

IX Congreso Nacional de Sociología Jurídica: “De la ley a las prácticas: confrontaciones sociales por el uso del Derecho.”

Comisión número 1: La globalización en el campo socio-jurídico.

Título de la ponencia: ¿El fin del Derecho?

Autor: Gonzalo Alejandro Cutruneo

Estudiante, Facultad de Derecho UNR (Ayudante alumno de Sociología General y del Derecho, Prof. Dr. Esteban Franichevich)

1. INTRODUCCIÓN

El Derecho, afirman las teorías críticas, no es un sistema de normas ideales cuyo juego o funcionamiento interno pueda ser estudiado con abstracción del tumulto social, del ruido de la calle: es un *emergente*, es un producto más de la vida social que, a su vez, tiene efectos sobre la misma, efectos que pueden ser rastreados con el adecuado método sociológico.

Causas y efectos: he allí lo que no existe para la dogmática, que después de haber esterilizado la norma se dispone a estudiarla en el laboratorio del doctor Frankenstein¹, un laboratorio del deber ser sin el ser. Tremendo absurdo porque... ¿Cómo pensar el deber ser *sin el ser*?

No es este, de todos modos, el espacio adecuado para tratar tales cuestiones. Las mencionamos únicamente con el objetivo de explicitar el marco teórico que sustenta nuestra humilde monografía: la Teoría Crítica del Derecho.

La sociología jurídica hace con el Derecho algo análogo a lo que la semiología hace con los sistemas de signos. Así como la semiología sacó a los signos de la idealidad normativa en la que los había colocado la lingüística de raíz saussuriana para llevarlos a su espacio *real* de producción, de circulación y consumo, la sociología jurídica viene a profanar el objeto Derecho y a estallararlo contra la vida, contra los espacios de poder donde la norma es fabricada, usada y significada.

Este procedimiento intelectual –que permite hacer una lectura sociológica y crítica del Derecho- constituye un verdadero escándalo para la ciencia jurídica tradicional, puesto que

¹ Recordemos que en esta novela dramática el científico Frankenstein quiere crear vida artificial sin comprender que la verdadera vida brota en el mundo abierto, libre, de manera espontánea. La norma jurídica en la que piensan los juristas es como el monstruo de Frankenstein, una juntura despojada de vitalidad cuya esterilidad los juristas pretenden ocultar mediante la interpretación.

pone al descubierto las estrategias e intereses que están detrás de las normas, desarmando así la Verdad que el poder ha tejido en torno a las mismas.

Pues bien: todo conocimiento avanza escandalizando. No se trata necesariamente de impugnar el Derecho o reducirlo a una mera superestructura inicua, destinada a mantener un estado de cosas opresivo (la Teoría Crítica del Derecho va más allá del marxismo ortodoxo) pero si de releerlo críticamente, relectura que nos permitirá, eventualmente, usarlo para el bienestar de la humanidad².

La globalización es un complejo proceso económico, político y cultural. Resulta muy difícil, si no imposible, hacer caer todos y cada uno de los componentes de este fenómeno bajo un mismo concepto. En realidad, nos parece que se trata de una suma de acontecimientos que, a finales del siglo XX, se enlazaron unos con otros y produjeron determinados efectos. Pero más allá del hecho social objetivo se desarrolló una especie de movimiento activo pro globalización, fuertemente marcado por las ideas del neoliberalismo, y apoyado por el gran capital financiero internacional. Las ideas centrales de este movimiento son: liberalización del comercio exterior, privatización de empresas públicas, desregulación de los mercados, flexibilidad laboral, reducción del Estado a un rol de gestor de los bienes públicos, declaración del fin de las ideologías, supresión de los regímenes socialistas o teocráticos, instauración de la democracia liberal cuyo modelo es Estados Unidos, fomento del crédito mundial en desmedro del ahorro nacional, fomento de los servicios y de la especulación financiera por sobre la industria, difusión de nuevas tecnologías, etcétera. Estas ideas beben del Consenso de Washington y de las teorías económicas de la escuela neoclásica.

Los apólogos de la globalización creen que el fin de los Estados soberanos (en el sentido clásico del término), la apertura de las naciones al comercio capitalista internacional, la adopción por los países tercermundistas de los modelos estandarizados de occidente y la

² Es lo que el Dr. Esteban Franichevich llama la “maniobra axiológica”, que nos permite pasar de una lectura antropológica o sociológica a una lectura axiológica del Derecho, valorizando los Estatutos Humanitarios Mínimos que son un patrimonio irrenunciable de la Humanidad, patrimonio que no podemos despreciar. “(...) consideramos que el Derecho es orden, aunque con la lectura superadora imponemos al Derecho un ‘plus’ que no es propio de la antropología, permisivo de ciertas conquistas axiológicas: para esto tomamos al Derecho ‘antropológico’ como técnica, como medio para un fin, no como fin en sí mismo, y con este postulado podemos ‘maniobrar’ con este Derecho ‘antropológico’ ciertos fines de rango axiológico (...) por esta vía es que desterramos, venga de donde venga, el uso del poder negativo o duro sin argumentos de humanidad que son aportados por el poder positivo o blando, y alentamos el uso del poder positivo o blando, venga de donde venga, como estrategia para el bienestar de la humanidad...” (FRANICHEVICH, Esteban Luis: *El bienestar de/en la cultura*, editorial Juris, Rosario, 2005, pgs. 62 y 87-88)

aplicación, en general, de las ideas que hemos mencionado, permitirá la modernización de los países atrasados y el aumento de la riqueza en todas partes; dicen también que al introducirse esta suerte de civilización en las regiones más atrasadas del planeta llevará, igualmente, la democracia y la libertad. Así, un Mac Donald's puede constituir el prelude necesario de los derechos civiles. Es de destacar que se hayan preocupado más por lo primero que por lo segundo; antes han reclamado libertad de comercio que libertad política. Como contestación al movimiento globalizador apareció el llamado movimiento antiglobalización o altermundista, de composición heterogénea, con propuestas que expresan los intereses de los sectores atropellados o disconformes con el neoliberalismo: excluidos, inmigrantes ilegales, gays, campesinos pobres, indigenistas, socialistas, comunistas, anarquistas, ecologistas, sindicatos de trabajadores, ciudadanos independientes, minorías étnicas...

Las propuestas más generales de este movimiento pueden resumirse así: cobro de una tasa a las transacciones financieras internacionales (Tasa Tobin), libre circulación de las personas, comercio internacional justo, eliminación de las barreras agrícolas proteccionistas de la Unión Europea, compromiso para el cuidado del medio ambiente por parte de EEUU, supresión o reforma de los organismos internacionales (Banco Mundial, FMI, OMC...); sustitución del PBI por el Índice de Bienestar Económico Sostenible, condonación de la deuda del Tercer Mundo, democracia participativa, etcétera.

La movilización de los altermundistas en todo el planeta ha tenido efectos positivos, exhibiendo, pese a su heterogeneidad, conquistas nada desdeñables, especialmente a nivel simbólico.

Pero al mismo tiempo debemos ponernos en guardia contra cualquier ingenuidad: el poder (en este caso el imperio) actúa con diversos discursos y estrategias. Luego de la manifestación en Seattle (1999) los políticos y los empresarios del *establishment* comenzaron a hablar de ecología y de derechos del consumidor, con la evidente intención de cautivar a los sectores moderados de este movimiento y dividirlo, aislando a los radicales. Hoy la fraseología más suave de los altermundistas está en boca de todos los medios de comunicación.

2. LA GLOBALIZACIÓN Y EL DISCURSO JURÍDICO

Ahora bien: vemos que la globalización no es un proceso lineal sino complejo y, a la vez, conflictivo: encierra tendencias contrapuestas, así como problemáticas que exigen una resolución. Esa lucha –que puede ser una lucha por la defensa de ciertos intereses creados por la globalización, pero también una lucha por la justicia en el marco de la misma- se libra también en el campo jurídico.

Nuestra apuesta es que **la globalización ha modificado sustancialmente las condiciones de producción del Derecho**. Las relaciones de poder dentro de las cuales se produce el Derecho, las condiciones sociales en que se busca la justicia, el terreno real dentro del cual aparecen nuevas necesidades que demandan solución, ha cambiado de manera sensible. A nuestro entender, no son tan significativos los cambios en el *contenido* de las normas vigentes que la globalización ha generado, cuanto los cambios que ésta ha operado en las condiciones mismas bajo las cuales se producen esas normas³.

Desde luego que siempre que cambian las relaciones de poder en una sociedad, cambia también, en mayor o menor medida, el contenido de las normas positivas. Pero mirarlo de esta manera sería suponer una especie de régimen definitivo en el cual sólo se depositan ciertas disposiciones; como si el orden jurídico no tuviese un comienzo, como si fuese un espacio puro que el poder o la clase dominante vienen a llenar con su voluntad.

Nos parece más interesante plantear cómo el poder (que no es sinónimo de maldad, aclaremos) cambia los ejes mismos de la producción jurídica, cómo de alguna manera “le mueve el piso” a los operadores del Derecho y los fuerza a trabajar de otra manera, a pensar de otra manera, a decidir teniendo en cuenta otras cosas que antes no tenían en cuenta.

Con la globalización el Derecho ya no es pensado como totalidad, como régimen, como ley que instala verticalmente una cierta voluntad, que es la de la clase dirigente; ya no hay clase dirigente en el sentido tradicional, hay un gran mercado salvaje donde nadie dura lo suficiente como para erigir su voluntad en ley. No hay sector, empresa, individuo ni nación capaz de retener para sí, de manera duradera, el poder económico⁴. El dinero no pertenece a nadie, *flota*, viaja por el globo e ilumina con su gracia a unos u otros. Es una época en la

³ No desdeñamos, obviamente, los nuevos contenidos normativos y los nuevos conceptos que la globalización ha provocado: sólo decimos que nuestro interés radica en estudiar las condiciones de producción. Asumimos concientemente el carácter subjetivo de este interés.

⁴ Aunque empresas como General Motors, Siemens o Coca-Cola cuentan con una existencia de vieja data y parecen elementos constantes del capitalismo internacional que difícilmente vayan a derrumbarse.

que es necesario aprovechar el momento, pues en el futuro el dinero se irá con otro. Por tanto, nadie tiene un poder lo suficientemente estable como para consolidarse. Hegel decía que en el Estado moderno todos son libres. En el mundo globalizado, al contrario, todos somos esclavos... Del dinero.

En estas condiciones, las leyes se compran, pero no representan un interés sustancial. No expresan las condiciones de existencia de una clase, sino las condiciones aleatorias bajo las cuales el promotor de esas leyes puede conservar y aumentar su poder. No hay pues un sujeto de Derecho en términos sociales: el sujeto jurídico *real* -sea el burgués o el aristócrata- desaparecen. El espacio formalmente productor de normas se convierte en un espacio vacío, de tránsito, en el que se colocan ya unos, ya otros, dependiendo de cuestiones coyunturales. Esto no democratiza en absoluto al Derecho, pues, desde luego, no cualquier grupo social está en condiciones de acceder a los espacios jurídicos⁵.

¿Cuáles son las condiciones de accesibilidad a los espacios productores de Derecho?

Esta pregunta puede ser planteada de un modo más insidioso: ¿qué hay que *tener* para *poder* influir sobre la producción normativa?

En primer lugar, poder de *persuasión*. Se produce una especie de retorno al mundo griego antiguo, a los sofistas. Para ganar, para imponer el propio interés de turno como legalidad general, se requiere la posesión de un discurso fuerte, esto es, un discurso acompañado de gran poder de convicción. Desde luego que ese poder de convicción no está dado, exclusivamente (ni principalmente) por la fuerza intrínseca de las palabras o por la corrección argumental-racional, sino que se precisa de un respaldo externo: dinero, información, contactos, medios disuasivos, etc. Una gran multinacional puede lograr que un país tercermundista vote una ley que la favorezca sobornando a políticos, pero también recurriendo al chantaje por medio de trabajos de inteligencia o sabotajes económicos. Cualquier situación que vincule a los actores sociales con medios de poder puede servir para sustentar un discurso jurídicamente victorioso, sea éste una sentencia, una ley o un decreto. Aquellos elementos que otorgan poder a quien los posee, si bien no forman parte del *texto* del discurso, forman parte de su *contexto inmediato*.

⁵ Para el concepto de espacios jurídicos, así como el del palabra normativa, véase Franichevich, Esteban, *op. cit.*

Se rompe con esto el sueño racionalista de tener un Derecho sistemático, de edificar un gran orden lógico-normativo resumido en el Código. Las normas pasan a ser objetos singulares, cuyo valor está dado por circunstancias del momento y por lo que individualmente disponen, de modo que se vuelven una mercancía más que se compra y se vende en un gran mercado global. Cada norma, cada artículo de una ley o decreto, pasa a tener una significación especial, indiferente a la significación que podría tener el ordenamiento en su conjunto. Con esto, entran en crisis los grandes monumentos legislativos del siglo XIX.

Crisis del sujeto de derecho; crisis de la idea de ordenamiento, de la idea de sistema. El Derecho se vacía de significación ideológica... Casi podríamos declarar muy alegremente, emulando al maestro japonés-americano, “el fin del Derecho”. Sin embargo... La lucha por el Derecho de la que hablaba Ihering es, hoy, considerablemente más encarnizada. Justamente, el Derecho pasa a ser un objeto de deseo tanto más potente cuanto que se despoja de su carácter de gran Ley prohibitiva que emana desde lo alto y se erige en un fetiche singular que hay que tener, *poseer*. Antes, la propiedad privada era el fundamento socioeconómico del derecho subjetivo: hoy, el derecho es en sí mismo una propiedad que se conquista y que permite expandir el área de poder económico del actor que lo tiene. Aunque también permite aumentar la libertad o la justicia. Esto lo vuelve deseable y, por consiguiente, recrudece la batalla que se libra en el campo socio-jurídico.

Los actores que libran la lucha en el campo jurídico deben apelar a la palabra para conquistar su “derecho”, para imponer sus intereses al nivel socio-jurídico, sosteniendo ese discurso con otros discursos extra-normativos; sin embargo, estos actores no son ellos mismos los habilitados para pronunciar la palabra normativa *strictu sensu*. Necesitan, pues, usar ese poder de persuasión dirigiéndolo hacia determinados sujetos que, según el ordenamiento oficial, tienen la autoridad para emitir discursos con calidad normativa. Esa autoridad la confieren las llamadas “reglas de designación”. En palabras de Ricardo Entelman, “las reglas de producción del discurso jurídico son reglas de designación. Éstas individualizan a aquellos quienes están en condiciones de ‘decir’ el discurso jurídico”⁶. Desde la ciencia jurídica estamos acostumbrados a pensar en un discurso originario, primigenio, que atribuye a ciertos sujetos, bajo ciertas circunstancias, en cierto tiempo y

⁶ ENTELMAN, Ricardo: *Discurso normativo y organización del poder*, en “Materiales para una teoría crítica del Derecho”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006, p. 213

espacio y mediando el adecuado ritual, el poder de *decir* el Derecho, pronunciar las palabras que actualizan el ordenamiento jurídico, que lo *re-presentan* (es decir, que lo hacen presente). Este discurso originario es mítico: es el contrato social, la norma fundamental o, quizá, hasta la comida totémica freudiana. Es el grado cero de la ley, la palabra jurídica (o la acción) que hace posible toda otra palabra jurídica y la legítima. Para ocultar el carácter mítico de estas suposiciones históricas se ha echado mano al recurso de la “hipótesis”: así, el momento originario no sería ya una fábula que ocuparía un oscuro lugar que el intelecto no puede llenar, sino una especie de significante, de súper-concepto que permitiría cerrar un sistema con una hipótesis, tan irreal como necesaria. Cuán interesante sería aplicarle a esta visión de cuño idealista el análisis marxista de la teoría de la acumulación originaria, cuando el propio Marx dice “Esta acumulación originaria desempeña en la economía política aproximadamente el mismo papel que el *pecado original* (las cursivas son del original) en la teología. Adán mordió la manzana y con ello el pecado se posesionó del género humano. Se nos explica su origen contándolo como una anécdota del pasado...”⁷ Algo parecido había dicho el “joven Marx”: “La economía política parte del hecho de la propiedad privada. No nos lo explica (...) No hagamos como el economista, que, cuando desea explicar algo, se coloca en un estado originario íntegramente fabricado. Esa clase de estado originario nada explica. No hace más que relegar el problema a un claroscuro lejano y nebuloso.”⁸

¿Y acaso la norma fundamental no relega el problema jurídico a “un claroscuro lejano y nebuloso”?

La globalización arrasa con la idea de norma fundamental, porque arrasa con la prolijidad del discurso jurídico al generar nuevas reglas de designación que no están dichas en ningún discurso fundamental. Al contrario, aparecen nuevas reglas de designación que se superponen, a la postre, a las ya existentes. Un ejemplo es la *lex mercatoria* internacional, cuya recopilación y, por tanto, legitimación, es ajena a las constituciones nacionales⁹.

En este punto es necesario recurrir a Foucault. En *El orden del discurso*, Foucault analiza los procedimientos de control, selección y redistribución del discurso. Los procedimientos

⁷ MARX, Karl: *El Capital. Tomo I: El proceso de producción del capital*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2004, trad. cast., p. 891

⁸ MARX, Karl: *El trabajo alienado*, en “Manuscritos de 1844”, Editorial Cartago, Buenos Aires, 1984, trad. cast., pgs. 99 y 100

⁹ Ver DUQUELSKY GÓMEZ, Diego: *Yo, Ovidio Gonzáles Wasorna... Y el mito de la protección constitucional del Derecho indígena*, en “Materiales para una teoría crítica del Derecho”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006, p. 309

internos –aquellos que se ejercen desde el interior del propio discurso- buscan conjurar el azar, el acontecimiento, subsumir el discurso en un orden cristalino con un principio y un fin. La norma fundamental, en este sentido, ha servido como procedimiento de control dentro de la ciencia jurídica, tratando de reducir el discurso jurídico a un orden y desconociendo su carácter temible de *acontecimiento*. En este aspecto creo que la globalización tuvo un impacto positivo dentro de las disciplinas jurídicas, pues ella misma es un acontecimiento difícil de explicar a partir de una serialización histórica, de una ordenación lógica o de una concepción teleológica. En tanto acontecimiento, la globalización muestra cómo el Derecho se produce donde existe el poder, sin respetar la *institución*, sin que la institución del Estado, de los tribunales o del parlamento pueda adueñarse de la palabra normativa definitivamente. Siguiendo a Entelman, podríamos decir que el bosque ya no esconde el árbol¹⁰.

3. LA GLOBALIZACIÓN Y LOS ESPACIOS REPUBLICANOS

Sin embargo los espacios formalmente productores de Derecho –parlamentos, Tribunales de Justicia, organismos públicos, Gobierno- continúan enmarcados en un modelo nacional y republicano. *Nacional* por cuanto los Estados nacionales son aún la unidad política de nuestro mundo globalizado, a pesar de que aparecieron esbozos de instituciones mundiales como la Corte Penal Internacional, que dan muestras de un embrionario desarrollo político supranacional. *Republicano* por cuanto las normas jurídicas en sentido amplio sólo son consideradas tales en la medida en que hayan egresado de alguno de los tres poderes que tipifican a la República: Legislativo (leyes), Ejecutivo (decretos) o Judicial (sentencias).

En este nuevo contexto dichos espacios aparecen excedidos: son incapaces de recoger de manera adecuada las demandas que provienen de la vida social y proyectarlas exitosamente a través de normas racionales. El Poder Judicial se empequeñece a medida que se ensancha el poder financiero global. ¿Cómo podrían los jueces de los endebles tribunales en lo penal-económico de nuestro país ocuparse de la delincuencia económica transnacional? ¿Cómo pueden los tribunales en lo penal-tributario juzgar a los grandes evasores? Los unos ceden a

¹⁰ “Pero cuando el Derecho se muestra a sí mismo como la forma del Estado, como la organización del Poder, no lo hace para hacerse cargo de las prácticas sociales implicadas, sino para esconder las formas en que su discurso condensa y distribuye ese poder, al subordinar dichas prácticas. Es un efecto de ocultamiento de lo que se muestra. Algo así como la idea de esconder el árbol mostrando el bosque.” (ENTELMAN, Ricardo: *Discurso normativo y organización del poder*, en “Materiales para una teoría crítica del Derecho”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006, p. 211)

la corrupción; los otros son como Quijotes que luchan, ya no contra molinos de viento, sino contra verdaderos gigantes, usando armas totalmente anacrónicas.

El Derecho puede ser pensado como práctica del orden o como práctica de la justicia: como instrumento del poder para afirmarse y ordenar las demás prácticas sociales, o como legalidad inhibitoria del poder que resta fuerza a la práctica del orden. Sin embargo, también admite una tercera lectura: el Derecho puede concebirse como *modo* de ejercer el poder, como práctica del orden civilizado. Un poder que instala el orden pero no a cualquier precio, un poder que insta un orden *jurídico*. Cuando el Derecho no cumple esta función civilizadora del poder, las apetencias de éste aparecen acorazadas con otros discursos, provenientes de construcciones simbólicas no jurídicas: la religión, la moral, la ciencia económica... Y es aquí donde el carácter deficitario (en términos jurídicos) de la globalización muestra sus peores consecuencias: las guerras ya no se libran aduciendo la violación de un tratado¹¹ o cuestiones territoriales, al contrario, recurren a justificaciones de corte religioso, o se apoyan en el miedo de la población. Por tanto, la búsqueda de la justicia se transforma también en una pulsión desjuridizada, carente de normatividad. La dominación mundial es ajurídica; ¿qué tiene de extraño que la lucha por la liberación de los pueblos oprimidos se desenvuelva en un marco anómico?

Marx dijo una vez “las revoluciones no se hacen con leyes”. Pues bien: la globalización es una gigantesca revolución de derecha, un enorme arrasamiento con toda conquista social, un monstruoso huracán reaccionario, y no se está haciendo con leyes. Los desarrollos jurídicos internacionales contemporáneos –como la Corte Penal Internacional- aparecen más como un intento de encontrar justicia mundial *a pesar de la globalización* que como producto transparente de ésta. El espíritu fáustico y conquistador del capitalismo no admite ya una normatividad fuerte; así como quiere un pensamiento débil, vaciado de grandes relatos, quiere también un Derecho débil, sin justicia ni orden. Es un momento interesante para el mundo, pues se plantea la posibilidad de un orden en contra del poder, y por tanto un Derecho de los dominados.

¹¹ Una excepción la podemos encontrar tal vez en la última invasión estadounidense a Irak, en la que se utilizó como argumento la violación por parte del gobierno iraquí de las normas de seguridad internacionales que prohíben a ciertos países tener armas de destrucción masiva. No obstante, además de la conocida falsedad de este argumento la guerra y su antesala estuvieron cargadas de discursos cruzados, que hablaban del Bien contra el Mal y exhortaban a sacar al diablo de su cueva. Y el modo en como se llevó a cabo la guerra –con matanza indiscriminada de civiles y múltiples violaciones al Derecho bélico- ponen de manifiesto la ausencia de articulación jurídica de la llamada guerra preventiva.

Un verdadero Derecho internacional, dotado de herramientas coactivas, sería una pesadilla para los ganadores de la globalización. Imagínense un Código Tributario que regule las transacciones económicas entre América latina, Europa y Estados Unidos, introduciendo criterios de progresividad y equidad; si los Derechos Humanos fuesen ley para las naciones y se aplicasen a rajatabla, Estados Unidos debería renunciar a toda su actual política exterior; si existiese un poder jurígeno por encima de los distintos bloques regionales, una mayoría conformada por representantes del Tercer Mundo podría obligar a la Unión Europea a derogar sus barreras agrícolas proteccionistas. ¿Por qué no soñar?

Las corrientes de pensamiento críticas –desde el marxismo hasta el psicoanálisis- han señalado el carácter represivo de la ley y, por tanto, han creado herramientas teóricas para impugnar el Derecho. Foucault abrió la posibilidad de pensar la ley, no ya como una espada que corta, como un “no” puesto ante la libertad, sino como red, como telaraña pegajosa que seduce, atrae, anuda puntos cardinales y deja vacíos intencionados. La globalización ha tendido una especie de telaraña a los espacios republicanos. La telaraña del comercio internacional, del crédito externo, del endeudamiento. Sabemos que la república no es virgen, pura ni sacrosanta; sabemos que históricamente ha estado vinculada a intereses económicos y que muchos de sus postulados son mitos y ficciones. Pero la república ha sido la manera en como el poder, en la modernidad, se pensó a sí mismo en términos jurídicos. La globalización, al poner en crisis los espacios republicanos, ya no piensa el poder en términos jurídicos; luego, para pensar en términos jurídicos hay que pensar desde un lugar diferente al del poder (sea este lugar una exterioridad salvaje, una oposición radical o un poder alternativo). El gobierno de la ley, la supremacía constitucional, los derechos individuales, la ciudadanía, la división de poderes, la publicidad de los actos de gobierno, etc., eran al mismo tiempo categorías políticas y categorías jurídicas; articulaban el poder con lo jurídico y constituían los puntos de ensamble que aseguraban los mitos y ficciones del Derecho y hacían posible plantear nuevos derechos, funciones o sujetos.

La ideología republicana veía al poder como un recipiente que el pueblo debía llenar con su voluntad. El Poder Ejecutivo o el Poder Legislativo eran concebidos como instancias naturales, y, además, neutrales. Lo opinable era en todo caso quién debía ocupar esos puestos y qué se debía hacer una vez en ellos, y la última palabra la tenían los ciudadanos. Se ocultaba que en realidad, bajo esas formas inmutables, ocupando los recipientes desde

los cuales se producía el Derecho, ya existía una cierta voluntad de poder. No cualquier discurso jurídico podía ser dicho.

Sin embargo esta estructura republicana garantizaba la legalidad del poder, permitiendo una juridicidad mínima en el proceso de construcción política. Esta concepción no estaba completa sin su antítesis: la guerra de todos contra todos. Todavía hoy vemos como se suele contraponer el Derecho con la fuerza, como si la ausencia del Derecho significase inexorablemente el reinado de la fuerza. Aquí aún juega un importante papel la teoría contractualista.

Los espacios republicanos de producción jurídica están excedidos y aparecen poderes externos a la institucionalidad oficial. No vemos, sin embargo, el surgimiento de la fuerza bruta; o, al menos, la fuerza no es *tan bruta*.

El Derecho también iba acompañado de la fuerza. Lo que vemos ahora es la emergencia de discursos no jurídicos, no racionales, donde toda idea de procedimiento, de método, de orden, está ausente¹². Digámoslo de otra manera: con el Derecho también se hacían guerras y se mataba. Pero con la globalización se hacen guerras y se mata sin el Derecho. Ustedes se preguntarán, ¿y cuál es la diferencia si, al fin y al cabo, el resultado es el mismo? Desde mi punto de vista, la diferencia –y por qué no la esperanza- es que el Derecho puede transformarse en una herramienta para castigar a los que hacen la guerra y matan. Los poderes emergentes de la globalización han dejado de recurrir, en mayor o menor medida, a las “armas jurídicas”; las arrumbaron, las descuidaron. Eso permite a quienes no tienen el poder recoger esas armas y utilizarlas para fines humanistas y justos¹³.

El Derecho es sinónimo de orden. Si el poder quiere construir un orden sin Derecho, sin república, sin discursos de corte jurídico, es posible oponerle al propio poder el *orden jurídico* en su más pleno sentido. Y bajo esta consigna estamos tentados de proponer que el

¹² Recordemos la brillante obra cinematográfica *Apocalypse Now*, de Coppola. En esta película se muestra de manera sutil –según José Pablo Feinmann- como en la Guerra de Vietnam muere la racionalidad occidental. “La razón occidental se estructura en el siglo XVII con Descartes. Ahí, el sujeto de la Modernidad asume la representación de todo lo dado. La centralidad es el ego, el cogito cartesiano. *Esta racionalidad surge como método*. Esta racionalidad surge como *discurso* y este discurso es un *discurso del método*. Kurtz le pregunta a Willard qué opina de sus métodos. Y Willard le da la respuesta precisa, acaso la respuesta que Kurtz deseaba: “No veo métodos”. Con Kurtz, ahí, en la selva camboyana, expresando la inhumanidad última de la guerra, su salvajismo y su primitivismo esenciales, muere la razón occidental. Muere como razón y muere, por consiguiente, como método. Ya no hay métodos porque la razón ha muerto.” (FEINMANN, José Pablo: *El cine por asalto. Ensayos y variaciones*, Planeta, Buenos Aires, 2006, p. 79) En la era global todas las guerras son la Guerra de Vietnam. Y si alguien piensa que esto no tiene nada que ver con el Derecho es porque ignora que las prácticas jurídicas modernas están tramadas por la racionalidad, por el método.

¹³ Todo esto lo decimos, desde luego, con carácter relativo, puesto que no pasa de ser una perspectiva ilusionada del que expone.

Derecho sea pensado otra vez como esa Ley que dice “no”, que prohíbe, que coarta; pero esta vez diciéndole “no” al poder y a sus “trampas” seductoras.

No obstante lo dicho, el fenómeno del pluralismo jurídico es una realidad, y no podemos soslayar que los poderes globales fabrican sus propias normas en vigor. Tanto los organismos económicos internacionales como las megaempresas multinacionales elaboran reglamentos, directivas y pautas; celebran contratos, emiten informes. Y todo esto no podría considerarse como relaciones jurídicas *privadas* si no queremos caer en el absurdo; una negociación entre Argentina y el Banco Mundial no es algo “privado”, es una operación económica celebrada por un país que obliga a dicho país y que, por ende, constituye parte de su ordenamiento jurídico en sentido amplio. En este tipo de operaciones confluyen de manera palmaria el carácter normativo del Derecho y lo existencial, la conducta. Un préstamo a un Gobierno es parte de lo que la teoría general del Derecho llama “conducta”, es decir, la praxis, la vida; surge de una necesidad económica interna, de una situación real, de una negociación entre funcionarios de carne y hueso y concluye con la firma de un acuerdo. Pero a su vez tiene un carácter deóntico, normativo, pues emerge de la voluntad del Estado (y en un Estado de Derecho todo lo que hagan los funcionarios tiene carácter deóntico) y se plasma en un texto formal. A estos niveles, pues, se hace muy difícil discernir entre la norma, la conducta y el valor; los esquemas se rompen. Se elevan a la condición de ley las obligaciones contraídas. De modo que no podemos decir que el Derecho “global” se desarrolle “al lado” del Derecho oficial, desde que este último lo asimila y negocia con aquél.

Existe, pues, una suerte de normativa global que tiene el sello del gran capital transnacional. Hay un Derecho nacional y republicano, que emerge de los ámbitos legislativo, judicial y ejecutivo; todavía tenemos la praxis social, la vida jurídica de la sociedad civil, donde se celebran contratos entre particulares, la gente se casa y se divorcia, testa, demanda, tiene accidentes, etc. Y tenemos un gran número de conductas de los grandes operadores internacionales (potencias, empresas y organismos) que están al margen de toda normatividad, que si bien tienen trascendencia jurídica no están alcanzadas por el Derecho o, alcanzadas, se le sustraen. Son las acciones que mencionamos más atrás –como las guerras preventivas encabezadas por Estados Unidos- que no recurren al discurso jurídico para legitimarse, que son legitimadas desde discursos que no son aceptados por

todos, que carecen de racionalidad y consenso internacional. Finalmente, tenemos el Derecho Internacional oficial -propiamente dicho- que según ya mencionamos no es para nosotros un emergente lineal de la globalización sino la proyección de un deseo de justicia *a pesar de la globalización*. Dentro de esta categoría deberíamos incluir –con reservas- la integración regional.

4. CONCLUSIONES: EL DERECHO Y LA HISTORIA CONTINÚAN

Al comenzar esta exposición formulamos la hipótesis siguiente: **“la globalización ha modificado sustancialmente las condiciones de producción del Derecho”**.

Ahora tenemos la obligación de preguntarnos: **¿en qué las ha modificado?**

A modo de síntesis señalaremos cinco puntos en que esta modificación puede apreciarse, puntos que se desprenden de lo dicho hasta aquí, para luego concluir esta ponencia:

- a) *Reglas de designación*: con la globalización aparecen en el escenario internacional grandes poderes económicos que dictan unilateralmente sus propias normativas sin tener en mayor consideración al Derecho estatal, produciendo un descentramiento en la toma de decisiones y una relocalización del poder de “decir el Derecho” en materia financiera mundial. El ejemplo lo ofrece la *lex mercatoria* internacional, que se enmarca dentro del fenómeno denominado “pluralismo jurídico”.
- b) *Sentido común jurídico*: cambia la manera en como el Derecho es pensado; ya no se lo concibe como una proyección global de los intereses de una clase o de la ciudadanía, sino como algo que es preciso conquistar, apropiarse; y se despoja, así, de su carácter de Ley vertical, pensándose como un terreno inestable donde se libra una batalla en la cual se hace necesario recurrir al poder de *persuasión*.
- c) *Ubicación del Derecho dentro de la estructura social*: la complejidad de la estructura social en la era de la globalización hace que se replantee el lugar que el Derecho ocupa dentro de las relaciones de poder globales; se hace imposible asignarle un lugar fijo, pues las relaciones de poder se han vuelto más dinámicas e inestables.
- d) *Función del Derecho*: el poder brota en espacios salvajes, ajenos a los espacios republicanos previstos por las constituciones; en consecuencia, la praxis jurídica pierde poder y la función del Derecho muta potencialmente: se abre la posibilidad

de usar el Derecho como herramienta *contra el poder*. Como el Derecho ya no es *tan* importante dentro de la estrategia de los centros de poder internacionales, su función conservadora decae y los oprimidos tienen la oportunidad de utilizarlo para sus propios fines. Esto es únicamente una potencialidad, no una actualidad.

- e) *Condiciones materiales*: la globalización cambió de manera sensible las condiciones sociales, económicas y culturales sobre las que trabajan diariamente los operadores jurídicos. Esto obliga a los mismos, de manera inexorable, a virar sus puntos de vista y a tornarse más creativos para así poder comprender y regular nuevos fenómenos. Un ejemplo lo dan las nuevas tecnologías como Internet, que descolocan los moldes del razonamiento jurídico tradicional y fuerzan a legisladores y jueces a replantearse conceptos como tiempo y espacio.

Tanto los operadores especializados como la gente común producen diariamente actos con significación y efectos jurídicos. Pero no lo hacen libremente, a su antojo, sino sujetos a ciertas condiciones materiales y simbólicas de las que no pueden zafarse. Ciertamente, algunos de los operadores tienen más libertad o poder de decisión que otros: un legislador que un juez, pues el juez está sujeto a la ley creada por aquél; pero no vemos jamás una voluntad pura que fabrique normas *ex nihilo*. Ni siquiera el constituyente tiene ese lugar¹⁴. Todos los puntos que repasamos dan cuenta de que las condiciones bajo las cuales se produce, reproduce y consume el Derecho son diversas a las existentes antes de la globalización. Algunas de estas condiciones son materiales, otras operan a nivel simbólico, pero en su conjunto forman la trama que articula lo que, algo burdamente, podríamos llamar el “modo de producción del Derecho”, que ha experimentado cambios significativos.

El pensamiento neoliberal declaró, en los años ochenta y noventa, el fin de la historia. Ya no quedaba lugar para alternativas. El liberalismo había triunfado por encima del socialismo y, más allá de él, nada había. Con esta declaración se impedía hablar de política, pues no había nada de que hablar, no había nada por discutir. Sólo le quedaban a la

¹⁴ Pues además de recibir el poder constituyente de una norma anterior y de la voluntad popular, está condicionado por múltiples factores económicos, políticos, sociales y culturales. En Argentina, el constituyente del '53 estaba sujeto a los pactos preexistentes, sin contar con los poderosos intereses económicos que había detrás y de la sorda presión de la historia precedente.

humanidad problemas técnicos; y para resolver los problemas técnicos estaban, justamente, *los técnicos*.

En el Derecho, esto significaba que los conflictos no tenían ya trascendencia socio-política, que todo entuerto entre hombres carecía de significaciones ideológicas. Y representaba igualmente que la solución de estos pequeños, concretos y accidentales entuertos estaba a cargo de los técnicos en Derecho, los especialistas, que, por otra parte, no tenían nada que objetar al mismo, nada por discutir, nada por pensar.

Los movimientos contestatarios a la globalización pusieron de manifiesto -quizá sin saberlo- que el Derecho aún tiene que ser pensado; que el saber jurídico aún está por hacerse; que los infinitos conflictos que nacen en una sociedad “dicen” algo y que, de ellos, algo tenemos para decir: *todos*, no sólo los “técnicos”. Porque al haber historia, hay una humanidad que busca su sentido de la justicia. Y donde hay un deseo de justicia el Derecho deja de ser un mecanismo vano para transformarse en una práctica vital que debe ser pensada, que debe ser acompañada por un saber.

5. EPÍLOGO

Para concluir, quisiéramos reivindicar lo que Esteban Franichevich denomina “los Estatutos Humanitarios Mínimos”, que son “criterios mínimos y universales de justicia, que tienen el carácter de notables e irrenunciables y son mejorables, y que no son el producido de un acto instantáneo sino que la ganancia de años de historia...”¹⁵ Estos Estatutos –que son quizá el más refinado tesoro jurídico de que disponemos- deben servir de libreto, de mapa, para la tarea de quienes deban hacer el Derecho en el siglo XXI. Y esta frase, escrita en el horizonte:

*“Confiemos que el futuro nos depare un mundo mejor, más justo y más viable. El viejo siglo no ha terminado bien.”*¹⁶

El siglo XX no ha terminado bien y el siglo en curso no parece muy prometedor. El Derecho es más necesario que nunca. El Derecho continúa, igual que la Historia.

¹⁵ FRANICHEVICH, Esteban Luis: *El bienestar de/en la cultura*, editorial Juris, Rosario, 2005, p. 91

¹⁶ HOBBSAWM, Eric J.: *Historia del siglo XX*, Crítica Grijalbo Mondadori, Buenos Aires, 1998, trad. cast. p. 26

BIBLIOGRAFÍA

ALBANO, S.; LEVIT, A.; ROSEMBERG, L.: *Diccionario de semiótica*, Quadrata, Buenos Aires, 2005

ASEFF, Lucía María (compiladora): *Las fuentes del Derecho*, editorial Juris, Rosario, 2005

CHOMSKY, Noam; FOUCAULT, Michel: *La naturaleza humana: justicia versus poder*, Katz editores, Buenos Aires, 2006, trad. cast.

FACULTAD DE DERECHO UNR: *Cursillo introductorio ingreso año 2002*, COFADE, Rosario, 2002

FEINMANN, José Pablo: *El cine por asalto. Ensayos y variaciones*, Ed. Planeta, Buenos Aires, 2006

FOUCAULT, Michel: *El orden del discurso*, Fábula Tusquets editores, Buenos Aires, 2005, trad. cast.

FOUCAULT, Michel: *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, México DF, 1984, trad. cast.

FRANICHEVICH, Esteban Luis: *Breve introducción filosófica al mundo jurídico*, BEA, Rosario, 1990

FRANICHEVICH, Esteban Luis: *El bienestar de/en la cultura*, editorial Juris, Rosario, 2005

FREUD, Sigmund (selección de textos de Anna Freud): *Los textos fundamentales del psicoanálisis*, Altaya, Barcelona, 1993, trad. cast.

HOBBSAWM, Eric: *Historia del siglo XX*, Crítica Grijalbo Mondadori, Buenos Aires, 1998, trad. cast.

HORKHEIMER, Max: *Teoría Crítica*, Amorrortu editores, Buenos Aires, 2003, trad. cast.

IHERING, R.: *La lucha por el Derecho*, Editor Antonio Lacort, Buenos Aires, 1939, trad. cast.

KELSEN, Hans: *Teoría pura del Derecho*, Porrúa, México DF, 1995, trad. cast.

MARÍ, Enrique; CÁRCOVA, Carlos M.; DUQUELSKY GÓMEZ, Diego J.; ENTELMAN, Ricardo; GRAU, Eros Roberto; KELSEN, Hans; VAN DE KERCHOVE, Michel; OST, François; RAFFIN, Marcelo; RUIZ, Alicia E. C.: *Materiales para una teoría crítica del Derecho*, Lexis-Nexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006

MARÍ, Enrique Eduardo: *La problemática del castigo. El discurso de Jeremy Bentham y Michel Foucault*, Hachette, Buenos Aires, 1983

MARX, Karl: *El Capital*, Siglo veintiuno editores Argentina, Buenos Aires, 2004, trad. cast.

MARX, Karl: *El trabajo alienado*, en “Manuscritos de 1844”, editorial Cartago, Buenos Aires, 1984, trad. cast.

MARX, Karl; ENGELS, Friederich: *Manifiesto del Partido Comunista*, editorial Catari, Buenos Aires, 1994, trad. cast.

MICHELINI, Dorando J.: *Globalización, interculturalidad y exclusión. Ensayos ético-políticos*, Ediciones del Icala, Río Cuarto, 2002

MOVIMIENTO UNIVERSITARIO DE IZQUIERDA: "Pretensión Jurídica" núm. 1, año 1, noviembre de 2002, Rosario

UNIVERSIDAD ABIERTA (estudio preliminar, selección de textos y traducción: José Sazbon): *Saussure y los fundamentos de la lingüística*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1985

ZAFFARONI, Raúl Eugenio: *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 1991