentro de la hegemonía que juega la ciencia en general (además del papel que tiene en el desarrollo de las fuerzas productivas, mismo que no es estudiado en esta tesis) como conformadora de sentido. Ya la modernidad está cimentada en el mito de occidente y su “superioridad”, la ciencia desde “las luces” no ha podido escapar de este condicionamiento y reproduce sus afirmaciones como axiomas sobre los que “se debe” construir el pensamiento “verdaderamente científico”. La oposición que entre naturalismo y positivismo tiene que ver con la instrumentalización de la ciencia e ideología jurídica a lo largo de la conformación del derecho burgués: en un primer momento la burguesía revolucionaria apeló a la naturaleza (o el más allá) para fundamentar el liberalismo y una vez derrotada (o convertida) la aristocracia, la burguesía ahora hegemónica retornó a la pretensión de objetividad y universalidad de la ley. La ideología devino “ciencia” tecnocrática⁴⁹⁰. La nueva ciencia desplazó la legitimidad de la naturaleza o del pueblo a la ley⁴⁹¹. La víctima colateral fue la corriente que defendía el derecho natural misma que devino crítica pero en un sentido muchas veces reaccionario.

El positivismo, con el apoyo de escuelas y gobiernos, se atribuyó el mote de ciencia del derecho y estructuró en torno a los mitos de la modernidad la “Ciencia jurídica” convirtiéndola en un ariete de ideas para generar el consenso en torno a las leyes y políticas que necesitó el sistema para mantener la paz social. La ciencia que encubre las diferencias y al otro que es subsumido en el proceso del capital, la ciencia que hace pasar por interés universal el interés de un bloque dominante, la ciencia que sólo puede ser aprendida y aprehendida por los grupos privilegiados.

Prosigamos ahora en nuestro análisis.

⁴⁹⁰ “Todo esto [la legitimación de las prácticas y los agentes del Estado], por lo demás, no hace más que reforzarse actualmente bajo las formas particulares de la relación ideología-saber-ciencia, que implica la transformación de la ideología jurídico-política en ideología tecnocrática.” (Poulantzas, 1980, p. 63)

⁴⁹¹ En el sentido que lo dice Poulantzas: “La aplicación de las técnicas del poder capitalista, la constitución de los dispositivos disciplinarios (el gran <<encierro>>), la emergencia de las instituciones ideológico-culturales (desde el parlamento hasta el sufragio universal y la escuela), presuponen la monopolización de esa violencia por el Estado, cubierta precisamente por el desplazamiento de la legitimidad hacia la legalidad, y por el imperio de la ley” (Ídem, p. 93)

Es importante también el papel que cumple la corrupción que P. Anderson, parafraseando a Gramsci, señala como intermedio: “entre el consentimiento y la fuerza se erigía la corrupción/fraude’, o la neutralización de los movimiento de oposición por medio del soborno de sus dirigentes, característico de coyunturas en las que el uso de la fuerza es demasiado arriesgado”⁴⁹². Mismo que Dussel extiende hasta la corrupción de los pueblos⁴⁹³, como ocurre en el fascismo, y en un sentido en el Lenin ya había mencionado (aunque no con el alcance que señala Dussel⁴⁹⁴).

La ley viene a ser (y por eso ésta es una categoría específica de *lex*, del mismo modo que sistema jurídico o norma jurídica) una forma de construcción de hegemonía puesto que organiza y delimita a la sociedad⁴⁹⁵ en torno a la clase dominante. Del mismo modo que apelando al consenso que se genera en torno a la ley es que se intenta construir legitimar actos (anti populares, inmorales, represivos)⁴⁹⁶. La ley se vuelve uno de los instrumentos de consenso, en ésta se plasman los intereses de una clase en una geografía y tiempo, la cultura de la comunidad⁴⁹⁷ (mediada o no por la clase dominante) y el consenso que se llega con los desposeídos, por ello se convierte en lenguaje de dominación⁴⁹⁸ pero también de defensa frente a ésta.

⁴⁹² (Anderson, 1981, p. 69)

⁴⁹³ (Dussel, 2006)

⁴⁹⁴ “la experiencia mundial de los gobiernos burgueses y terratenientes ha desarrollado *dos* métodos para mantener al pueblo sometido. El primero es la ‘violencia’, con la que los zares demostraron al pueblo ruso el máximo de lo que puede y no puede hacerse. (...) Pero hay otro método, mejor desarrollado por la burguesía francesa e inglesa... el método del engaño, el halago, las frases finas, los millones de promesas, los pequeños sobornos y las concesiones no esenciales mientras conservan lo esencial” (Lenin citado en Anderson, 1981, pp. 46-47)

⁴⁹⁵ Como sostiene Poulantzas: “La ley capitalista aparece como la forma necesaria de un Estado que debe poseer una autonomía relativa con relación a tal o cual fracción del bloque en el poder, a fin de organizar su unidad bajo la hegemonía de una clase o fracción.” (Poulantzas, 1980, p. 107)

⁴⁹⁶ “la clase política no justifica exclusivamente su poder únicamente con la posesión de hecho, sino que busca darle una base moral y legal, haciéndolo emanar como consecuencia necesaria de doctrinas y creencias generalmente reconocidas y aceptadas en la sociedad que esa clase política dirige” (Bobbio, 1989, p. 120)

⁴⁹⁷ Consideramos que la comunidad es aquello que genera esa preterintencionalidad de la que habla Sartori: “La aceptación de un sistema o régimen es una vasta medida preterintencional, por decirlo así. Cuando menos en un sentido residual, la aceptación se convierte en un producto de autorregulación, un acto de retroalimentación”. (Sartori, 2000, p. 170)

⁴⁹⁸ “Tampoco puedo administrar justicia, ni imponer penas, ni en general comportarme de una, manera autoritaria “en nombre, de la conveniencia” o “en nombre de la necesidad material”, ni siquiera “en nombre de la fuerza coercitiva de los acontecimientos”, en lugar de hacerlo “en nombre de la ley”. Sería manifiestamente grotesco que se dictasen y ejecutasen sentencias judiciales, no en nombre del rey, del pueblo o de la ley, sino “en nombre de una medida”, o el que se quisiera hacer a alguien prestar juramento a medidas y jurar “fidelidad a una medida”. (Schmitt, 1971, pp. 17-18)

De este modo la ley (en el proceso de conversión de *nomos* en *lex*) siempre está relacionada con la hegemonía y dentro de éstas pueden existir normas jurídicas que sean establecidas por consenso, coerción, costumbre o corrupción⁴⁹⁹ haciendo que tengan características especiales dentro del sistema jurídico⁵⁰⁰ estatal (al grado de hacer inoperantes leyes enteras o tergiversar el sentido de la Carta Magna).

Como apunte a futuros desarrollos queremos señalar que el miedo y la culpa cumplen una función importante en la dominación del pueblo como inhibidores de pensamientos y acciones antisistémicas. Condicionamientos sobre los que las clases dominantes intentan continuamente.

Ahora desarrollaremos, en este apartado algunas líneas en torno a la concepción del Estado de Derecho.

Dentro de la hegemonía es imposible no tocar la particularidad histórica que vivimos con fuerza en el siglo XX y tambaleándose durante el XXI. El Estado de Derecho ha causado muchos estudios y análisis que por el momento no podemos abordar. Lo que señalaremos es el acontecimiento que éste ha representado en el campo jurídico y como expresión de la hegemonía de un sistema, en una época y circunstancias específicas. Nosotros consideramos que el concepto que mejor describe este fenómeno es la de Schmitt en *Teoría de la constitución*, llamándolo “Estado Burgués de Derecho” (lo que antes Schmitt llamó el “Estado parlamentario legislativo”⁵⁰¹), sin embargo para no entrar en controversias que no son objeto de esta tesis lo dejaremos en Estado de Derecho. También es importante señalar, aunque sea de paso, que el Estado de derecho no ha

⁴⁹⁹ Del mismo modo que ocurre en lo político (aunque no con las mismas intenciones) y que es señalado por Sartori: “Es más que obvio que en esa aceptación [habla del sistema político] confluyen en diversas proporciones distintos ingredientes: la fuerza (coerción), el amor (legitimidad, patriotismo, nacionalismo), el hábito (se acepta aquello que se encuentra al nacer), la abulia (o el desinterés), y otros componentes más”. (Sartori, 2000, p. 169)

⁵⁰⁰ En una forma similar a la que describe Sartori (con claras inspiraciones de Gramsci) respecto de lo político: “Las dictaduras que son impuestas, y por lo tanto “padecidas”; es decir, que se basan primariamente en la *coerción*. Y decíamos de las democracias que son permitidas, y por lo tanto “queridas”; o sea que se basan sobre todo en el *consenso*. De otros regímenes, o a título de categoría más general, digamos que el sistema político es *aceptado*, entendiéndolo por tal que no es ni rechazado ni realmente querido. Por lo tanto, la noción de aceptación abarca o puede abarcar tanto a las dictaduras como a las democracias. Vale decir que una dictadura no es solamente impuesta, también puede ser aceptada. De igual modo, no todas las democracias obtienen consenso [ni] se basan realmente en él; puede bastar, o puede ocurrir, que solamente sean aceptadas. [...] La noción de aceptación excluye solamente que un sistema sea “todo coerción” o “todo consenso.” (Ídem, p. 169)

⁵⁰¹ Schmitt, 1971

sido la única forma que ha tomado el Estado en la modernidad⁵⁰², ni el parlamentario o presidencialista sus únicos subtipos, sino que existen otras formas (como el gubernativo que señala Schmitt⁵⁰³).

El consenso y la dominación integran una relación dialéctica en la que la dirigencia política (cuando no sólo es dominante) de una clase construye e impone lo más que puede sus ideas jurídicas. Noción que no es el apocalipsis que enuncian los (neo)positivistas⁵⁰⁴ de todas las épocas, sino una realidad cotidiana: el derecho es una de las muchas interrelaciones jurídico-políticas en que se expresa la dialéctica consenso-dominación. En esta interrelación es que, derivado de las sucesivas revoluciones y no por obra de las clases dominantes, se ha arribado al Estado de Derecho, que no es más que la hegemonía incorporando la legalidad (y estableciendo hoyos de gusano entre los campos jurídico y político) como mecanismo para ganar el consenso de las masas. Con la incorporación de la legalidad las clases dominantes omiten su deber ético-normativo: servir a la comunidad y al bien común, por el de servir a la ley (que no es más que servir a la correlación de fuerzas y límites que están expresadas en las leyes).

La hegemonía y la legalidad sostienen una función dialéctica (en la que media de tanto en tanto las revoluciones “totales” o pasivas), no se puede el simple ejercicio de la

⁵⁰² Incluso en general, como nos plantea Schmitt: “Aquí no debe emplearse la expresión “Estado de Derecho”. Tanto el Estado legislativo como el Estado jurisdiccional pueden hacerse pasar sin más por un Estado de Derecho; pero también pueden hacerse pasar por tales todo Estado gubernativo y todo Estado administrativo, si se imponen como misión realizar el Derecho, sustituir el antiguo Derecho injusto por un nuevo Derecho justo y, sobre todo, crear la situación normal, sin la cual todo normativismo es un engaño. La expresión “Estado de Derecho” puede tener tantos significados distintos como la propia palabra “Derecho” y como organizaciones a las que se aplica la palabra “Estado.” (Ídem, pp. 22-23)

⁵⁰³ “El Estado gubernativo posee, en la persona de su jefe o en la dignidad del cuerpo colegiado dirigente, todas las cualidades de la representación. En cambio, el Estado legislativo, a causa del principio en él dominante de la elaboración de normas generales y predeterminadas, y de la distinción que le es esencial entre ley y aplicación de la misma, entre legislativo y ejecutivo, está colocado en una esfera completamente diferente y padece necesariamente de cierto carácter abstracto.” (Ídem, p. 16)

⁵⁰⁴ Por ejemplo cuando sentencian como “ajeno” al Estado de derecho: “Cuando la dirigencia política decide en última instancia lo que (sic) el derecho, en cada caso concreto, debe controlar, sancionar, permitir o dispensar –y así el derecho sólo sirve para organizar el ejercicio de las funciones públicas, pero no para limitarlas y controlarlas-, no cabe hablar de un estado de derecho. [...] De esta manera, la aplicación del derecho llega a ser, desde el punto de vista práctico, la ejecución de la voluntad actual de la dirigencia política” (Rojas Amandi, 2008, p. 139).

violencia, no se puede sólo la guerra, es necesario que los grupos dominantes entiendan la aspiración normativa del pueblo, se ajusten y ajusten al pueblo a sus necesidades⁵⁰⁵.

El Estado de derecho es una construcción generada por los estados burgueses que requerían una urgente institucionalización de la sociedad civil y del descontento de los grupos excluidos para mantener intactos sus privilegios económicos y sus espacios de poder político. Surgió durante una época en la que los estados se sentían amenazados por el ascenso de las luchas obreras (desde el siglo XIX en el centro de Europa) o de procesos revolucionarios como el ruso desatado en 1917⁵⁰⁶. De este modo se conformó una novedad histórica dentro de los estados capitalistas al conformar un Estado jurídico-político basado en el parlamentarismo (en el caso de Europa y más o menos limitando al poder ejecutivo en América). Entre los elementos del estado de derecho podríamos mencionar:

- “Justicia administrativa
- Regulación de conflictos o litigios constitucionales
- Control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes
- Responsabilidad de los funcionarios públicos”⁵⁰⁷.

Noción que concuerda con lo planteado por Schmitt⁵⁰⁸.

Pero que también es más una construcción ideologizante para mantener y ampliar el consenso. Aunque han sido sus brechas las que han permitido el acceso al poder, por la vía electoral, a movimientos que se declaran anti sistema (como socialistas y

⁵⁰⁵ De esto nos da clara cuenta, completando a N. Hartmann, E. G. Máynez: “*A la naturaleza no se le domina sino obedeciéndola*, precisamente porque obedecerla es aplicar sus leyes y encauzar sus fuerzas en el sentido de nuestros anhelos.” (García Máynez, 1982, p. 12)

⁵⁰⁶ Consideramos que es en este sentido que se puede interpretar lo que señala Schmitt: “El Estado legislativo es el vehículo típico de una era reformista-revisionista-evolucionista, equipada con programas de partido, que trata de realizar el “progreso” mediante leyes justas, de un modo legal-parlamentario.” (Schmitt, 1971, p. 12)

⁵⁰⁷ Rojas Amandi, 2008, p. 141

⁵⁰⁸ “Expresión típica del Estado legislativo la constituye la elaboración anticipada de normas mensurables y determinables en su contenido, duraderas y generales, apareciendo la decisión judicial como una mera aplicación de tales normas, del mismo modo que toda la vida estatal, en general, debe ser abarcada por un sistema de legalidad cerrado que permita ser subsumido con arreglo a las circunstancias de los hechos.” (Schmitt, 1971, p. 6)

comunistas). En cuanto a ciertas ficciones está la de restringir la formación de las leyes al parlamento y en este sentido a los números que saquen los actores políticos en las elecciones. “Mayorías”⁵⁰⁹ que generalmente no son representativas de los sectores excluidos y que generalmente se mueven, aunque críticos, en el sentido diseñado por los grupos dominantes. Ya Schmitt señala que para evitar que la simple mayoría sea una fatalidad es imperioso la igualdad de oportunidades para alcanzar el poder: “En consecuencia, todo depende del principio de la igualdad de chance para alcanzar el poder. Abandonar este principio significa para el Estado legislativo parlamentario renunciar a sí mismo, a su justicia y a su legalidad”⁵¹⁰, Al tiempo que no da mucho aliento en que sea posible desarrollarlo en la realidad⁵¹¹.

Como otro apunte crítico podemos señalar que se habla de una ética formal cuando se pretende que para ser verdadero “estado de derecho” se integren, armoniosamente, las instituciones jurídicas y políticas, totalizándose y sometiendo la comunidad (materialidad última). Ésta es la utopía de quienes ven en la legalidad existente la justicia en sí, cita: “La relación Estado-derecho alcanza su punto máximo cuando el segundo se convierten en exclusivo, en la manifestación técnica del primero, cuando no es posible hablar de acto de Estado alguno a menos que se exprese en forma de acto jurídico”⁵¹².

5.3. Legalidad

La idea del “imperio de la ley”, aunque planteada como novedad de la modernidad, es antigua. No como para pensar que su versión formal la encontramos en la comunidad, pero sí lo suficientemente antigua para encontrarse en las preocupaciones de algunos

⁵⁰⁹ “Quien tiene la mayoría, hace las leyes vigentes y, además, pone en vigor las leyes elaboradas por él mismo. La vigencia y la puesta en vigor, la creación y la sanción de la legalidad, son monopolio suyo. Pero lo más importante es que el monopolio de la puesta en vigor de la ley vigente le confiere la posesión legal de los medios del poder estatal y, con ellos, un poder político que rebasa ampliamente el simple “valor” de las normas.” (Ídem, p. 48-49)

⁵¹⁰ Ídem, p. 51

⁵¹¹ “El principio de la igualdad de chance es tan delicado, que el simple hecho de poner seriamente en duda el espíritu de lealtad de todos los participantes en la lucha política hace imposible su aplicación.” (Ídem, p. 52)

⁵¹² (Rojas Amandi, 2008, p. 213)

pensadores como Platón, que, desde el punto de vista de una clase dominante, pensaban en el “bien general”⁵¹³. Y también en un sentido de bien común no oligárquico, como lo que rescata Dussel:

“La legalidad está al servicio del pueblo y no viceversa. El fundador del cristianismo anotó: “¡El sábado (la ley) está hecha para el hombre, y no el hombre para el sábado (la ley)!””, aunque muchos cristianos de nuestros días fetichicen la ley contra el pueblo.”⁵¹⁴

Esta preocupación no es menor dado que hablamos de hacer viable la vida de la sociedad en el transcurso del tiempo. La legalidad (como ya lo recuperado de Poulantzas) cumple funciones organizadoras e ideológicas, existen un sinnúmero de normas jurídicas estatales (también en lo social y lo privado) que ayudan a encaminar la fuerza del estado y/o la sociedad⁵¹⁵. En este punto consideramos que las nociones de vigencia y positividad del orden jurídico estatal tienen que ver con la denominada “legalidad” que viene a ser el grado y forma de la hegemonía en el campo jurídico que tiene el sistema jurídico dominante (regularmente el estatal). En este sentido no es una cuestión estática que pueda sólo deducirse de la interpretación o aplicación del sistema jurídico estatal o incluso que se limite al campo jurídico⁵¹⁶.

Se extiende a las normas jurídicas y los actos jurídicos de las personas incluso aproximándose a otros campos, y no porque lo jurídico sea universal sino porque en este se estipulan temas de importancia para la comunidad provenientes de todos los campos. En este sentido el cuerpo jurídico real, integra elementos de los más diversos campos⁵¹⁷: político, económico, moral, social, etc. Todos ellos se han incorporado para garantizar lo que a una sociedad le parece primordial o, defectivamente, lo que se ha impuesto por

⁵¹³ Como por ejemplo Platón: “veo pronto la destrucción en el Estado... donde la ley es súbdita y no tiene autoridad; en cambio donde la ley es patrona de los magistrados y éstos son sus siervos yo veo la salvación y toda clase de bienes que los dioses dan a los Estado [Leyes, 715d]” (Bobbio, 1989, p. 130)

⁵¹⁴ Dussel, 2006b

⁵¹⁵ Por ejemplo las que nos menciona E.G. Maynez: “Los preceptos de orden técnico no estatuyen deberes; simplemente muestran los medios que es necesario poner en práctica para el logro de determinados fines.” (García Maynez, 1982, p. 11)

⁵¹⁶ “Pero, en nuestros días, la ficción normativista de un sistema cerrado de legalidad choca de modo claro e inequívoco con la legitimidad de una voluntad dotada de existencia real e inspirada en el Derecho” (Schmitt, 1971, p. 9)

⁵¹⁷ Nosotros vamos más allá de lo que dice Schmitt en su obra sobre la constitución, sobre todo al incorporar otros campos más allá del político o el económico: “Por eso, no hay ninguna Constitución que sea, puramente y sin residuo, un sistema de normas jurídicas para la protección del individuo frente al Estado.” (Ídem, p. 137)

intereses de un sector de ésta. No hay en la legalidad una tautología⁵¹⁸ que remita siempre a ella ni en lógica ni en fenómeno. Es decir cuando hablamos de legalidad nos referimos a relaciones y conjuntos de relaciones que se establecen a partir de las normas o sistemas jurídicos⁵¹⁹ en una visión que siempre es situada y en conjunto (y en este sentido implica las relaciones entre los entes jurídicos⁵²⁰ o de estos con los de otros campos).

No está de más señalar que al ser una expresión de la hegemonía, la legalidad está atravesada (como la *lex*) por la legitimidad⁵²¹, los límites impuestos, ficticios, vinculados a los procesos de dominación⁵²². Pero también tiene que ver con la idea de que una comunidad que respeta sus leyes tiene la posibilidad de subsistir, es una cualidad de los animales gregarios como nosotros que para subsistir tenemos que establecer y respetar límites.

⁵¹⁸ Por ejemplo cuando leemos: “La razón jurídica por la cual una ley forma parte del sistema jurídico es porque aquella resulta válida dentro de éste. El sistema jurídico ha atribuido validez a dicho ordenamiento y, en consecuencia, éste ha pasado a formar parte del sistema. Cuando se llega a este nivel, se debe dejar el conocimiento de la lógica interna de un ordenamiento, para estudiar la lógica externa de todo el sistema jurídico” (Rojas Amandi, 2008, p. 106)

⁵¹⁹ “El orden vigente no sólo está integrado por las normas legales y las reglas consuetudinarias que el poder público reconoce y aplica. A él pertenecen asimismo los preceptos de carácter genérico que integran la jurisprudencia obligatoria y las normas individualizadas (resoluciones judiciales y administrativas, contratos, testamentos, etc.). La validez de todas estas normas –sean generales o individuales- depende siempre de un conjunto de requisitos extrínsecos, establecidos por otras del mismo sistema”. (García Máynez, 1982, p. 38)

⁵²⁰ En el sentido que señala Rojas Amandi, salvando ciertos matices: “En su grado más evolucionado, la norma jurídica no permite que los órganos a quienes corresponde su creación y garantizan su aplicación se rijan tanto en su conformación como en su funcionamiento por normas no jurídicas. En este punto de desarrollo surge la necesidad de crear una *Constitución* escrita. La ley que estructura todas las implicaciones normativas de los órganos que crean y aplican la norma jurídica, así como el procedimiento para su creación, se ha denominado tradicionalmente *Constitución escrita*. En ella se establecen los principios rectores de la organización y las pautas de actividad de los órganos que crean y aplican el derecho; además, es la forma que reconstruye intelectualmente, apoyada en el lenguaje, el óptimo funcionamiento de la normatividad jurídica en toda su compleja magnitud consciente. La *Constitución* escrita es el cuerpo simbólico de la imagen ideal de la normatividad y una significación de sentido. La transgresión a las proposiciones normativas que establece la *Constitución* escrita da lugar también a la reacción organizada de determinados órganos públicos, con lo cual cabe decir que la normas jurídicas se garantizan siempre a sí mismas” (Rojas Amandi, 2008, p. 102)

⁵²¹ Y en este sentido podríamos recuperar, con matices, las afirmaciones de Rojas Amandi: “Cuando se habla de *legitimidad legal*, resulta de vital importancia diferenciarla de la mera legalidad, la cual se refiere a una simple coincidencia de las conductas con lo prescrito por las normas; sin embargo, la legitimidad legal consiste en justificar el poder con base en una creencia cuyo contenido se apoya en el principio según el cual el derecho con normas fundamentales, medios de acción y criterios de funcionamiento concretos es el instrumento idóneo del ejercicio del poder político” (Ídem, p. 196)

⁵²² Y en este sentido no concordamos con lo expresado por Schmitt: “Sobre el sistema parlamentario moderno: “la legitimidad de la democracia parlamentaria “consiste únicamente en su legalidad”, y hoy en día “los límites de la legalidad acaban manifiestamente donde empieza la legitimidad”.” (Schmitt, 1971, p. 15)

Esto no anula que la legalidad tenga que ver con qué tanto una interpretación o un acto guarda relación con una norma jurídica⁵²³. Sino también qué tanto corresponde una norma jurídica con la comunidad jurídica y los intereses de sostenimiento y ampliación de la vida (es decir la justicia⁵²⁴). Por ejemplo en un momento en que la comunidad se encuentra dominada por una clase minoritaria será inevitable que tengamos una legalidad en confrontación permanente, Por ello Gramsci establecía la siguiente diferenciación entre el oriente y el occidente europeo:

“Solo que Ilici [Lenin] no tuvo tiempo de profundizar su fórmula, aparte de que no podía profundizarla sino teóricamente, mientras que la tarea fundamental era nacional, es decir, exigía un reconocimiento del terreno y una determinación de los elementos de trinchera y de fortaleza, representados por los elementos de la sociedad civil, etc. En Oriente, el Estado lo era todo, la sociedad civil era primaria y gelatinosa; en Occidente, en cambio, había una correlación eficaz entre el Estado y la sociedad civil, y en el temblor del Estado podía de todos modos verse en seguida una robusta estructura de la sociedad civil. El Estado era solo una trinchera avanzada, detrás de la cual se encontraba una robusta cadena de fortalezas y fortines; con diferencias entre los Estados, naturalmente, pero eso era precisamente lo que requería un cuidadoso reconocimiento de carácter nacional.”⁵²⁵

En un sentido que para nosotros empata con la idea de Schmitt⁵²⁶. Sigamos adelante:

⁵²³ Pero incluso en esta visión “reducida” también cabe la afirmación de Poulantzas: “Todo agente del estado en sentido amplio –parlamentario, político, policía, oficial, juez, abogado, notario, funcionario, asistente social, etc.- es un intelectual en la medida en que es un *hombre de ley*, que legisla, que conoce la ley y el reglamento, que los concreta, que los aplica. La ignorancia de la ley no excusa su incumplimiento, es la máxima fundamental de un sistema jurídico moderno en el que nadie, salvo los representantes del Estado, pueden conocerla. [...] La ley moderna es un *secreto de Estado*, fundadora de un saber acaparado por la razón de Estado” (Poulantzas, 1980, p. 105)

⁵²⁴ Una autoridad que viene de abajo (o que establecida en una institución siempre debe obedecer a la comunidad), de la comunidad y en este sentido podemos retomar críticamente a Schmitt: “En esta congruencia entre Derecho y ley descansaban, en definitiva, todos los sistemas e inventarios de conceptos, fórmulas y postulados jurídico-políticos que se desarrollaron en el curso del siglo xix y que aún conservan efectividad. El Estado es la ley, la ley es el Estado. Solo a la ley se debe obediencia; solo frente a ella desaparece el derecho de resistencia. Solo hay legalidad, no autoridad ni mandato que proceda de arriba.” (Schmitt, 1971, p. 28)

⁵²⁵ (Gramsci, 1980, p. 284)

⁵²⁶ En el caso del occidente europeo podemos hablar de una fuerte sociedad civil que construye para sí una legalidad sólida, como lo plantea Schmitt: “Lo anterior no es simple consecuencia de una división teórica o de una precaución de orden psicológico, concebidas como freno contra la apetencia de poder de los hombres; es el principio fundamental sobre el que se levanta necesariamente el Estado legislativo, en el cual no imperan hombres ni personas, sino que rigen las leyes.” (Schmitt, 1971, p. 5), sin embargo, este mismo “estado parlamentario legislativo” fue una realidad de corta duración entre guerras y luego consolidado gracias al ascenso de los liberales y la socialdemocracia en la post-guerra. No está demás hacer notar que estos mismos países sostenían (sostienen) colonias formales o informales desde entonces, sin que merme la idea de estado de derecho. Con paralelismo sorprendente a lo que plantea la Teoría de la Dependencia respecto de capitales explotados por otros capitales, aquí pareciera legalidades sostenidas a base de socavar otras legalidades.

En el momento en que los entes jurídicos aparecen del *nomos* se conforman muchas relaciones jurídicas que conforman un estado específico del campo jurídico. En este punto, la legalidad implica en sentido amplio el grado de fuerza que tienen las normas consensadas (o establecidas por otros mecanismos que ya señalamos en el apartado anterior) respecto a la sociedad, los diversos campos (o incluso a la intimidad⁵²⁷), pero sobre todo otros sistemas jurídicos⁵²⁸ o normas-acciones. No está de más señalar que la legalidad (como todo lo humano) es histórica y que la legalidad también afecta las demás formas de la normatividad (sobre todo por la fuerza que le imprime el derecho) generando costumbres e ideas que pueden conformar una especie de sentido común⁵²⁹. La legalidad es inherente (como relación respecto de normas) a la comunidad y no es un patrimonio o una creación del Estado de Derecho, sí refleja en sí las fuerzas políticas, pero lo que se considera como “despolitizante” es en realidad lo jurídico que pese a ser interdependiente a lo político no es lo mismo (y en esto recuperamos críticamente a Schmitt⁵³⁰).

En particular la legalidad del sistema capitalista tiende a un control específico y construye límites específicos que se distinguen de las legalidades que le precedieron. Sobre todo tiende a una “individualización y privatización del cuerpo social”⁵³¹ además de

⁵²⁷ “En ese doble movimiento [al individualizar la sociedad y convertirse en su unidad] de creación y aislamientos (de los que se compone el pueblo-nación) y de representación de su unidad (el Estado nacional popular moderno), *no puede existir, por primera vez en la historia, ningún límite de derecho y de principio a la actividad y las intromisiones del Estado en la esfera de lo individual-privado.*” (Poulantzas, 1980, p. 79)

⁵²⁸ Creemos que esta idea se insinúa en la siguiente expresión de Maynez que sorprendentemente va mucho más allá del positivismo: “No todo derecho vigente es positivo, ni todo derecho positivo es vigente. La vigencia es atributo puramente formal, el sello que el Estado imprime a las reglas jurídicas consuetudinarias, jurisprudenciales o legislativas sancionadas por él. La positividad es un hecho que estriba en la observancia de cualquier precepto, vigente o no vigente.” (García Máñez, 1982, p. 38)

⁵²⁹ Y es en este sentido que podríamos incorporar las reflexiones de Rojas Amandi: “Tal cooperación se logra, en primer lugar, cuando se introyectan en el aparato psíquico del individuo las necesidades concretas de las diversas maneras de vida, de modo que al sujeto le parezcan necesidades internas de su personalidad particular; y solo cuando esta cooperación predeterminada, conocida como *espontánea*, no funciona, la reacción social institucionalizada en los órganos de poder se encarga de asegurarla” (Rojas Amandi, 2008, p. 203)

⁵³⁰ “El devenido estado de derecho, convierte en legalidad todo lo que toca, de ser una función del estado se convierte en un impasse de las fuerzas políticas, a costa de su intento de despolitizar la política (y la legitimidad con esta) entrona la legalidad: “La “legalidad” tiene aquí precisamente el sentido y la pretensión de hacer superflua y rechazar no solo la legitimidad (tanto la del monarca como la de la voluntad plebiscitaria del pueblo), sino también toda autoridad basada en sí misma o soberana” (Schmitt, 1971, p. 14)

⁵³¹ “La individualización y privatización del cuerpo social residen en prácticas y técnicas del ejercicio del poder por un Estado que, en el mismo movimiento, totaliza esas mónadas divididas e incorpora en su almacén institucional la unidad de las mismas. Lo privado no es más que la réplica de lo público, precisamente porque si hay desdoblamiento –inscrito en el Estado y ya presente en las relaciones de producción y en la división social del trabajo- es porque el Estado traza sus contornos”. (Poulantzas, 1980, p. 81)

una enorme intromisión en lo privado⁵³². El grado en que la norma condiciona como legalidad a la sociedad y cuan potencialmente opresora es la segunda, lo podemos encontrar en expresiones como la de Biagio Petrocelli: “no existe, por tanto, un ilícito genérico, una antijuricidad genérica, que no haya unida a una sanción de una especie determinada. La sanción condiciona el ilícito no sólo en su existencia, sino también en su naturaleza”⁵³³. Es un Estado en el que se entregó a la ley la potestad de regular al juez y al gobierno, haciendo que se renuncie al derecho de resistencia y entregando al legislador la única posibilidad de violar la ley⁵³⁴ (y en este sentido es una función que bien puede servir a la comunidad o a una clase dominante) aunque el contrapeso existe desde la sociedad⁵³⁵. Tal vez en esta conformación de las leyes cuyas normas jurídicas son de origen diverso y a veces contradictorio es que podríamos llegar a una idea de la heteronomía más amplia y ajustada a la realidad⁵³⁶.

Por supuesto que existe un control de la legalidad, que dentro del sistema jurídico estatal lo realiza la función judicial, el desprendimiento del *nomos* que es la *iurisdictio* (el decir de lo justo, de lo conforme al límite que establece la comunidad, es también la medida). Sobre este punto Rojas Amandi (2008), nos invita a pensar que es la decisión judicial (que para nosotros podría ser función judicial) la que lleva a cabo “la función de atribución de validez jurídica real de las normas”, motivada por el hecho antijurídico. Pese a que la función de atribución de validez es un fenómeno jurídico, político y social, que en algunas sociedades se carga más hacia la función legislativa (sobre todo en países

⁵³² “El estado moderno no comporta, pues, ningún límite de principio y de derecho a sus intromisiones en lo privado: por paradójico que ello pueda parecer, es la misma separación público-privado instaurada por él lo que le abre perspectivas ilimitadas de poder.” (Ídem, pp. 32–33)

⁵³³ Rojas Amandi, 2008, p. 122

⁵³⁴ “La congruencia y la armonía preestablecidas y presumidas entre Derecho y ley, justicia y legalidad, objeto del Derecho y procedimiento legislativo, dominan, hasta el último detalle, la idea del Derecho propia del Estado legislativo. Solo así ha sido posible someterse al imperio de la ley precisamente en nombre de la libertad, borrar de la tabla de derechos de la libertad el derecho de resistencia y conceder a la ley aquella preeminencia incondicionada que veía en el sometimiento del juez a la ley una garantía de la independencia judicial, que consideraba que el subordinar la Administración a la ley significaba la protección más importante frente al abuso del poder estatal y que ponía sin reparo todos los derechos garantizados por la Constitución a merced del legislador, quien podía atentar contra ellos a su arbitrio, en virtud del “monopolio de la ley”. (Schmitt, 1971, p. 29)

⁵³⁵ “Tales límites [del legislativo] no solo se derivan del Derecho consuetudinario, sino que pueden ser también impuestos por imperativos lógicos o del pensamiento.” (Ídem, p. 7)

⁵³⁶ En el sentido de lo que plantea Máynez: “Las normas de derecho son, por el contrario, heterónomas, ya que su origen no está en el albedrío de los particulares, sino en la voluntad de un sujeto diferente” (García Máynez, 1982, p. 7), salvando la implicación metafísica, Máynez nos sigue aludiendo al “legislador” que pareciera estar “más allá del bien y del mal”.

de derecho romano-germánico) y otras hacia el judicial (como las basadas en el common-law). Consideramos que si esta posibilidad nos ayuda a saber el grado de efectividad que tiene un sistema jurídico dominante y su posibilidad de sostener su función específica en la legalidad. Además del mismo modo que el juez puede no ceñirse a la voz, límites o voluntad de la comunidad y por ende ser injusto, la *iusdictio* se vuelve autorreferente y se termina cayendo en la mera interpretación de la ley en sí o tomar los intereses de un grupo por los de la comunidad (al hablar de las “intenciones del legislador”), como lo señala el maestro Dussel:

“Por otra parte, como Dworkin ha enseñado detenidamente, la ley puede interpretarse de muchas maneras, y por ello un ciudadano justo puede confiar en las leyes, pero no en la interpretación o aplicación de los jueces. Sócrates enseñó a sus discípulos, Platón entre ellos, que las leyes de Atenas eran justas, pero los jueces fueron injustos al condenarlo a muerte. No aceptar el juicio de un juez no es necesariamente ilegal y antinstitucional. Puede significar simplemente que no se acepta la corrupción del sistema judicial. No hay juicio perfecto ni unívoco. Todo juicio es incierto, de lo contrario se necesitaría una inteligencia infinita a velocidad infinita (el "Hércules" de Dworkin, o el argumento de Karl Popper contra la planificación perfecta)”.⁵³⁷

5.4. La clase dominante contra la legalidad

El denominado “Estado de Derecho” se ha extendido como fórmula sin producir en todo tiempo o lugar los objetivos deseados. Por ejemplo se habla de él en estados que fomentan el paramilitarismo como Colombia y donde el narco controla la mayor parte del país como en México. También se le idolatra en países intervenidos militarmente como Irak o Afganistán. Esta categoría es más descriptiva de lo que sucede al interior de las potencias de occidente (a las que Gramsci caracterizaba como con un Estado más débil frente a la sociedad civil), y los EEUU, dado que su política exterior respeta menos legalidad que en su política interior. Mientras que en países “periféricos” hay una pretensión de Estado de Derecho que no ha cristalizado tanto por factores externos (intervención militar o económica de potencias mundiales) como internos (dictaduras, neoliberalismo etc.).

⁵³⁷ Dussel, 2006b

La legalidad está vinculada al consenso que se remite a la *lex* (por lo tanto atravesada por la legitimidad) y sometida a un proceso de “elaboración” cuyo formalismo al rito. Es, también, expresión popular, siendo tal enuncia un imperativo de la comunidad y por ende se fija en la parte más social de la intersubjetividad. No es sólo una norma jurídica en sí, ni la costumbre, la moral o los sistemas jurídicos; tiene una vinculación fortísima con el día a día y las emociones de las personas. Nunca desaparece, no hay anarquía posible salvo en la extinción; puesto que cuando el dominio de un sistema jurídico en una legalidad se merma o se ve amenazado por una insurrección en ese mismo momento ya existen sistemas jurídicos que de consolidarse (a la par que bloques populares históricos) establecerán nuevas pautas de legalidad y se transformarán con la comunidad frente a la cual tendrán que responder a la necesidad de límites. No deriva de lo político o lo económico, pero ciertamente no se puede explicar sin ellos (como las relaciones de producción remiten a la propiedad, o el poder se enuncia en términos de ley).

Por ello la legalidad tiende a ser más resistente que las instituciones políticas y puede sobrevivir a su temporal disolución (incluso es posible, como plantea Marx, pensar en un mundo sin estado más no sin normas). De este modo y dado que su ser es más próximo a la cultura, es que la legalidad es un espacio con una disputa particular en los conflictos entre oprimidos y opresores, que puede adelantarse o retrasarse a las disputas políticas o que puede tener incluso disputas “desfasadas”.

Las clases dominadas como parte de la comunidad siempre intentan recuperar su libertad, su ser comunitario, su humanidad; emplean muchos tipos de acciones o reacciones, uno de ellos es intentar limitar las actividades que se conciben son las más lascivas de los dominadores. Por ello la historia de los derechos, de las restricciones de la autoridad o de la justicia, es la historia de la lucha de clases en el campo jurídico.

Existe una especie de dialéctica entre límite y voluntad, esto significa que además de las contradicciones de clases (presentes a lo largo de la historia de la humanidad),

también encontramos choques, ámbitos particulares⁵³⁸ o complementariedad. No ha existido (salvo por periodos muy cortos de tiempo, en pequeños golpes, dictaduras o proclamas de algunos grupos) derecho opresor o dominante que no incorpore reivindicaciones del Otro oprimido. Los sistemas jurídicos han sido plurales en sus motivaciones o aspiraciones, aún para reprimir (por ejemplo la diferenciación de la forma del matrimonio a lo largo del globo y de la historia, en específico las uniones hombre-mujer y de personas del mismo sexo). Pero no lo es por el entusiasmo original de la burguesía de convertirse en dirigente de la sociedad (cuando quería tomar el control de la aristocracia), sino sobre todo por la fuerza gigantesca de los miles de movimientos obreros que atraviesan la historia. Por ello la legalidad puede estar claramente dominada pero no puede dejar de remitirse al consenso y por ende ser una expresión de la correlación de fuerzas políticas, de sistemas jurídicos y de las relaciones de producción.

Ahora bien, el Estado (en sus pugnas internas, pero también como consigna desde las instituciones de cada uno de los poderes), uno de los instrumentos de construcción de hegemonía y dominación, es frecuentemente utilizado en contra de las normas jurídicas que protegen las resistencias que existen entre la comunidad⁵³⁹. Es quien reprime las protestas obreras, quien interviene en la educación para desprenderle el humanismo y orientarla exclusivamente a las fuerzas productivas, quien ejecuta a conveniencia la ley y quien transgrede la legalidad⁵⁴⁰ (llegando a tratar de dinamitarla, como en el enfrentamiento entre el legislativo y el ejecutivo en Venezuela).

Es relativamente normal que la voluntad trasgreda los límites⁵⁴¹, pero en este caso hablamos de una transgresión a la vida de la comunidad, a sus intereses, a los

⁵³⁸ Esto lo decimos inspirados en la afirmación de Poulantzas: "La acción del estado, su funcionamiento concreto, no siempre toman, ni mucho menos, la forma de ley-norma: siempre existe un conjunto de prácticas y de técnicas estatales que escapan a la sistematización y al orden jurídicos". (Ídem, pp. 97-98)

⁵³⁹ Recuperando en un sentido no tan limitativo ni en una interpretación tan monolítica del Estado como lo refiere aquí Poulantzas: "La acción del Estado desborda siempre a la ley porque el Estado puede, dentro de ciertos límites, modificar su propia ley" (Ídem, p. 99)

⁵⁴⁰ "El estado actúa con frecuencia transgrediendo la propia ley-norma que promulga, no sólo actuando al margen de la misma sino actuando contra su propia ley. Todo sistema jurídico autoriza, en su misma discursividad, formulándolo como una variable de las reglas del juego organizado por él, el no respeto por el Estado-poder de su propia ley. Ello se llama *razón de Estado*, que en sentido estricto no sólo significa, simplemente, que la legalidad es compensada siempre por <<márgenes>> de ilegalidad, sino que la ilegalidad del Estado siempre está inscrita en la legalidad que instituye". (Ídem, p. 98)

⁵⁴¹ "Cuando quienes actúan en la cima del poder lo hacen no conforme a una norma del sistema, este comportamiento no es una *violación* de una norma precedente, sino la *producción* de una nueva norma, o sea,

marginados y excluidos. El sistema capitalista degrada la libertad de la voluntad (que implica responsabilidad para con la comunidad y la vida) en libertinaje al buscar por todos los modos la posibilidad de sostener su poder para que la sustracción de la vida de los trabajadores y el flujo de mercancías no se detenga. Pese a la frecuente embestida es virtualmente imposible que un gobierno pueda eliminar por completo la legalidad⁵⁴² basada en reivindicaciones de las masas oprimidas puesto que esto desequilibraría la sociedad o provocaría un estado de crisis que podría derivar en una revolución; sólo es posible encontrar estos sucesos en estados de guerra y aun así el derecho de guerra nos da testimonio de las necesidades de limitación que se han construido. Es en este sentido lo que nos refiere Poulantzas:

“No hay estado, por dictatorial que sea, sin ley. Y la existencia de una ley y de una legalidad jamás ha impedido el despotismo o la barbarie. Debe entenderse esa frase en el sentido, precisamente, de que <<dictadura>> designa la organización de todo Estado como orden funcional único de legalidad y de ilegalidad, de una legalidad perforada de ilegalidad”.⁵⁴³

Pero esta afrenta a la legalidad no es total, es siempre en los ámbitos jurídicos en lo que el bloque histórico en el poder siente una afrenta a sus intereses políticos, económicos, culturales etc., mientras que sostiene la legalidad irremediable en cuanto a la resistencia o posibilidad de revolución⁵⁴⁴.

una modificación del sistema, y, por tanto, el problema de la sanción, que presupone un ilícito, cae como improponible. En suma, esto no implica que un comportamiento opuesto sea siempre un ilícito; puede ser la posición de una nueva licitud en cuyo caso la sanción es jurídicamente imposible” (Bobbio, 1999, p. 118)

⁵⁴² Aún con el supuesto que señala Schmitt: “Aquí es de interés señalar que cuando la legalidad normativista de un Estado Legislativo parlamentario se transforma en un funcionalismo vacío que se limita a registrar las resoluciones de la mayoría, cualesquiera que estas sean, puede acoplarse al funcionalismo impersonal de la aspiración burocrática a la reglamentación. En esta alianza —extraña en su idea, pero fácil de comprobar, según toda experiencia práctica— entre la legalidad y el funcionalismo técnico, la burocracia prevalece a la larga como el aliado hegemónico y acaba por convertir a la ley del Estado legislativo parlamentario en la disposición del Estado administrativo burocrático.” (Schmitt, 1971, p. 22)

⁵⁴³ Poulantzas, 1980, p. 99

⁵⁴⁴ Como señala Schmitt: “El sentido último y propio del principio fundamental de ‘legalidad’ de toda la vida estatal radica en que, en definitiva, ya no se domina ni se manda, porque las normas vigentes solo se hacen valer de una manera impersonal. La justificación de este Estado está en la legalidad general de todo el ejercicio del poder estatal. El fundamento del deber de obediencia y la justificación de la supresión de todo derecho de resistencia están constituidos por un sistema de legalidad cerrado.”(Schmitt, 1971, p. 5)

Para ilustrar como se sostiene la dominación se viola la ley mediante la legitimación de la represión ilegal. Proceso que comienza con la instauración de nuevos sentidos entre la comunidad, tal como lo señala Chomsky:

“Es cierto que en casi todas las sociedades, los críticos son difamados o maltratados de diferentes maneras dependiendo de la naturaleza de la sociedad. Como en la Unión Soviética, cuando Vaclav Havel fue encarcelado, en una dependencia de los Estados Unidos como es El Salvador, al mismo tiempo sus contrapartes tendrían sus cerebros baleados por las fuerzas terroristas estatales de Estados Unidos. En otras sociedades sólo son condenados o despreciados y listo. En los Estados Unidos, uno de los términos de abuso es “anti-americano”. [...]. Estos conceptos sólo surgen en una cultura donde, si criticas el poder del Estado, y por Estado me refiero de una manera general, no solo el gobierno sino el poder corporativo del Estado; si criticas el poder concentrado, estás en contra de la sociedad, estás en contra del Pueblo”.⁵⁴⁵

En cuanto a nosotros queremos agregar que el poder político se encuentra sometido (o en constante intento de sometimiento) al capital, y en conjunto subsumen el resto de los campos, instrumentalizando, desnaturalizando o proscribiéndolos (como a la reflexión moral). Y, del mismo modo que lo plantea Lassalle (1931, p. 152), a nosotros también nos gustaría que la ley imperara sobre el poder institucionalizado; pero no es un deseo nuestro lo que sucede sino una situación de hecho en la modernidad (y de otros modos, aunque similar en cuanto a la opresión, en los sistemas socioeconómicos previos). Este sometimiento vincula a lo político, económico o jurídico el tratamiento de estos fenómenos. También pensamos que en un sistema más allá de la modernidad puede existir el ideal que plantea Lassalle: “sólo en una democracia popular reside el derecho, *en toda su plenitud*, y en ella residirá también pronto, *en toda su integridad el poder*”⁵⁴⁶.

No son la única clase que busca afectar o defenderse de la legalidad, puesto que también los dominados pueden establecer desde sistemas jurídicos propios. En este caso la resistencia es un elemento importante a tener en consideración y desarrollar, por el momento lo dejaremos apuntado con las apreciaciones de Rivera Maldonado:

⁵⁴⁵ Hutchison & Nyks, 2015

⁵⁴⁶ Lassalle, 1931, p. 156

“En este sentido, la resistencia, que en otras épocas ‘era el único instrumento en poder de la gente para evitar los excesos de parte de sus gobernantes’ hoy debe concebirse como un mecanismo legítimo de reivindicación de derechos que permite combatir situaciones de opresión, pobreza y exclusión”⁵⁴⁷

Matizando: nosotros consideramos que los proceso de resistencia como de ofensiva buscan imponer o el consenso de sus normas o sistemas jurídicos, obligando a ceder al grupo dominante, provocando su reacción preventiva, o apelando directamente a la comunidad. En lo único que no concordamos con Rivera Maldonado es en que la resistencia al tiempo que constituye derecho es en sí mismo un sistema jurídico social (aunque en el peor de los casos sólo sean ideas jurídicas). Por ello si bien es cierto que es imprescindible crear el derecho a la resistencia no es menos cierto que la resistencia crea ámbitos de otra legalidad. Sin duda el tema de la resistencia así como el de la revolución (y su contraparte en la reacción-restauración) son parte de los fenómenos más importante para entender gran parte de las modificaciones jurídicas a lo largo de la historia, quede hasta aquí el apunte.

5.5. La dialéctica poder ley

En esta propuesta de marco categorial es necesario aproximarnos a formas más complejas y dinámicas de desarrollo de lo jurídico. El propósito de este trabajo es esbozar un marco categorial coherente y que integre críticamente las escuelas clásicas en una interpretación del Derecho desde la filosofía de la liberación. Será un esfuerzo posterior donde nos avoquemos a la profundización.

En un primer momento nos preocupa el entendimiento del origen y los alcances de las normas jurídicas, sobre todo frente a la idea de la estructura escalonada de las leyes⁵⁴⁸, pareciera que todo el sistema jurídico estatal (y sus leyes) pueden entenderse a partir de la “norma fundante” sin que para ello tenga que remitirse a nada más (incluyendo la *iurisdictio* y por ende entenderse la justicia por lo que es conforme a la ley). Ya hemos

⁵⁴⁷ Rivera Maldonado, 2009, p. 101

⁵⁴⁸ Kelsen, 1960, p. 232

hablado de la *lex* y esbozado algo de la *iurisdictio* sin embargo aún no nos aproximamos a la forma cotidiana en que se dan estos fenómenos y el modo en que se implican con los fenómenos políticos.

Planteado el alcance y la perspectiva, de entre la resistencia (a la cual nos referiremos respecto al derecho), revolución (que de alguna manera se abordó en la parte de Asamblea Constituyente), alcances de lo legislativo (que ya más o menos hemos abordado), alcances de lo judicial (que excede a esta obra) y la revolución pasiva, nos aproximaremos a ésta última puesto que aunque más o menos señalada consideramos que abarca temas que no hemos tocado en otros marcos y que ayuda a la organicidad del marco categorial.

Ahora pasaremos a exponer lo relativo a la revolución pasiva y la ley.

No es un secreto que el tema de la correlación de fuerzas y su vinculación con las leyes y los poderes fue objeto del análisis de Marx en varios de sus artículos y panfletos. El planteamiento de la “lucha de clases”⁵⁴⁹ como motor de la historia es el “teatro de guerra” en el que se internan nuestros análisis. Probablemente sobre este punto es uno de los temas que más apasionaron los debates y hay innumerables aportes gigantes, no pensamos que podamos abonar en este ámbito mucho sino acaso en algunos de los fenómenos derivados. Y hasta en estos los hacemos de la mano de pensadores revolucionarios (en sentido teórico y práctico) como lo fue Gramsci, concepto muy distinto al de Semo⁵⁵⁰ con el que no concordamos.

Ya Lassalle había señalado el marcado sentido de conflicto en la Constitución, tanto en la acepción material como escrita:

⁵⁴⁹ Aunque también sobre de estas hay aportes novedosos, como el de Dussel.

⁵⁵⁰ “Concepto sociológico que se usa para designar el intento de una elite a través del uso del Estado, del Gobierno, para introducir reformas de gran envergadura, profundas, en la economía y en la estructura social de un país, sin recurrir para ello ni a la opinión ni a la participación de los gobernados, sino manipulando a los gobernados y administrando los efectos sociales de estas reformas económicas. Eso es lo que se llama una revolución pasiva. Es una revolución porque indudablemente cambia la estructura de un país y es pasiva para las masas, para el pueblo, para la mayoría de la gente porque nadie les pregunta si quieren o si no quieren participar sino que se les van imponiendo los cambios.” (Semo, 2003)

“He ahí, pues, señores, lo que es, en esencia, la Constitución de un país: la suma de los *factores reales de poder* que rigen en ese país. [...]”

Se cogen esos factores *reales* de poder, se extienden en una hoja de papel, se les da expresión *escrita*, y a partir de este momento, incorporados a un papel, ya no son simples factores *reales* de poder, sino que se han erigido en *derecho*, en instituciones *jurídicas*, y quien atente contra ellos atenta contra la ley, y es castigado”⁵⁵¹

La ambigüedad en la que plantea el tema Lassalle nos es útil para evitar interpretaciones reduccionistas (como la marxista ortodoxa de entender que el Estado y el Derecho son una expresión de la voluntad de la clase dominante, o la formalista de pensar que el Derecho es simplemente la voluntad del general vía el legislador). Nos permite situarnos en una situación de conflicto propia de las sociedades modernas (capitalistas). Consideramos que en una Constitución se establecen elementos normativos de lo político al tiempo que las aspiraciones jurídicas de una sociedad (que de no ser resueltas se salen de la normatividad estatal y se tornan también ingobernables⁵⁵²), además de lo económico; al estar una sociedad en conflicto lo que se integra en la Constitución es la correlación de hecho entre las fuerzas políticas, qué tanto sus ideas o sistemas jurídicos o políticos prevalecieron sobre los de las otras clases en pugna o aliadas. Siempre se trata de Estados únicos en sus particularidades⁵⁵³. Por ello las interpretaciones unívocas de la “voluntad general” o la “intención del legislador” son imposibles, es necesario siempre entender la situación social, la deóntica de las clases en pugna y situación geopolítica en que se ubica.

Al mismo tiempo esta correlación de fuerzas no es sólo fusión (a veces muy forzada) de voluntades sino también de límites, de modo que se establecen sistemas peculiares de derecho a lo largo de la historia de los estados divididos en clases sociales. Tal como lo señala Poulantzas: “Si lo individual-privado no es un límite sino el canal

⁵⁵¹ Lassalle, 1931, pp. 64–65

⁵⁵² Como señala Bobbio: “una sociedad se vuelve más ingobernable en cuanto más aumentan las demandas de la sociedad civil y no aumentan paralelamente la capacidad de las instituciones para responder a ellas. Más aún: la capacidad de respuesta del Estado ha alcanzado límites quizá insuperables (de donde proviene el tema, por ejemplo, de la “crisis fiscal”). Estrechamente relacionado al tema de la gobernabilidad aparece el tema de la legitimación: la ingobernabilidad produce crisis de legitimidad.” (Bobbio, 1989, p. 44)

⁵⁵³ “Así, cada tipo de Estado resulta adecuado para cada una de las distintas tendencias políticas internas” (Schmitt, 1971, p. 5) y, agregaríamos, de sus tendencias jurídicas y económicas internas.

mismo del poder del Estado moderno, ello no significa que este poder no tenga límites reales, sino que estos límites no provienen de ningún carácter natural de lo individual-privado: provienen de las luchas populares y de las relaciones de fuerzas entre clases, porque el Estado es también la condensación material y específica de una relación de fuerza, que es una relación de clase⁵⁵⁴. Y pone como ejemplos: la democracia, misma que “constituye también una barrera al poder que conservará su importancia, sin duda, mientras duren las clases y el Estado”⁵⁵⁵; y “los derechos del hombre y del ciudadano que no son una conquista del individuo frente al Estado, sino una conquista de las clases oprimidas”⁵⁵⁶. De este modo la Constitución material y formal (y por ende las leyes complementarias) están en vinculación permanente.

Una de las categorías que nos permiten aproximarnos es la de Revolución Pasiva⁵⁵⁷ que Gramsci retoma de Cuoco⁵⁵⁸ (quien sólo la menciona al paso), profundizándola. De acuerdo con Modonesi la categoría revolución pasiva se refiere a lo siguiente:

“La revolución pasiva es siempre un movimiento de reacción desde arriba, de “contragolpe”, lo cual implica –subordina y subsume– la existencia de una acción previa desde abajo, sin que esto necesariamente desemboque en la simplificación dicotómica revolución-contrarrevolución; los dos

⁵⁵⁴ Poulantzas, 1980, pp. 82–83

⁵⁵⁵ Ídem, p. 83

⁵⁵⁶ Ibídem

⁵⁵⁷ De acuerdo con Modonesi tiene su origen en: “Escoge la palabra revolución –con toda la carga polémica que implica la elección de dicho término y asumiendo una versión amplia, descriptiva y no político-ideológica del concepto– y el adjetivo pasiva, a fin de distinguir claramente esta específica modalidad de revolución, no caracterizada por un eficaz movimiento subversivo de las clases subalternas sino, por el contrario, como contramovimiento de las clases dominantes que impulsa un conjunto de transformaciones objetivas que marcan una discontinuidad significativa y cambios importantes pero limitados y orientados estratégicamente a garantizar la estabilidad de las relaciones fundamentales de dominación.” (Modonesi, 2016)

⁵⁵⁸ “En este sentido la dirección política se ha convertido en un aspecto de la función de dominio, porque la absorción de las elites de los grupos enemigos lleva a la decapitación de estos y a su aniquilación por un periodo a menudo muy largo. En la política de los moderados aparece claramente que puede y debe haber una actividad hegemónica incluso antes de llegar al poder, y que no se tiene que contar solo con la fuerza material que da el poder para ejercer una dirección eficaz; precisamente la brillante solución de estos problemas ha posibilitado el *Risorgimento* en las formas y con los límites que ha tenido, sin «terror», como «revolución» sin «revolución», o sea, como «revolución pasiva», por utilizar una expresión de Cuoco en un sentido un poco distinto del que él le da.

¿En qué formas y con qué medios consiguieron los moderados asentar el aparato (el mecanismo) de su hegemonía intelectual, moral y política? En formas y con medios que se pueden llamar «liberales», es decir, por medio de iniciativas individuales, «moleculares», «privadas» (no mediante un programa de partido elaborado y constituido según un plan antes de la acción práctica y organizativa). Por lo demás, eso era «normal», dada la estructura y la función de los grupos sociales representados por los moderados, de los cuales los moderados eran la capa dirigente, los intelectuales en sentido orgánico.” (Gramsci, 1980, p. 487)

polos planteados por Gramsci son mucho más matizados, en tanto que se hallan relacionados dialécticamente. [...]

En relación con la génesis de la revolución pasiva, Gramsci anota, como ya lo vimos, que se trata de reacciones de las clases dominantes al “subversivismo esporádico, elemental e inorgánico de las masas populares”, reacciones que “acogen cierta parte de las exigencias populares”.

En el inicio del proceso está entonces una acción desde abajo –aunque sea limitada y no unitaria–: la derrota de un intento revolucionario o, en un sentido más preciso, un acto fallido, la incapacidad de las clases subalternas para sostener un proyecto revolucionario (jacobino o típico o desde abajo, según sean los énfasis que encontramos en distintos pasajes de los Cuadernos), aunque sí son capaces de esbozar o amagar un movimiento que resulta amenazante o que aparentemente pone en discusión el orden jerárquico. En efecto, si bien el empuje desde abajo no es suficiente para una ruptura revolucionaria, basta para provocar u obligar a una reacción que desde arriba impone ciertos cambios sustanciales –además de otros aparentes– e incorpora y satisface algunas de las demandas.”⁵⁵⁹

Al mismo tiempo se trata de momentos en que las clases dominantes buscan “resolver” parte de las demandas con la explosión de conflictos antes de que escalen hasta proporciones revolucionarias. Convirtiéndose algunas en verdaderos contrapesos jurídicos y políticos⁵⁶⁰. De este modo se integra en la institución normas jurídicas que provienen de la masa, sin que sean estrictamente normas jurídicas para aumentar la dominación⁵⁶¹. Son estas normas las que revisábamos en el pasaje pasado en cuanto a la ofensiva del estado en contra de normas que no provienen de la iniciativa del capital o las clases aliadas, el estudio histórico de estas normas nos arroja otro punto de vista que no es el político ni sociológico, precisamente porque historia normativa⁵⁶². Consideramos

⁵⁵⁹ (Modonesi, 2016)

⁵⁶⁰ Como los que señala Rivera Maldonado: “Así, la existencia de mecanismos como el sistema de frenos y contrapesos; las elecciones periódicas; las formas de participación directa como el referéndum y el plebiscito; el juicio de amparo; la institución del denominado ombudsman y de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos, etc., intentan reducir las posibilidades de que el derecho se convierta en un instrumento opresivo.”(Rivera Maldonado, 2009, p. 101)

⁵⁶¹ En el mismo sentido en que señala Poulantzas: “La ley capitalista es, de cierta forma, el *amortiguador* y el *canalizador* de las crisis políticas, de manera que no provoquen crisis efectivas de Estado” (Poulantzas, 1980, p. 107).

⁵⁶² Como nos lo señala Bobbio: “Indudablemente hay un punto de vista normativo en el estudio y en la comprensión de la historia humana: es el punto de vista según el cual las civilizaciones se caracterizan por los ordenamientos de reglas dentro de los cuales están contenidas las acciones de los hombres que en ellas han participado.

La Historia se nos presenta como un conjunto de ordenamientos normativos que se suceden, se superponen, se contraponen y se integran. Estudiar una civilización desde el punto de vista normativo significa, en últimas,

que la noción Gramsciana articula también el planteamiento de Poulantzas respecto al derecho:

“Pero el derecho capitalista regula igualmente el ejercicio del poder con respecto a las clases dominadas. Frente a la lucha de la clase obrera en el plano político, este derecho organiza el marco de un equilibrio permanente de compromiso impuesto a las clases dominantes por las clases dominadas. Regula también las formas de ejercicio de la represión física. Este sistema jurídico, estas libertades <<formales>> y <<abstractas>>, son también [...] conquistas de las masas populares. En este sentido, y sólo en este sentido, la ley moderna *plantea los límites* del ejercicio del poder y de la intervención de los aparatos de Estado. Este papel de la ley depende de la relación de fuerzas entre las clases y esboza también una barrera al poder de las clases dominantes, impuestas por las clases dominadas, lo cual se ve con claridad en los casos de abolición de ese papel del derecho en las formas de Estado capitalistas de excepción (fascismo, dictaduras militares). Así es como la ley, en el sentido moderno, ha intervenido: no contra la violencia del Estado (ley contra el terror), sino con un papel organizador, en su texto mismo, del ejercicio de la violencia, habida cuenta de la resistencia de las masas populares. La axiomática jurídica [...] aún expresando una relación de fuerzas entre clases, constituye igualmente el soporte de un cálculo estratégico, porque incluye, en las variables de sus sistema, el factor resistencia y lucha de las clases dominadas.”⁵⁶³

El hecho de que no sean “verdaderas” revoluciones, no significa que sean procesos pacíficos o que pasen socialmente desapercibidos⁵⁶⁴. Es un proceso en el que se generan situaciones de *impasse* en que ninguna de las dos fuerzas puede borrar absolutamente a la otra del mapa⁵⁶⁵, aunque al fin sostienen el *statu quo*⁵⁶⁶. En este sentido lo que en un momento dado pudo haber representado un “daño y peligro”⁵⁶⁷ mortal al sistema jurídico y político dominante es un proceso que bien podría considerarse

preguntarse cuáles acciones en esa determinada sociedad, fueron prohibidas, descubrir la dirección o las direcciones fundamentales hacia las cuales se dirigió la vida de cada individuo” (Bobbio, 1997, p. 4)

⁵⁶³ Poulantzas, 1980, pp. 107-108

⁵⁶⁴ “Para tenerlo claro, una revolución pasiva no se refiere a acciones que son literalmente pasivas. El proceso de la revolución pasiva puede ser violento y brutal, los resultados ni predeterminados ni inevitables.”

⁵⁶⁵ “Por lo tanto hay una dialéctica de la revolución y restauración que es bloqueada en una situación de revolución pasiva porque ni las antiguas ni las nuevas clases se hacen hegemónicas.” (Morton, 2013)

⁵⁶⁶ “Los sistemas políticos se aglutinan también en virtud del hecho de que los comportamientos antagónicos de sus actores, funcionan como *comportamientos reequilibradores* que chocan, se compensan o se frenan uno a otro” (Sartori, 2000, p. 170)

⁵⁶⁷ En el sentido de esta expresión: “los conceptos de *daño* y *peligro* adquieren un nuevo significado. Éstos, más que ser la destrucción de un bien determinado, la perturbación del interés concreto o la relevante posibilidad de verificar un daño concreto, representan la destrucción, perturbación o posible daño del sistema jurídico considerado en su conjunto” (Rojas Amandi, 2008, p. 131).

una fuente real, histórica y formal del derecho; y que reafirma la función del derecho de mantener la cohesión social, de establecer límites de la comunidad⁵⁶⁸ (sin que pensemos que sea neutral y justa en sí⁵⁶⁹, tampoco creemos que sea absolutamente corrupto). Procesos todos en los que se pelea la legitimidad de las mayorías entre las fuerzas beligerantes⁵⁷⁰.

⁵⁶⁸ Y en este sentido podemos retomar críticamente lo que dice Rojas Amandi: “Todo orden jurídico que pretenda ser eficaz debe servir como instrumento para garantizar y estabilizar los factores reales del poder imperantes en una época y en un país determinados. Así, la historia muestra que las leyes finalmente se transforman para reflejar los nuevos intereses y necesidades sociales.” (Ídem, p. 153)

⁵⁶⁹ “Al abandonarse los presupuestos del Estado legislativo democrático y parlamentario, es natural que se cierren los ojos ante la situación constitucional concreta y que para salvar el sistema de la legalidad, se permanezca aferrado a un concepto de ley funcionalista y formal, absolutamente neutral en cuanto a los valores”. Entonces, la “ley” es tan solo la resolución momentánea de la mayoría parlamentaria del momento.” (Schmitt, 1971, p. 39)

⁵⁷⁰ “De aquí la frecuente afirmación de que la solución de una crisis grave que amenaza la sobrevivencia de un sistema político debe buscarse ante todo en la sociedad civil, donde se pueden encontrar nuevas fuentes de legitimación, y por tanto nuevos espacios de consenso” (Bobbio, 1989, p. 45)

Capítulo § 6.

El Otro y la posibilidad de un derecho de la liberación

“El derecho, que es por un lado la prosa, se trueca por la idea en poesía, porque la lucha por el derecho es, en verdad, la poesía del carácter.”⁵⁷¹

En este último apartado comenzaremos las conclusiones de nuestro trabajo. Antes es necesario, dentro de nuestro análisis de lo jurídico hacer más evidente el papel de la praxis, además la referencia al Otro como sujeto que interpreta las normas del sistema dominante y que también es parte de la comunidad (como la parte negada de la comunidad en el capitalismo), aspirando a recuperar su capacidad de establecer tanto su voluntad como sus límites o de recuperar su vida del capital.

El marco categorial no quedaría bien esbozado sin este complemento crítico y deconstructivo, aunque ciertamente no nos alcanza el análisis más que para esta introducción.

Habíamos evitado el uso de la palabra del derecho para evitar tergiversaciones conceptuales. Consideramos que lo normativo en la comunidad buscaba la protección de la proximidad, la vida, la comunidad. Ahora nos enfrentamos a algunas de sus acepciones que es importante analizar.

Es clásica la distinción entre derecho objetivo y subjetivo, dicotomía que se antoja inamovible desde el plano del formalismo. No es más “objetiva” una comunidad que determina un derecho, puesto que lo hace pensando en necesidades y deseos que están situados en el tiempo y el espacio, tampoco lo es estrictamente la formulación escrita porque, aunque es cierto que se “separa” (se vuelve ente, se instituye, se cosifica), no deja de ser parte de lo jurídico (ontológico) y en este sentido el proceso de *iurisdictio* y ejecución lo modifica. Un proceso similar al del capital. Por ello es más preciso decir que son instituciones intersubjetivas que generan una objetividad pública (es decir los fenómenos que se desenvuelven son “objetivos” y no separadamente). No está de más

⁵⁷¹ Von Ihering, 1921, p. 24

precisar que desde la categoría de mundo nos alejamos de una interpretación de lo humano como posiblemente separable entre objetividad y subjetividad (incluso la naturaleza, su objetividad nos viene mediada siempre por lo que siempre estamos buscando su ser en sí autónomo, en el cosmos).

Si lo objetivo deviene institución intersubjetiva de lo jurídico, ¿qué es entonces el “derecho subjetivo”? , nosotros consideramos que se integra en la Filosofía de la Liberación como categoría-praxis jurídico-ética (normativa al fin), pero sólo con la acepción derecho. En cuanto al “objetivo” es a lo que nos hemos ido refiriendo como normas y sistemas jurídicos. Pero antes de poder integrar esta categoría a nuestro análisis es necesario tocar someramente tres temas: La justicia, la fetichización de lo jurídico y el Otro.

6.1. La pretensión de justicia

La naturaleza de este trabajo nos impide profundizar todo lo que quisiéramos en este tema tan complejo. Por el momento consideramos nos atenderemos a las aportaciones del Dr. Enrique Dussel que son profundas y concordantes con el planteamiento general de la Filosofía de la Liberación. El trabajo de Dussel es una muestra de las diversas interpretaciones del marxismo latinoamericano heterodoxo que recupera autores fuera del marxismo para nutrir su análisis. Por el momento nos atenderemos a las definiciones por él planteadas y que se desarrollan en el marco de la Filosofía de la Liberación.

Dussel deriva de la categoría ética *pretensión de bondad* la *pretensión política de justicia*⁵⁷², Sobre la palabra pretensión Dussel nos aclara:

“Por *pretensión* (*claim, anspruch*) debe entenderse, en un sentido aproximado al habermasiano, que la acción realizada o la institución fundada performativamente actualizada como funcionando según sus exigencias (con *pretensión de rectitud*, entonces), puede justificarse si alguien pidiera que se explicitasen las razones que explican la toma de decisión que intentaba efectuarse. Es decir, se

⁵⁷² Dussel, 2009, p. 514

<<pretende>> o <<se está dispuesto>> a dar razones y a modificar la decisión tomada si alguien mostrara que hay mejores razones para realizarla de otra o de mejor manera. Tener la actitud ante la acción que denominamos <<pretensión de bondad>> no es lo mismo que decir que la acción <<es buena>>.”⁵⁷³

Y en cuanto a la justicia Dussel se refiere a ella con un contenido crítico del orden político vigente, al señalarla como incluyente de:

“la responsabilidad por el Otro, la solidaridad con <<la viuda, el huérfano y el pobre>> o el extranjero. [...]. En el origen, la comunidad humana guardaba una <<justicia>> (*tzdaká*) sin dominación. Rota esta primigenia igualdad es necesario hacerse cargo del Otro destituido, procurar por su vida (*Tzduká*). En este último caso, <<justicia>> no es ya un mero cumplir con la ley, con el derecho, con lo exigido por el orden establecido.”⁵⁷⁴

Y en cuanto a la justicia política (retomando los planteamientos aristotélicos):

“El tipo pleno de acto público, institucional, del ciudadano en tanto se <<ajusta>> a las exigencias normativas tantas veces indicada, pero no a una de ellas, sino a todas sinérgicamente articuladas en un todo sincrónico.”⁵⁷⁵

Las exigencias normativas a las que se apela están vinculadas con las exigencias materiales, formales democráticas y de factibilidad; nociones todas que Dussel se dedica a desmenuzar en los dos volúmenes (de los tres planeados) de la *Política de la liberación*.

En cuanto a lo jurídico podemos indicar que es mediante la praxis en el campo de lo jurídico que se persigue, reclama, construye la justicia. También consideramos que es mediante la categoría derecho que se subsume en el campo jurídico la *pretensión de justicia*, faltaría estudiar si es posible y qué características tendría la pretensión jurídica de justicia, pero esto sería tema de un trabajo específico que esperamos poder elaborar.

⁵⁷³ *Ibidem*

⁵⁷⁴ *Ídem*, p. 517

⁵⁷⁵ *Ídem*, pp. 517-518

6.2. La fetichización de lo jurídico

“Se dice que toda acción política implica el reconocimiento del estado de cosas existente”⁵⁷⁶

No podíamos exponer al principio la fetichización de lo jurídico, en su nivel ontológico, puesto que este tema tiene que ver con la interpretación crítica. Por ello integramos la crítica a las expresiones ónticas al referirnos a las diversas manifestaciones fetichizadas de lo jurídico, político o institucional; ahora es tiempo de establecer una síntesis a partir de lo cual nos aproximaremos (negativamente) al sentido de Derecho que queremos proponer-delinear. Como la parte argumentativa ya ha sido expuesta, nos detendremos apenas lo elemental en la síntesis.

Explicitamos la fetichización y le trataremos de dar una síntesis, con el objetivo de expresar dos cosas importantes para la interpretación: 1) lo jurídico cumple una función imprescindible para la sociedad y no se le puede tomar en un sentido negativo “por naturaleza”⁵⁷⁷, 2) la fetichización tiene un carácter histórico y aunque siempre será una probabilidad (es decir más concreto que lo posible) no quiere decir que por ello es una fatalidad la forma específica que encontramos en nuestra época.

En la interpretación que seguimos vamos a aproximarnos a la noción de fetichización en Dussel para aproximarnos a su conceptualización general en el derecho:

“La totalidad, el sistema, tiende a totalizarse, a autocentrarse, y a pretender, temporalmente, eternizar su estructura presente; especialmente, a incluir intrasistémicamente a toda exterioridad posible. Como portador de un hambre infinita, el fetiche pretende instalarse para siempre en una insaciable antropofagia. La proximidad del cara-a-cara desaparece porque el fetiche devora a su madre, a sus hijos, a sus hermanos... La totalidad totalizada, cíclope o *Leviatán* en la tierra, mata a cuantos rostros ajenos le interpelan hasta que al final, después de larga y espantosa agonía,

⁵⁷⁶ (Engels, 1871)

⁵⁷⁷ Y ahora sí podemos recuperar plenamente la cita de Poulantzas: Lo normativo (lo jurídico) como la ley, no es malo en su naturaleza sino una necesidad de limitar que también delimita las acciones positivas de la comunidad (las formas). A este efecto recordamos lo que dice Poulantzas: “Ya desde el derecho grecorromano [y podríamos decir que desde antes, con Dussel], la ley emite también mandatos positivos” (Poulantzas, 1980, p. 96)

desaparecerá tristemente de la historia no sin antes sellar con injusticias sin número sus últimos días.”⁵⁷⁸

Y expresión que delinea más adelante:

“Llamamos fetichización al proceso por el que una totalidad se absolutiza, se cierra, se diviniza. [...] El fetichismo es la muerte de la totalidad, del sistema, del discurso.”⁵⁷⁹

El tema de la fetichización Marx lo generó en la economía, pero es un concepto con el que no podemos aproximar a otros fenómenos de los diversos campos prácticos. En lo jurídico lo hemos señalado en diversos momentos:

1. En la voluntad individual que se totaliza y asume a la comunidad o a sus integrantes como mediación para satisfacer sus necesidades o deseo, que son las actividades contra las que se erige lo jurídico.
2. En los sistemas jurídicos que intervenidos por clases dominantes establecen un derecho de una clase que se asume, e impone, como la expresión de la comunidad.
3. En la conformación o desarrollo de la función legislativa que al seguir los intereses de la un grupo o clase dominante suplanta y tergiversa el *nomos* para instituir normas jurídicas de clase haciéndolas pasar por comunitarias.
4. En la ideas jurídicas formalistas que, tomando todo lo anterior en cuenta, hacen pasar la formalidad del contenido de la norma jurídica y el proceso mediante el cual se promulga por la materialidad de lo jurídico sustentando el sometimiento la legitimidad a la legalidad.

Hasta aquí las más importantes aunque hemos señalado otras. También queremos señalar que nos hace falta un desarrollo más profundo de la *iurisdictio* en el que podamos señalar plenamente sus manifestaciones y formas de fetichización en las diferentes formaciones económico-sociales.

⁵⁷⁸ Dussel, 2011, p. 91

⁵⁷⁹ Ídem, pp. 154–155

Aproximándonos a nuestro tema de lo jurídico, en un estudio sobre las instituciones Dice René Kaës:

“... la alienación es el momento en que lo instituido domina lo *instituyente*: ‘La alienación es la autonomización, la dominancia del momento imaginario en la institución, que produce la autonomización y la dominancia de la institución respecto de la sociedad. Esta autonomización de la institución... supone también que la sociedad vive sus relaciones con las instituciones en el modo de lo imaginario; dicho de otra manera, no reconoce en lo imaginario de las instituciones su propio producto (Castoriadis, 1975, pág. 184)”.⁵⁸⁰

Ahora bien, en cuanto a lo que nos truje podemos señalar que la fetichización en lo jurídico tiene que ver fundamentalmente con cuatro cosas:

1. La totalización de la voluntad individual como transgresora de la comunidad, fetichización originaria, aunque minoritaria, frente a la que se erige la *ius-lex*. En contraparte, en el caso de la corrupción de los pueblos⁵⁸¹, se puede hablar también de la comunidad contra individuos o minorías, ya sea mediante la sanción “por su ser” o el establecimiento de normas que “castren” su desenvolvimiento. En este caso del *nomos* al *ius-lex* hay una continuidad de reacción normativa contra la fetichización de la voluntad.
2. La totalización de la voluntad de un grupo, al pensar o concebir que su noción de límite de la voluntad es el de la comunidad o que “debe” controlarla para “normarla”. Voluntad que transgrede el carácter normativo-comunitario del derecho⁵⁸² para negar la voluntad de vivir del otro. Es la imposición del derecho como control político⁵⁸³ que permea a la modernidad, en un “Estado de Derecho”

⁵⁸⁰ Kaës et al., 1989

⁵⁸¹ Al paso queremos señalar que Mientras que Dussel nos plantea que los pueblos pueden ser corrompidos, Schmitt nos habla de que no se puede presuponer otra cosa que la bondad: “No existe ninguna democracia sin el presupuesto de la bondad del pueblo y de que, por tanto, su voluntad constituye un móvil suficiente.” (Schmitt, 1971, p. 37); pensamos que a la luz del fenómeno del fascismo o del ascenso de Donald Trump no hay posibilidad para presuponer la bondad absoluta de los pueblos.

⁵⁸² Y en este sentido se vacía de verdadero significado para instituir pura ideología de dominación como nos señala Poulantzas: “El imperio de la ley capitalista está fundado sobre el vacío del significante en torno a ella” (Poulantzas, 1980, p. 103).

⁵⁸³ Y aquí podemos incorporar críticamente la afirmación de Bobbio: “la esencia del derecho es *permitir* y no ya mandar” (Bobbio, 1999, p. 83).

se instrumentaliza para despolitizar a los oprimidos⁵⁸⁴. Es la fetichización de la interdependencia jurídico-política (o económica) en la que se reduce el derecho al interés o voluntad de una clase.

3. La totalización de los elementos secundarios del derecho, en este caso nos referimos a la forma escrita de lo jurídico (importante más no indispensable o no presente en todos los sistemas del mismo modo que en el romano-germánico) a sus leyes o la interpretación que se hace de estas, para “legitimarlos” y propagar esta totalización, ya ideologizante, como la forma de interpretar y tomar lo jurídico⁵⁸⁵. Esta totalización tiene que ver también con suponer que el del estado es lo único jurídico⁵⁸⁶ o el fundamento de lo jurídico, con lo que se pretende reducir el fenómeno y campo al sistema hegemónico o dominante. Es la fetichización del carácter formal⁵⁸⁷ o institucional⁵⁸⁸ de lo jurídico, que si bien es predominante no es unívoco⁵⁸⁹.

⁵⁸⁴ Confesión de parte sobre la utopía de la burguesía que encontramos en Rojas Amandi: “En un estado de derecho se tiende a reducir la legitimidad a legalidad” (Rojas Amandi, 2008, p. 202)

⁵⁸⁵ Forma que nos parece retratada en la siguiente afirmación: “El derecho, como ideal objetivo racional de relaciones sociales, ha llegado a constituir un sistema lógico-jurídico, capaz de valerse por sí mismo, sin referencia a problema empírico alguno de relaciones sociales. [...] el sistema jurídico debe fungir como el *a priori* que sirve de base estructural para organizar todo tipo de relaciones sociales dentro de un plan unitario y perfectamente calculable.” (Ídem, pp. 130-131).

⁵⁸⁶ Noción que puede derivar en la confusión que critica Schmitt: “Ya no era posible distinguir entre “ley” y “medida”. Toda orden pública o secreta podía ser denominada ley porque era dictada por las autoridades estatales; su probabilidad de obediencia forzosa no era menor, sino quizá aún mayor que la de estipulaciones aclamadas y proclamadas en público tras las discusiones más complicadas. De una filosofía jurídica semejante no podía surgir una terminología y un vocabulario del que hubiera podido abstenerse una palabra alemana para *nomos*” (Schmitt, 2005, p. 59)

⁵⁸⁷ Y de este modo podemos recuperar la afirmación de Schmitt: “Si se priva al concepto de ley de toda relación de contenido con la razón y la justicia, conservándose al mismo tiempo el Estado legislativo con el concepto de legalidad que le es específico, el cual concentra en la ley toda la majestad y la dignidad del Estado, entonces toda ordenanza de cualquier especie, todo mandato y toda disposición, toda orden a cualquier oficial o soldado y toda instrucción con creta a un juez en virtud de la “soberanía de la ley”, puede hacerse legal y jurídica mediante una resolución del Parlamento o de otra instancia que participe en el proceso legislativo. Lo “puramente formal” se reduce entonces a la palabra vacía y a la etiqueta de “ley”, perdiendo su conexión con el Estado de Derecho. Toda la dignidad y la majestad de la ley dependen exclusiva e inmediatamente, y en realidad con una significación y una efectividad jurídica positiva e inmediata, de esta confianza en la justicia y en la razón del legislador mismo y de todas las instancias que participan en el proceso legislativo.” (Schmitt, 1971, pp. 31-32)

⁵⁸⁸ “En la crisis institucional la institución se vuelve burocrática, autorreferente, opresora, no funcional. Es necesario transformarla o suprimirla. El fetichismo institucional es un apagarse a la institución como si fuera un fin en sí”. (Dussel, 2006, p. 57)

⁵⁸⁹ Fetichización unívoca que nos parece retratada en la siguiente afirmación: “En principio, es válido afirmar que en el Estado de derecho, el derecho debe preceder al hecho, con lo cual se quiere decir que la relación normal entre realidad y derecho se invierte, pues si la valoración antisocial de un hecho es el presupuesto necesario para regularlo jurídicamente, cuando aparece el Estado de derecho los términos cambian y el objetivo es que la

4. Hay una totalización de las ideas jurídicas, cuando se pretende extender lo jurídico a todo tipo de relaciones sociales, por ejemplo: “El estado de derecho aspira a que el derecho se convierta en el equivalente general de validez de todo tipo de relaciones sociales”⁵⁹⁰. Formalismo contra el que Schmitt dedicó importantes críticas⁵⁹¹.

La totalización encubre al otro, al marginado, al explotado. El pobre, el indígena, la mujer, el extranjero son reducidos a fórmulas limitativas o discriminatorias en las leyes totalizadas para sostener su explotación. Por ello en su calidad de exterioridad del sistema son quienes pueden criticarlo-transformarlo con una revolucionaria pretensión política de justicia; quienes pueden construir un sistema más justo. Es esta crítica-praxis la que enuncia a lo largo de las épocas el derecho como subsunción de la justicia en el campo jurídico, aunque claramente vinculado a la ética.

Es momento de llegar a la última idea que cierra la cohesión de este desarrollo y al mismo tiempo mantiene abierto nuestro marco categorial para futuras investigaciones y deconstrucciones.

6.3. El Otro y el Derecho

En el umbral de abordar el tema que sigue, no queremos dejar de afirmar que esta es una aproximación en un marco categorial que deberá ser reelaborado durante los próximos años en sucesivos trabajos. No dejamos de tener pretensión de verdad pero somos claros de nuestros aún cortos alcances.

valoración jurídica de un hecho se convierta en el presupuesto para la valoración social, apareciendo valorado como un hecho antisocial en virtud de considerársele un hecho antijurídico”. (Rojas Amandi, 2008, pp. 129-130).

⁵⁹⁰ Ídem, p. 213

⁵⁹¹ Por ejemplo Schmitt critica el sentido de “confianza” en el legislador (“desligada de toda relación de contenido con el derecho y la justicia”, (Schmitt, 1971, p. 27), como presupuesto para el estado legislativo como estado de derecho. Después de describir como esta teoría es la que fundamenta, y hasta donde, las constituciones modernas plantea que ha sido posible gracias a el planteamiento denominado “positivismo” que a su juicio: “pero hoy ya no engaña esta palabra, toda vez que ese formalismo incondicional no es más que una exigencia de sometimiento fundada en motivos puramente políticos y una pura negación de todo derecho de resistencia, fundada también en motivos políticos.” (Ídem, p. 33)

Como primer parte de este estudio nos remitiremos al origen de la palabra Derecho, de acuerdo al trabajo de García-Hernández al que ya habíamos aludido antes:

“*Ius*, palabra de concepto importante, pero de exigua entidad fónica, comenzó a ceder su posición al final de la Antigüedad al neologismo *directum* (*derectum*); éste, pese a cierta recuperación de *ius* durante el renacimiento carolingio, logró imponerse en el latín medieval, de donde pasó a las lenguas románicas, según se comprueba hoy en el esp. *Derecho*, el fr. *Droit*, el it. *Diritto*, el port. *Direito*, etc. Esta concepción del derecho presidida por la imagen de lo ‘rectilíneo’ y el ideal de lo ‘no torcido’ existía igualmente en las lenguas célticas (irl. *Recht* ‘ley’) y en las germánicas (gót. *Garaíhts*, al. *Recht*, ingl. *Right*, etc.). Parece ser que la noción *directum* logró imponerse no ya por influencia germánica, sino por la concepción cristiana de la ley como camino recto. Con todo, no conviene olvidar que la contraposición de las nociones ‘recto’/‘torcido’ estaba ya en la base de importantes conceptos jurídicos romano”.⁵⁹²

Dos nociones son importantes en este estudio y para la investigación que tenemos: 1) el carácter posterior de la acepción derecho a *ius*, lo cual nos indica que hubo algún evento que obligó a diferenciarse del *ius* en la concepción popular; y 2) la idea crítica que se refiere a “lo recto”, es decir es una noción crítico-normativa de lo “torcido”.

Ahora bien, ya que hemos estudiado, en nuestro marco categorial, el sistema jurídico y su totalización (fetichización), es necesario pasar, para poder efectuar una crítica), podemos integrar algunas de las concepciones que hemos estudiado para poder entender al otro en nuestra interpretación jurídica. Comenzaremos por síntesis teórica que hace Dussel sobre el ser y otro:

“si el ser es el fundamento de todo sistema, y del sistema de sistemas que es el mundo cotidiano (*lebenswelt*), afirmamos ahora que hay realidad también más allá del ser, así como hay cosmos también más allá del mundo. El ser es como el horizonte hacia dónde y desde donde se manifiestan los fenómenos del mundo. [...]. Y bien, más allá der *ser*, trascendiéndolo, hay todavía *realidad*.”⁵⁹³

Y en cuanto al otro:

“El *otro* (en cuya expresión se incluye siempre a *la otra*) es la noción precisa con la que denominaremos la exterioridad en cuanto tal, la histórica, y no la meramente cósmica o físico-viviente.

⁵⁹² García-Hernández, 2007, pp. 57–58

⁵⁹³ Dussel, 2011, p. 78

El otro es alteridad de todo sistema posible, más allá de "lo mismo" que la totalidad siempre es. El ser y el no-ser es todavía o puede serlo el otro, diríamos contra Parménides y la ontología clásica."⁵⁹⁴

La modernidad en su univocidad (como señala Beuchot) no acepta ni entiende lo que no está en el discurso de sus clásicos. Por ello ni el iusnaturalismo o iuspositivismo sostienen una interpretación que hable más allá de las nociones abstractas de "nación", "pueblo", "soberanía", en las que la mujer, el oprimido, el marginado, el extranjero y el pobre no figuran o sin incorporadas a lo sumo como retórica⁵⁹⁵. Por ello más allá de la modernidad (y de sus ideologías jurídicas) es la exterioridad del ser que se revela:

"Pero entre las cosas reales que guardan exterioridad del ser, se encuentra una cosa que tiene eventos, que tiene historia, biografía, libertad: otra persona. La persona, más allá del ser, de la comprensión del mundo, del sentido constituido por la interpretación que supone mi sistema, trascendente a las determinaciones y condicionamientos de la totalidad, puede revelarse como lo extremadamente opuesto; puede increparnos en totalidad."⁵⁹⁶

Es por ello el fundamento de la crítica real, radical, esencial, transformadora. Es además quien siempre interpreta la ley de otra manera que la "objetiva" (es decir de la formalización e interpretación totalizada en la ley), de un modo "subjetivo" al enunciar un derecho apelando al *nomos*, a la comunidad más allá⁵⁹⁷ de la norma jurídica:

"El otro se revela realmente como otro, en toda la acuidad de su exterioridad, cuando irrumpe como lo más extremadamente distinto, como lo no habitual o cotidiano, como lo extraordinario, lo enorme (fuera de la norma), como el pobre, el oprimido; el que a la vera del camino, fuera del sistema, muestra su rostro sufriente y sin embargo desafiante: -"¡Tengo hambre!, ¡tengo derecho a comer!"-. El derecho del otro, fuera del sistema, no es un derecho que se justifique por el proyecto del sistema

⁵⁹⁴ Dussel, 2011, p. 80

⁵⁹⁵ En el mismo tenor que lo critica Schmitt: "La pretensión de legalidad convierte en "ilegalidad" a toda resistencia y a toda revuelta contra la injusticia y la antijuridicidad. Si la mayoría puede fijar a su arbitrio la legalidad y la ilegalidad, también puede declarar ilegales a sus adversarios políticos internos, es decir, puede declararlos hors-la-loi, excluyéndolos así de la homogeneidad democrática del pueblo. Quien domine el 51 por 100 podría ilegalizar, de modo legal, al 49 por 100 restante." (Schmitt, 1971, p. 46)

⁵⁹⁶ Dussel, 2011, p. 79

⁵⁹⁷ Con esta noción desde el planteamiento de Dussel podemos ir más allá de las afirmaciones de Schmitt: "La forma específica en que se manifiesta aquí el Derecho es la ley, y la justificación específica del poder coercitivo del Estado es la legalidad.

Existen otras comunidades en las que la voluntad política decisoria se manifiesta en otras formas y a través de otros procedimientos. Existen Estados jurisdiccionales, en los cuales la última palabra la pronuncia el juez al dirimir un litigio, no el legislador que crea las normas; existen también otras formaciones políticas, los Estados gubernativos o administrativos, en los que, según denota su adjetivo correspondiente, la decisión final se expresa para casos concretos, manifestándose en ella la última instancia, le *demier ressort*." (Schmitt, 1971, pp. 5-6)

o por sus leyes. Su derecho absoluto, por ser alguien, libre, sagrado, se funda en su propia exterioridad, en la constitución real de su dignidad humana. Cuando se avanza en el mundo, el pobre, conmueve los pilares mismos del sistema que lo explota. Su rostro (pnim en hebreo, prósopon en griego), persona, es provocación y juicio por su sola revelación.”⁵⁹⁸

Afirma el derecho como una enunciación crítica la norma jurídica pero lo hace apelando a la ética, a lo jurídico y a la tradición; es una afirmación de la comunidad y se refiere a la política como a la economía⁵⁹⁹. Reivindica la proximidad y protege la vida. En este sentido lo hace siempre con pretensión de justicia y pensando no sólo en el sistema jurídico existente sino en el construible (posible⁶⁰⁰):

“El otro, el pobre en su extrema exterioridad del sistema, provoca a la justicia; es decir, llama (-voca) desde delante (pro-). Para el sistema de injusticia "el otro es el infierno" (si por infierno se entiende el fin del sistema, el caos agónico). Por el contrario, para el justo el otro es el orden utópico sin contradicciones; es el comienzo del advenimiento de un mundo nuevo, distinto, más justo. La sola presencia del oprimido como tal es el fin de la buena conciencia del opresor. El que sea capaz de descubrir donde se encuentra el otro, el pobre, podrá, desde él, efectuar el diagnóstico de la patología del estado.”⁶⁰¹

En la última afirmación nos detendremos para afirmar que no es el autodiagnóstico del sistema o de la clase dominante la que nos puede dar un idea de la patología del sistema jurídico dominante (patología que paga la comunidad entera), sino lo es siempre el otro: “El rostro del otro, primeramente como pobre y oprimido, revela realmente a un pueblo antes que a una persona singular”⁶⁰² del mismo modo en que Marx dice que el grado de opresión de la mujer es la medida de la libertad humana.

<<140 (Te amo IvánElías, 2016, p.9)>>⁶⁰³

⁵⁹⁸ Dussel, 2011, pp. 81–82

⁵⁹⁹ Como nos señala Rivera Maldonado: “El derecho puede y debe ser un instrumento de emancipación a partir del cual se construyan las bases de un sistema que permita ampliar los márgenes de libertad de las personas así como garantizarles el acceso a los bienes básicos que permitan que la mayoría goce de una vida digna. Al concebir esta potencialidad en el derecho, consecuentemente se debe admitir la creación y el reconocimiento de los mecanismos jurídicos que permitirían lograr la consecución de este objetivo, aun cuando éstos no sean mecanismos tradicionales o explorados con anterioridad.” (Rivera Maldonado, 2009, p. 138)

⁶⁰⁰ Y en este sentido recuperamos la expresión de Marx cuando afirma que “la humanidad sólo se plantea los objetivos que puede alcanzar” (Marx, 1859).

⁶⁰¹ Ídem, p. 82

⁶⁰² Ídem, pp. 82-83

⁶⁰³ Una nota de quien amorosamente revisó esta tesis y me recordó que hay una inmensidad increíble más allá de la teoría.

Por ello el derecho (y en este sentido lo denominado “derecho subjetivo” es lo que está más allá del sistema jurídico) ha cumplido una función desfetichizadora (aunque no por esto está exento de formas de fetichización) y su carácter es normativo, principalmente jurídico en nuestra época pero también ético. Por ello es que consideramos ideologizante que algunos pensadores se nieguen a hablar del deber (lo ético) y la justicia (lo político) dentro del derecho. Algunos lo niegan como ideología (ver Kelsen), otros se postran ante el infinito e invocan ignorancia (o miedo)⁶⁰⁴. Está más allá siempre del sistema dominante y por ende es más que la noción de derecho garantista⁶⁰⁵, puesto que puede expresarse como sistemas jurídicos sociales (y revolucionarios) o normas-acciones jurídicas antifetichistas.

Por lo anterior es que el resistir a la norma injusta, es decir contraria al *nomos* de la comunidad, a la guerra conquistadora (corrupción máxima de la voluntad política), se enuncia como un derecho (esté o no escrito, y sin caer en los excesos del naturalismo). El derecho a la resistencia del oprimido no es una anomalía sino una forma de desfetichizar el sistema jurídico o la voluntad de poder⁶⁰⁶. Precisamente debemos al derecho del otro, como categoría crítico-práctica, en su resistencia o revolución; progresos como los derechos humanos y todas las normas que están más allá y que son urgentes y necesarias:

“Si los sistemas jurídicos protegieran cabalmente los derechos fundamentales, la resistencia no tendrá fundamento. Sin embargo, sabemos que ningún régimen es perfecto y que en ocasiones los mecanismos y los operadores jurídicos no pueden subsanar todas las violaciones a los derechos fundamentales. [...]”

⁶⁰⁴ Como por ejemplo E.G. Máynez: “En nuestra opinión, no es posible definir el concepto del deber, aun cuando todos sepamos, gracias a la intuición inmediata, en qué consiste.” (García Máynez, 1982, p. 8)

⁶⁰⁵ Aunque la compartimos, pensamos que el derecho es una categoría más profunda: “En este escenario [de sistemas jurídicos opresivos] podemos decir que existen dos caras del derecho: En la primera, el derecho sirve a los intereses de las clases dominantes, mantiene privilegios, excluye y oprime, por lo que casi invariablemente las personas y grupos oprimidos se resisten a él. Por otro lado, existe el derecho garantista, que protege los derechos básicos de las personas, satisface sus necesidades vitales, incluye, emancipa y es utilizado para beneficio de la comunidad.” (Rivera Maldonado, 2009, p. 139)

⁶⁰⁶ En este modo es que recuperamos la expresión de Rivera Maldonado: “Si el sistema jurídico respondiera plenamente a las exigencias de los derechos fundamentales y a los fines para los cuales fue creado el Estado, la resistencia no tendría fundamento. En este sentido, quienes ejercitan el derecho de resistencia están actuando para hacer cumplir los derechos y restablecer los fines del Estado, más que para desafiar el orden jurídico o el deber de obediencia.” (Ídem, p. 106)

Consideramos que es la propia comunidad política quien, cuando lo considera oportuno, resuelve consagrar un derecho como fundamental”⁶⁰⁷

Y es precisamente frente a esta posibilidad que al derecho natural (abierto y revolucionario) de la burguesía ascendente le siguió el positivismo, con todos los procesos de dominación que hemos visto antes, totalizando el sistema jurídico para que sólo les sirva como control político. Proscribiendo la resistencia y la rebeldía política de las clases dominadas (cuyas reivindicaciones y normas jurídicas fundamentales, como la retribución de toda la riqueza producida en el trabajo, no están incorporadas en el sistema)⁶⁰⁸. También lo es el fundamento de la sociedad como “individuo” quien es de manera abstracta nombrado “Igual” pese a que en la sociedad prevalece la explotación⁶⁰⁹.

El derecho del otro en su acepción general, como nacimiento de toda idea y práctica del derecho, lo queremos concluir señalando que es en el plano de la legalidad, dentro del campo jurídico, que el derecho de los oprimidos debe conquistar su humanidad (al mismo tiempo que se desenvuelve en todos los otros campos lo debe ser en el jurídico). Recobrando plena vitalidad y siendo perfectamente aplicable a lo jurídico la afirmación de Marx:

⁶⁰⁷ Rivera Maldonado, 2009

⁶⁰⁸ Y es en este sentido lo que dice Schmitt: “El hecho de que el poder estatal sea legal debe conducir ante todo a la derogación y negación como Derecho de todo derecho de resistencia. Pero el viejo problema del “derecho de resistencia frente al tirano”, es decir, frente a la injusticia y el abuso del poder estatal, conserva su actualidad, y esa carencia de contenido, de carácter formalista y funcionalista, del Estado legislativo parlamentario no es capaz de resolverlo. Solo conduce a un concepto de legalidad indiferente frente a todo contenido, neutral incluso frente a su propia validez, y que prescinde de toda justicia material. La falta de contenido de la mera ‘estadística de las mayorías quita a la legalidad toda fuerza de convicción; la neutralidad es, ante todo, neutralidad frente a la distinción entre lo justo y lo injusto. La posibilidad de lo injusto, la posibilidad del “tirano”, es escamoteada mediante una prestidigitación formal, que consiste concretamente en hacer que a lo injusto no se le llame ya injusto, ni al tirano se le llame ya tirano, del mismo modo que puede escamotearse la guerra mediante el truco de llamarla “medidas de paz acompañadas de batallas de mayor o menor envergadura” y haciendo pasar a esto como una “definición puramente jurídica de la guerra”. De esta manera, el poder legal, por simple “necesidad conceptual”, ya no puede cometer injusticias. La antigua teoría del derecho de resistencia distinguía dos clases de “tiranos”: el que ha entrado en posesión del poder con arreglo al Derecho, pero después lo ha utilizado mal y tiránicamente, con abuso del mismo, esto es, *el tyrannus ab exercitio*, y el *tyrannus absque titulo*, que es el que ha alcanzado el poder sin título jurídico, el cual es tirano tanto si ejerce bien el poder como si lo ejerce mal.” (Schmitt, 1971, pp. 44-45)

⁶⁰⁹ Por ello el discurso de la igualdad y la libertad personal viene a ser ideologizante como lo señala Lenin: “Todo derecho significa la aplicación de una medida igual a personas distintas, que en realidad no son semejantes, no son iguales entre sí; por ello, el derecho igual constituye una violación de la igualdad y una injusticia” (Lenin citado en Rojas Amandi, 2008, p. 331)

“Pero, en Alemania falta a cada clase particular no sólo el espíritu de consecuencia, la severidad, el coraje, la irreflexión que podría imprimirle el carácter de representante negativo de la sociedad; falta, igualmente, a cada estado social aquella amplitud de alma que la identifique, siquiera sea momentáneamente con el alma del pueblo; falta la genialidad que hace de la fuerza material un poder político; falta el empuje revolucionario que arroja a la cara del adversario la insolente expresión: *Yo no soy nada y debería ser todo.*”⁶¹⁰

El carácter desfetichizador del derecho así como su forma fetichizada requieren un estudio largo y profundo. En este momento sólo hemos podido hacer algunas consideraciones al concepto. Como rasgos que podemos delinear ahora, desde la Filosofía de la Liberación, podemos decir que el derecho:

1. Es la categoría-práctica, en el campo jurídico, para protegerse de la fetichización de la voluntad⁶¹¹ (y en este sentido incluso un opresor puede apelar la sentencia a ser privado del derecho de la vida, en el ser sentenciado de muerte, argumentando el derecho a la vida comunitaria), apelando además de a las normas jurídicas al *nomos*, o a la fetichización de la *ius-lex* o la *iurisdictio*.
2. La categoría-práctica ético-normativo que critica y transforma, desde el otro, en este sentido se pueden conformar sistemas o ideas jurídicas que se enfrentan o resisten al dominante. Son además (en la época en la que vivimos) el germen de un derecho transmoderno, amoroso⁶¹², comunitario y justo.
3. El derecho no está exento de poder caer víctima de la fetichización (sobre todo de una clase que se asume la comunidad misma), al ser instrumentalizado. Tampoco podemos pensar que se puede llegar a sistemas jurídicos perfectos que hagan imposible la existencia del derecho como categoría-práctica crítica. El derecho

⁶¹⁰ K. Marx en Hegel, 1980, p. 19

⁶¹¹ Cuando un sujeto (o grupo) atentando contra la proximidad y la protección de la vida pretende o realiza la instrumentalización de un miembro o la comunidad como mediación para sus deseos o necesidades individuales.

⁶¹² Aquí queremos recuperar la hermosa aspiración de Carnelutti: “Mientras los hombres no sepan amar necesitarán juez y gendarme para tenerlos unidos. Es decir: mientras los hombres no sepan amar hay que obligarlos.” (Carnelutti, 1948, p. 21), en el sentido de ob-ligar (en dirección de unir).

siempre será la herramienta de perfectibilidad de los aspectos normativos y volitivos en una sociedad⁶¹³.

4. Si bien podemos aproximarnos a nociones de derechos humanos, como universalidad, no podemos olvidar que existen formas culturales específicas que son imprescindibles para el desenvolvimiento, en libertad y comunidad, de los pueblos⁶¹⁴. El derecho por ende no es ni unívoco ni equívoco es análogo (siguiendo las ideas metodológicas que al respecto han expresado Dussel y Beuchot).

⁶¹³ Y en este sentido recuperamos lo que dice Rivera Maldonado: "Aun cuando resulte imposible terminar definitivamente con la opresión, existen medios para aminorarla. En este sentido, el derecho puede ser uno de ellos. Creemos que a través de ciertos instrumentos jurídicos las personas pueden alcanzar mejores niveles de vida y combatir la opresión."(Rivera Maldonado, 2009, p. 133) y al reconocimiento de derechos en el sistema jurídico estatal o dominante.

⁶¹⁴ De este modo es como recuperamos el valioso aporte de Rivera Maldonado: "Ahora bien, se hace necesario distinguir a los derechos fundamentales de los denominados derechos humanos, una categoría filosófica más amplia que refleja el acuerdo de los pueblos en diferentes momentos históricos sobre los fines y más altos valores que deben ser perseguidos por la humanidad, aun cuando éstos sean o no reconocidos en los ordenamientos jurídicos. Generalmente los derechos fundamentales son aquellos derechos humanos que fueron consagrados en el texto constitucional o los tratados internacionales firmados y ratificados por una comunidad política determinada."(Ídem, p. 141)

Conclusiones

De conformidad a lo expuesto, paso ahora a formular mis conclusiones que sintetizan el marco categorial esbozado en esta tesis:

PRIMERA. La vida en lo jurídico. En la crítica al economicismo y al formalismo se reivindica la vida como horizonte y última instancia material para el análisis y la interpretación. Es la vida comunitaria situada la que subyace permitiéndonos entender y comprender las interdependencias de lo jurídico respecto lo jurídico en el complejo ensamble de relaciones, vínculos y relaciones sociales. Por lo que lo normativo-jurídico tiene un nacimiento simultáneo con lo psíquico, económico y político. Y tiene para lo jurídico una compenetración analítica con la economía, la política y el psicoanálisis. A la voluntad de vivir de lo político (que también se expresa como económico, político o social en el derecho) se le complementa la protección de la vida como límite en lo jurídico.

SEGUNDA. Lo jurídico como autónomo-interdependiente de lo político. Como recuperación crítica del positivismo (desde las interpretaciones politizantes), podemos afirmar que en cuanto expresión normativa de la sociedad lo jurídico tiene ámbitos específicos en donde las relaciones y fenómenos son eminentemente jurídicos, como por ejemplo los derivados de las funciones judiciales, legislativas, los sistemas jurídicos y las normas acción. Al mismo tiempo existe una interdependencia con lo político en el sentido de que el límite siempre está vinculado a la voluntad, del mismo modo que los entes jurídicos y políticos se refieren mutuamente.

TERCERA. Lo normativo. Lo jurídico, moral y los convencionalismos sociales o costumbres, tienen una íntima relación en tanto que se refieren a lo normativo en la sociedad (que viene a ser la totalidad en que se comprenden estos). Existen distinciones fundamentales, en el caso de lo jurídico es la sanción, y derivadas, como puede ser el tipo de instituciones y procedimientos para explicitarlo; son además distinciones que se establecen desde la intersubjetividad. El hecho de que a lo largo de la historia algunas formas normativas han pasado de una a otra totalidad (por ejemplo de la moral al derecho

o a la convención social y viceversa) se explica respecto al espacio, cultura y tiempo de la comunidad en que se estudia el fenómeno normativo en particular.

CUARTA. Nomos, *ius-lex* y *iurisdictio*. La comunidad jurídica tenía en esencia una forma normativa primigenia indiferenciada, en realización continua, sin embargo el aumento poblacional, la diferenciación entre clases sociales, el desarrollo económico, la necesidad de organizar la comunidad, entre otros fenómenos culturales; provocaron la enunciación consensada y palpable de lo jurídico como la *ius-lex* escindiéndose así de la *nomos*, referencia que siempre está latente de uno u otro modo en la norma jurídica y los sistemas jurídicos. Paralelamente se desprendió de la comunidad como delegación de la autoridad que determina cuál es la noción de límites y voluntad de la comunidad, la *iurisdictio*. Estas escisiones ontológicas no erradicaron la *nomos* a la que siempre se remiten la *ius-lex* y la *iurisdictio* por muy fetichizadas que se encuentren. Estas categorías refieren a las formas específicas y culturales de institucionalización de lo jurídico y es su vinculación con la *potestas* la que da instituciones tan diversas.

QUINTA. Campo y sistema jurídico. Los entes jurídicos se desenvuelven, estructuran y confrontan en el campo jurídico (corte epistemológico que nos permite entender las relaciones específicas que se establecen), entre estos encontramos las instituciones y las normas jurídicas mismas que pueden establecer relaciones y vínculos hasta formar sistemas. Los sistemas jurídicos son dinámicos y en su complejidad pueden conformar subsistemas (como el judicial dentro del campo jurídico), están relacionados a otros campos y sus respectivos sistemas o a veces atravesados y dominados por alguno (como el capitalista). Hay varios sistemas en un mismo campo, en el caso del jurídico el estatal (regularmente dominante o hegemónico) es el que se deriva de la constitución y a los que lo conforman los denominamos leyes. El sistema garantiza que las normas que no son esencialmente imperativas o tengan aparejada una sanción estén vinculadas de algún modo a la sanción o coerción sistémica.

SEXTA. Norma Jurídica. Hemos aproximado una definición de la norma jurídica (retomando los diversos autores que citamos e incorporando las aportaciones de la filosofía de la liberación) como aquellas, que además de ser una manifestación de lo normativo y una expresión de la voluntad de vivir, son relaciones intersubjetivas que se

manifiestan en proposiciones principalmente prescriptivas e imperativas, pero también descriptivas, expresivas y permisivas, que cumpliendo una función normativa-jurídica en el campo jurídico están garantizadas por la coacción física de manera directa (espontánea o sistémica, en respuesta-prevención de una violación) o indirecta (para garantizar el imperio del sistema jurídico en conjunto). Esta categoría nos permite ubicar normas-acciones jurídicas espontáneas, culturales o temporales dentro del campo, pudiendo conformar sistemas jurídicos no estatales (sociales) que pueden disputar o complementar la legalidad que domina o hegemoniza el sistema jurídico estatal.

SEPTIMA. Lo jurídico y otros campos. Lo jurídico está interrelacionado con lo que conforma otros campos como el económico, político, etc. En específico con el económico es la ley una forma de expresión, como propiedad, necesaria para el desarrollo de las relaciones de producción de dominación, pero no se reduce sólo a esto ya que todos los modos de producción (aún los no vinculados a la explotación) requieren formas de límite, organización y sanción. También es cierto que el sistema capitalista (que se sustenta en las relaciones de producción) interviene y somete prácticamente todos los campos, sometiéndolos a sus necesidades y dinámicas.

OCTAVA. Legitimidad y legalidad. La categoría de legitimidad describe un fenómeno que es subsumido también en el campo jurídico y que está presente de manera inseparable a la *ius-lex*. Es la categoría con la que conceptualizamos la relación permanente de consenso y materialidad entre la *nomos* de la comunidad jurídica y conformación de la *ius-lex*. La legitimidad es uno de los rasgos esenciales la *ius-lex*, por ende atraviesa y conforma la legalidad. Por su cuenta la legalidad es un modo de ser de la comunidad jurídica como *nomos* que explicita, regula y modifica a partir de la *ius-lex*, a la comunidad (que a su vez la condiciona). En la legalidad al estar condicionada por la legitimidad, se pueden verificar también formas de confrontación (en términos de hegemonía) entre los sistemas e ideas jurídicas.

NOVENA. Hegemonía y Correlación de Fuerzas. La hegemonía fundamental para entender las expresiones concretas en el campo jurídico. En esta podemos entender la función que cumple la ley fetichizada como dominación, así como las normas jurídicas de los dominados que se incluyen a ella para mantener el consenso. Nos es posible entender

por qué el sistema jurídico estatal (y el estado que se le desprende) sufre el asedio de las diferentes clases de la sociedad en el mundo moderno. Al tiempo que la correlación de fuerzas (en sus diferentes expresiones como la revolución pasiva) nos permite entender la conformación “caótica” y “heterogénea” de las leyes e incluso la constitución.

DÉCIMA. El Otro y el Derecho. El Otro como aquel que está más allá del sistema jurídico dominante (y al mismo tiempo de los otros sistemas dominantes vinculados), el oprimido, excluido, marginado por la ley totalizada tiene también su sistema jurídico, sus normas-acción, sus resistencias. Es aquel del que se desprende la crítica radical como práctica, normas, ideas; es también a quien se remite el principio de pretensión de justicia en lo jurídico estableciendo el derecho como práctica-categoría jurídico-ética (normativa) que va a la desfetichización del sistema y las normas jurídicas para recuperar la vinculación al *nomos*. De este modo es el vehículo que enarbola la humanidad para hacer frente a la corrupción del campo jurídico y de los otros campos prácticos.

ONCEAVA. Hacia un Derecho de la Liberación. El marco categorial aquí establecido nos permite aproximarnos de una manera alternativa y crítica a los fenómenos normativos-jurídicos; yendo, incluso, más allá del ser del sistema jurídico. Además, contribuye a pensar las prácticas e ideas que habiliten a los oprimidos para establecer una realidad más allá de la modernidad, que nos permita salir del sistema capitalista opresivo (donde nuevos sistemas jurídicos derivados de los sociales existentes nos permitan aproximarnos a formas más democráticas de organización y la justicia pueda ser una tarea cotidiana de la comunidad) hacia una transmodernidad donde la pretensión jurídico-política de justicia sea la que rijan actos, normas, sistemas e instituciones. Una tarea, aquí apenas señalada, que se abre para complementarse con la interpretación política, ética y económica. El marco categorial que aquí enunciamos rehabilita en cierto sentido la doctrina de Kelsen (en que el campo jurídico tiene un ámbito propio, aunque autónomo e interdependiente) así como la idea de la lucha por el derecho que estableció R. Ihering. Es una visión alternativa que nos ayuda a pensar el resto de las doctrinas jurídicas para poder coadyuvar de mejor manera a la búsqueda de justicia que es tan importante en nuestro país. Por todo esto es que servirá tanto en la práctica

por un mundo distinto como a los estudiantes que quieran tener un referente introductorio alternativo en la filosofía y teoría del derecho.

Planteado el desarrollo de la tesis y sus conclusiones pido al jurado sirva a evaluar mi tesis y en su caso aprobarme.

Siendo el 24 de noviembre de 2016 entrego el cuerpo de la tesis, sigue la bibliografía.

Atentamente

IVÁN ELÍAS OJEDA CUEVAS

En Todo Amar y Servir

Bibliografía

- Acuerdos Generales Plenarios. (s/f). Recuperado el 29 de septiembre de 2016, a partir de <https://www.scjn.gob.mx/PLENO/Paginas/AcuerdosGeneralesPlenarios.aspx>
- Anderson, P. (1981). *Las antonomías de Gramsci* (segunda). España: Fontamara.
- Aristóteles. (1994). *Ética Nicomaquea * Política*. (Antonio Gómez Robledo, Trad.) (Decimocuarta). México: Porrúa S. A.
- Benjamin, W. (2008). *Tesis sobre la historia y otros fragmentos* (Primera edición). México: Editorial Itaca.
- Bobbio, N. (1989). *Estado, gobierno y sociedad: por una teoría general de la política* (Primera). México: Fondo De Cultura Economica.
- Bobbio, N. (1999). *Teoría general del derecho* (Segunda). Colombia: Temis.
- Bourdieu, P., Teubner, G., & Morales de Setien, C. (2000). *La fuerza del derecho* (Primera edición). Bogotá, Colombia: Siglo del Hombre Editores.
- Carnelutti, F. (1948). *Arte del Derecho (seis meditaciones sobre el derecho)*. Argentina: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Centro de Estudios Históricos, Colegio de México, Ignacio Bernal, Pedro Carrasco, Daniel Cosío Villegas, Lilia Díaz, Enrique Florescano, ... Luis Villoro. (2000). *Historia general de México* (Primera). México: Colegio De Mexico A.C.
- Correas, Ó. (1993). *Introducción a la crítica del derecho moderno (esbozo)* (Tercera). México: Triana Editores.
- Correas, Ó. (1995). Pluralismo jurídico y teoría general del derecho. *Derechos y Libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 215--240.
- Diario Oficial de la Federación - DOF. (2016, Diciembre 1). Anexo 3 de la Resolución Miscelánea Fiscal para 2016 CRITERIOS NO VINCULATIVOS DE LAS DISPOSICIONES FISCALES Y ADUANERAS. Recuperado el 8 de noviembre de 2016, a partir de http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5422488&fecha=12/01/2016

- Dussel, E. (2002). EL "PRINCIPIO COHERENCIA". Recuperado el 6 de mayo de 2016, a partir de <http://enriquedussel.com/txt/coherencia.pdf>
- Dussel, E. (2006a). *20 tesis de política* (Primera). México: Siglo XXI.
- Dussel, E. (2006b). KATEGORIE. Recuperado el 6 de mayo de 2016, a partir de <http://enriquedussel.com/txt/KATEGORIE.pdf>
- Dussel, E. (2006c, agosto 22). Legalidad y Legitimidad. Recuperado el 18 de enero de 2015, a partir de http://www.jornada.unam.mx/archivo_opinion/index.php/autor/front/78/12032
- Dussel, E. (2007). *Política de la Liberación. Volúmen I: Historia mundial y crítica* (Primera, Vol. 1). España: Editorial Trotta.
- Dussel, E. (2009). *Política de la Liberación. Volúmen II: Arquitectónica*. (Vol. 2). Madrid, España: Editorial Trotta.
- Dussel, E. (2011). *Filosofía de la Liberación* (Primera edición, FCE). México: FCE.
- Dussel, E. (2014a). 14 tesis de ética. (El fundamento esencial del pensamiento crítico). Tesis 4. Recuperado el 12 de agosto de 2016, a partir de <http://enriquedussel.com/txt/Cursos/14-tesis-Tesis4.pdf>
- Dussel, E. (2014b). *16 tesis de economía política: interpretación filosófica* (Primera edición). Siglo XXI Editores.
- Dussel, E. (2015, noviembre 2). Curso Filosofía de la liberación 03 11/02/2015. Dr. Enrique Dussel - YouTube. Recuperado el 19 de mayo de 2016, a partir de <https://www.youtube.com/watch?v=s2uDBrF30oY>
- Eco, U. (2001). *Cómo se hace una tesis*. Gedisa Ed. Recuperado a partir de http://files.rogelio-diaz-salgado.webnode.com.co/200000408-66b006d73f/COMO_SE_HACE_UNA_TESIS_-_HUMBERTO_ECO.pdf
- Engels, F. (1845). Description de colonies communistes surgies ces derniers temps et encore existantes. Recuperado el 7 de noviembre de 2016, a partir de <https://www.marxists.org/francais/engels/works/1845/00/fe18450000.htm>
- Engels, F. (1871). Sobre la acción política de la Clase Obrera. Recuperado el 6 de noviembre de 2016, a partir de <https://www.marxists.org/espanol/m-e/1870s/1871accion.htm>
- Engels, F. (1873). De la autoridad. Recuperado el 6 de noviembre de 2016, a partir de <https://www.marxists.org/espanol/m-e/1870s/1873auto.htm>

- Engels, F. (1890, septiembre 21). Carta a J. Bloch. Recuperado el 21 de noviembre de 2016, a partir de <https://www.marxists.org/espanol/m-e/cartas/e21-9-90.htm>
- Engels, F. (2006). *El origen de la familia, la propiedad privada y el estado* (Primera edición). España: Fundación Federico Engels.
- Foucault, M. (2005). *La verdad y las formas jurídicas*. (E. Lynch, Trad.) (Décima reimpresión). España: Gedisa, S. A.
- Freud, S., Reik, T., Saal, F., Aparicio, A., Braunstein, N. A., Pla, J. C., ... Castilla del Pino, C. (1983). *A medio siglo de El malestar en la cultura de Sigmund Freud* (Segunda edición). México: Siglo XXI Editores.
- García Maynez, E. (1982). *Introducción al estudio del Derecho* (Trigésimo Cuarta edición). México: Porrúa S. A.
- García Maynez, E. (2011). *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo* (Octava). México: Fontamara.
- García-Hernández, B. (2007). *De iure uerrino: el derecho, el aderezo culinario y el augurio de los nombres*. España: Editorial Dykinson.
- Gramsci, A. (1980). *Antología*. (M. Sacristán, Ed. Y Trad.) (Quinta edición). México: Siglo XXI.
- Gran Diccionario Náhuatl. (s/f). Recuperado el 5 de octubre de 2016, a partir de <http://www.gdn.unam.mx/termino/search>
- Hegel, G. F. (1980). *Filosofía del Derecho*. (Angélica Mendoza Montero, Trad.). México, D.F.: Juan Pablos Editor.
- Hutchison, P. D., & Nyks, K. (2015). *Requiem for the American Dream*. Estados Unidos. Recuperado a partir de <https://www.youtube.com/watch?v=vjw0s09zvz0>
- Instituto de Filosofía Académica de Ciencias de la URSS, & Departamento de Filosofía Academia de Ciencias de Cuba. (s/f). *Métodología del conocimiento científico*. México: Ediciones Quinto Sol S.A. de C.V.
- Kaës, R., Bleger, J., Enriquez, E., Fornari, F., Fustier, P., Roussillon, R., & Vidal, J.-P. (1989). *La institución y las instituciones. Estudios psicoanalíticos*. (M. Vasallo & R. Alcalde, Trads.) (1ª edición). Argentina: Editorial Paidós.
- Kelsen, H. (1960). *Teoría pura del derecho*. (Roberto J. Vernengo, Trad.) (14a ed.). México: Porrúa S. A. de C. V.

- Kelsen, H. (s/f). La Justicia. Recuperado el 8 de noviembre de 2016, a partir de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/09/doctrina44074.pdf>
- Laclau, E., & Mouffe, C. (1987). *Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia*. (Primera). Madrid: Siglo XXI.
- Lassalle, F. (1931). *¿Qué es una constitución?* España: Panorama. Recuperado a partir de <http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/2284-que-es-una-constitucion>
- Lastra Lastra, J. M. (s/f). La jornada de trabajo. Recuperado el 24 de noviembre de 2016, a partir de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/139/27.pdf>
- Ledesma Uribe, J. de J. (2011). Buscando la intimidad del concepto de “lus”. *Cultura jurídica (UNAM)*, 1, 157–174.
- Luhmann, N. (1983). *Sistema jurídico y dogmática jurídica* (Primera). España: Centro de Estudios Constitucionales.
- Luhmann, N. (1991). *Sistemas Sociales. Lineamientos para una teoría general*. (J. Torres Nafarrate, S. Pappe, & B. Erker, Trads.) (Primera edición en español). México, D.F.: Alianza Editorial/Universidad Iberoamericana.
- Maquiavelo, N. (2007). *El príncipe* (México). Vigésimo Quinta: Porrúa S. A.
- Marx, K. (1844). Manuscritos Económicos y filosóficos de 1844. Recuperado el 7 de noviembre de 2016, a partir de <https://www.marxists.org/espanol/m-e/1840s/manuscritos/index.htm>
- Marx, K. (1849). Trabajo asalariado y capital. Recuperado el 21 de noviembre de 2016, a partir de <https://www.marxists.org/espanol/m-e/1840s/49-trab2.htm>
- Marx, K. (1859). Prólogo a la Contribución a la Crítica de la Economía Política. Recuperado el 27 de noviembre de 2016, a partir de <https://www.marxists.org/espanol/m-e/1850s/criteconpol.htm>
- Marx, K. (1875). Crítica al Programa de Gotha. Recuperado el 24 de noviembre de 2016, a partir de <https://www.marxists.org/espanol/m-e/1870s/gotha/gothai.htm>
- Modonesi, M. (2016). Rebelion. Revolución pasiva y subalternización. Recuperado el 6 de noviembre de 2016, a partir de <http://www.rebellion.org/noticia.php?id=213652>
- Morton, A. D. (2013). Gramsci y el concepto de revolución pasiva. Recuperado el 6 de noviembre de 2016, a partir de <http://adamdavidmorton.com/2012/09/gramsci-y-el-concepto-de-revolucion-pasiva/>

- NEXINT. (2008, julio 2). Conseil Constitutionnel: Constitution du 24 juin 1793. Recuperado el 20 de octubre de 2016, a partir de <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-du-24-juin-1793.5084.html>
- Ovalle Favela, J. (2005). *Teoría general del proceso* (sexta). México: Oxford University Press.
- Pabón de Acuña, C. T. (1983). Sobre la etimología de lex. *Anales de la Universidad de Murcia. Letras*, 41(1–2), 6.
- Peter Ivanov, N. (1980). *Economía política* (Décima). México: Editores Mexicanos Unidos.
- Poulantzas, N. (1980). *Estado, poder y socialismo* (tercera edición). México: Siglo XXI editores S. A.
- Raymundo García García. (s/f). Consejo Universitario su historia 1937 - 1991. *Tiempo Universitario*. Recuperado a partir de <http://www.archivohistorico.buap.mx/tiempo/2007/Gaceta%2002%202007.pdf>
- Rivera Maldonado, A. (2009). *La resistencia a la opresión: un derecho fundamental* (Primera). México: UASLP.
- Rodríguez Lapuente, M. (2003). *Sociología del Derecho* (sexta). México: Porrúa S. A.
- Rojas Amandi, V. M. (2008). *Filosofía del Derecho* (Segunda). México: Oxford University Press.
- Sánchez Rubio, D. (1994). Filosofía de la liberación y derecho alternativo. Aplicaciones concretas para una apertura al diálogo. Recuperado el 13 de junio de 2016, a partir de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/critica/cont/15/teo/teo9.pdf>
- Sánchez Vázquez, A. (1982). *Ética* (Trigésima primera). México: Grijalbo, S. A.
- Sánchez Vázquez, A. (2003). *Filosofía de la Praxis* (primera). México: Siglo XXI editores S. A.
- Sartori, G. (2000). *La política: lógica y método en las ciencias sociales* (Segunda edición). México: Fondo de Cultura Económica.
- Schmitt, C. (1971). *Legalidad y Legitimidad*. (J. Diaz García, Trad.) (Aguilar S.A. Ediciones). España.
- Schmitt, C. (1982). *Teoría de la constitución* (Primera edición). España: Alianza Editorial.
- Schmitt, C. (2005). *El nomos de la tierra. En el derecho de gentes del "Jus publicum europaeum"* (Primera). Argentina: Editorial Struhart y Cía.

- Semo, E. (2003). *Revoluciones Pasivas*. En *Antología de Cultura y Sociedad Mexicana* (Primera). México: UACJ.
- Tecla Jiménez, A. (1980). *Metodología de las ciencias sociales. Sobre el método marxista. I. Diseño de investigación. Marco teórico*. (Tercera edición, Vol. 1). México: Ediciones Taller Abierto.
- Tigar, M. E., & Levy, M. R. (1978). *El Derecho y el ascenso del capitalismo* (Primera). México: Siglo XXI.
- Unzueta, G., Galkin, A., Burlastki, F., Shajnazarov, G., Diligensky, G., Cerroni, U., ... Kiltzen, H. O. (1982). *Ocho puntos de vista sobre la teoría marxista del estado*. México: Ediciones Quinto Sol S.A. de C.V.
- Von Ihering, R. (1921). *La lucha por el derecho* (Segunda). México: Cajica.