ISSN 2718-6415



NÚMERO ESPECIAL EN HONOR Y MEMORIA AL

DR. MANUEL CALVO GARCÍA

REVISTA LATINOAMERICANA DE SOCIOLOGÍA JURÍDICA

AÑO 2 | NÚMERO 3 | SEPTIEMBRE 2021

SASJu
SOCIEDAD ARGENTINA DE SOCIOLOGÍA JURÍDICA

RELADES
RED LATINOAMERICANA DE DERECHO Y SOCIEDAD

POLIEDRO EDITORIAL
DE LA UNIVERSIDAD DE SAN ISIDRO

EQUIPO DE TRABAJO

Director Editorial

Germán Silva García

Universidad Católica de Colombia

Secretaria Editorial

Estefanía Paola Cuello

Subsecretaria Editorial

Evelin Débora Kim

Arte y Diseño

Mariana Betoño

Soledad Lohlé

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN ISIDRO

Rector

Enrique Del Percio

Vicerrector de Investigación y Extensión

Jerónimo Biderman Núñez

Decana de la Facultad de Ciencias Jurídicas y de la Administración

Laura Ochoa

ISSN 2718-6415

REVISTA LATINOAMERICANA DE SOCIOLOGÍA JURÍDICA

La Revista Latinoamericana de Sociología Jurídica es una publicación editada en forma conjunta por la Facultad de Ciencias Jurídicas y de la Administración de la Universidad de San Isidro "Dr. Plácido Marín" y la Sociedad Argentina de Sociología Jurídica (SASJU).

Dirección: Av. Del Libertador 17.175, Beccar, San Isidro, Provincia de Buenos Aires, Argentina. Código Postal: 1642

Correo electrónico: relasocju@usi.edu.ar

Web: https://usi.edu.ar/publicaciones/revista-latinoamericana-de-sociologia-juridica/

Autorizada provisoriamente por Decreto PEN Nro. 1642/2012 conforme a lo establecido en el artículo 64 inciso "c" de la Ley 24521.

COMITÉ CIENTÍFICO

Rosembert Ariza Santamaría | Universidad Nacional de Colombia, Colombia

Iordan Gheorghe Bărbulescu | Școala Națională de Studii Politice și Administrative, Rumania

Dayana Lisbeth Becerra Alipio | Universidad Católica de Colombia, Colombia

María Inés Bergoglio | Universidad Nacional de Córdoba, Argentina

Julio Bordas Martínez | Universidad Nacional de Educación a Distancia - UNED, España

Manuel Calvo García † | Universidad de Zaragoza, España

Kerry Lyn Carrington | Queensland University of Technology, Australia

Jorge Enrique Carvajal Martínez | Universidad Nacional de Colombia, Colombia

Ana Milena Coral Diaz | Universidad Católica de Colombia, Colombia

Angélica Cuéllar Vázquez | Universidad Nacional Autónoma de México, México

Solange Delannoy | Universidad Nacional de Rosario, Argentina

Enrique Miguel Del Percio | Universidad de San Isidro "Dr. Plácido Marín", Argentina

Martha Díaz de Landa | Universidad Católica de Córdoba, Argentina

Rubén Hector Donzis | Universidad de Buenos Aires, Argentina

Julio Echeverría | Universidad Central, Ecuador

María José Fariñas Dulce | Universidad Carlos III, España

Vincenzo Ferrari | Università degli Studi di Milano, Italia

Edmundo Fuenzalida Faivovich | Universidad de Chile, Chile

Laura Cecilia Gamarra Amaya | Universidad Católica de Colombia, Colombia

Valeria Giordano | Università degli Studi di Salerno, Italia

María Eugenia Gómez del Río | Universidad Nacional de Córdoba, Argentina

Alejandro Gómez Jaramillo | Universidad Santo Tomás, Colombia

Manuela Graciela González | Universidad Nacional de la Plata, Argentina

María José Jiménez Díaz | Universidad de Granada, España

Jairo Vladimir Llano Franco | Universidad Libre de Cali, Colombia

Laura Noemi Lora | Universidad de Buenos Aires, Argentina

Adriana Mack | Universidad Nacional de Rosario, Argentina

Vera Malaguti de Sousa Weglinski Batista | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

Letizia Mancini | Università degli Studi di Milano, Italia

Luis Eduardo Morás | Universidad de la República, Uruguay

Marco Tulio Navas Alvear | Universidad Andina, Ecuador

María Laura Ochoa | Universidad de San Isidro "Dr. Plácido Marín", Argentina

José Omar Orler | Universidad Nacional de la Plata, Argentina

Néstor Iván Osuna Patiño | Universidad Externado de Colombia, Colombia

Juan Carlos Oyanedel Sepulveda | Universidad Andrés Bello, Chile

Bernardo Pérez Salazar Instituto Latinoamericano de Altos Estudios ILAE, Colombia

María Verónica Piccone | Universidad Nacional de Río Negro, Argentina

Cirus Rinaldi | Università degli Studi di Palermo, Italia

Fernando Rister de Sousa Lima | Universidade Presbiteriana Mackenzie, Brasil

David Rodríguez Goyes | Oslo University, Noruega

Rafael Rosell Aiquel | Universidad Pedro de Valdivia, Chile

Alejandro Rosillo Martínez | Universidad San Luis de Potosí, México

Olga Luisa Salanueva | Universidad Nacional de La Plata, Argentina

David Sánchez Rubio | Universidad de Sevilla, España

Fulvio German Santarelli | Universidad de San Isidro "Dr. Plácido Marín", Argentina

Rene Van Swaaningen | Erasmus University, Países Bajos

Maria Dolores Suárez Larrabure | Universidad Nacional de Tucumán, Argentina

Doris Jimena Sierra Camargo | Universidad Católica de Colombia, Colombia

Antonio Tucci | Università degli Studi di Salerno, Italia

Víctor Manuel Uribe Urán | Florida International University, Estados Unidos

Franz Vanderschueren | Universidad Alberto Hurtado, Chile

Roberto Carlos Vidal López | Pontificia Universidad Javeriana, Colombia

José Vicente Villalobos Antúnez | Universidad de Zulia, Venezuela

Antonio Carlos Wolkmer | Universidade de LaSalle, Brasil

Raquel Zonia Yrigoyen Fajardo | Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, Perú

Daniela María José Zaikoski Biscay | Universidad Nacional de La Pampa, Argentina

ÍNDICE

5. Historia de la sociología jurídica latinoamericana. Los que se fueron… y su herencia. Manuel Calvo García

Germán Silva García

22. 1989-2020 – Some of the Changes occurred in the Socio-legal Field

Vincenzo Ferrari

38. Sociología jurídica, metodología, teoría del derecho y transformaciones del Estado

Jairo Vladimir Llano Franco

59. Pluralismo jurídico e justiça comunitária: reflexões sobre Brasil e Colômbia

Maria Angélica Leal y Antonio Carlos Wolkmer

92. El pluralismo jurídico y los derechos de las minorías. (En memoria de Manuel Calvo García)

Fernando Arlettaz

123. La formación de un sujeto adecuado para el derecho. Recuerdo a la obra de Manuel Calvo García

David Vila-Viñas

146. Trascendiendo el derecho y acortando distancias. Una relectura de Manuel Calvo García desde las ciencias sociales

Claudia Sandra Krmpotic y Elda Ivonne Allen

168. Sobre la teoría del derecho en perspectiva sociojurídica. En homenaje a Manuel Calvo García

Ignacio Aymerich Ojea

199. Estado regulativo e controle penal no brasil. Uma contribuição a partir da obra de Manuel Calvo García

Fernanda Bestetti de Vasconcellos y Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo

228. A agenda pós-pandemia: Estado e novos padrões de intervenção. (En memoria de Manuel Calvo García)

José Eduardo Faria

246. Sociologia ambiental do direito: horizontes, aplicações e perspectivas

Marcio Henrique Pereira Ponzilacqua y Leonardo Mattoso Sacilotto

270. Feminismos y modelos prostitucionales. Apuntes socio-jurídicos para el caso uruguayo

Pablo Guerra y Romina Gallardo Duarte

301. El resguardo de la intimidad en las sociedades modernas. Una mirada desde la biopolítica

Kevin David Villegas Retamal

331. Abordaje psicoanalítico del derecho: goce, deseos y sueños

Fernando Stalin Bajaña-Tovar

355. 1989-2020 – Algunos de los cambios ocurridos en el campo de estudio de la sociología jurídica

Vincenzo Ferrari

Traducción de Priscila Marquez Arias y Victoria Mourenza

BASES Y NORMATIVAS

372. Instrucciones para la presentación de artículos

ANEXO

377. Acta Constitutiva de la Sociedad Argentina de Sociología Jurídica (SASJU)

HISTORIA DE LA SOCIOLOGÍA JURÍDICA LATINOAMERICANA
LOS QUE SE FUERON… Y SU HERENCIA
MANUEL CALVO GARCÍA

Germán Silva García[1]
ORCID: 0000-0002-3972-823X
Correo electrónico: gsilva@ucatolica.edu.co

Resumen

El texto devela, con un sentido histórico, las contribuciones relevantes de Manuel Calvo García al desarrollo de la sociología jurídica latinoamericana, en particular en Colombia. Además de su participación en la creación y desarrollo de programas académicos de posgrado, Calvo García influyó sobre el progreso de la investigación empírica. Asimismo, su obra publicada ha tenido una resonancia en América Latina. De sus aportes se derivan varias orientaciones para el futuro de la sociología jurídica.

Palabras claves: sociología jurídica, sociología jurídica latinoamericana, historia de la sociología jurídica, Manuel Calvo García.

HISTÓRIA DA SOCIOLOGIA DO DIREITO DA AMÉRICA LATINA
AQUELES QUE DEIXARAM NOS... E SUA HERANÇA
MANUEL CALVO GARCÍA

Resumo

O texto revela, com um sentido histórico, as contribuições relevantes de Manuel Calvo García para o desenvolvimento da sociologia jurídica latino-americana, em particular na Colômbia. Além de sua participação na criação e desenvolvimento de programas

[1] Doctor en Sociología de la Universidad de Barcelona, Máster en Sistema Penal y Problemas Sociales de la misma casa de estudios, Abogado y Especialista en Ciencias Penales de la Universidad Externado de Colombia. Decano y profesor de la Universidad Católica de Colombia, Bogotá, perteneciente al Grupo de Investigación en Conflicto y Criminalidad.

acadêmicos de pós-graduação, Calvo García influenciou o progresso da pesquisa empírica. Da mesma forma, sua obra publicada teve ressonância na América Latina. Várias orientações para o futuro da sociologia jurídica são derivadas de suas contribuições.

Palavras-chaves: sociologia jurídica, sociologia jurídica latino-americana, história da sociologia jurídica, Manuel Calvo García.

HISTORY OF LATIN AMERICAN SOCIOLOGY OF LAW THOSE WHO LEFT... AND THEIR INHERITANCE MANUEL CALVO GARCÍA

Abstract

The text reveals, with a historical sense, the relevant contributions of Manuel Calvo García to the development of Latin American legal sociology, particularly in Colombia. In addition to his participation in the creation and development of graduate academic programs, Calvo García influenced the progress of empirical research. Likewise, his published work has had a resonance in Latin America. Various orientations for the future of sociology of law are derived from his contributions.

Keywords: sociology of law, Latin American sociology of law, history of sociology of law, Manuel Calvo García.

1. Introducción

En los años más recientes, de cuerpo presente, más no en su ideario, nos abandonaron varios de los sociólogos del derecho más connotados. Sí, fallecieron. Pero han dejado entre nosotros, como una herencia al alcance de todos, sus ideas representadas en varias obras escritas. Este artículo está dedicado a hablar de ellos, de los que se fueron. En especial, de su influencia en la sociología jurídica colombiana. Me refiero a Manuel Calvo García, español, aunque originario del País Vasco, y residente contumaz en Aragón. Una visita a su obra y su vida será además un pretexto para mencionar, aunque sea brevemente, a

algunos otros, grandes sociólogos del derecho, que también se fueron de este mundo, como Roberto Bergalli, André-Jean Arnaud y Volkmark Gessner, quienes compartieron andanzas con Manolo en el ámbito de la sociología del derecho.

No será este un ejercicio sistemático. Será más bien un testimonio personal. Tampoco se seguirá una metodología convencional u ortodoxa. Será una mezcla de experiencias o vivencias compartidas con los protagonistas de este fragmento de historia, junto a comentarios de sus obras principales, con énfasis en los roles que desempeñaron en el desarrollo de la sociología jurídica.

Espero sí que el texto sea un buen abrebocas de este número de la *Revista Latinoamericana de Sociología Jurídica* que ha sido destinado a rendir un justo homenaje a Manuel Calvo García. Su convocatoria ha gozado de una respuesta magnífica, como correspondía a la vida y obra de este gran sociólogo del derecho.

2. Trayectoria de un Artesano de la Sociología Jurídica

Manuel Calvo García (1956-2020), Manolo como le decíamos sus amigos, se había licenciado en Derecho en la Universidad de Zaragoza (1975-1980), con una memoria titulada *El significado de la ley. Aspectos normativos*. Allí también obtuvo el grado de Doctor en Derecho (1985). Su tesis doctoral, en el ámbito de la filosofía del derecho, *Justificación y objetividad en la interpretación de la ley* (1986), se adentraba en una revisión crítica de las perspectivas hermenéuticas en boga. Con todo, pudo disfrutar también de la oportunidad en 1988, en realidad un privilegio, de realizar una estancia larga de investigación en la *Università Degli Studi* de Milano con la tutoría de Renato Treves, que lo marcaría como sociólogo jurídico.

Manolo fue Profesor de Sociología jurídica y de Filosofía del derecho en la Universidad Zaragoza, la gran base desde la cual incursionó en el campo de la ciencia. Allí tuve oportunidad de visitarlo, tal vez, en 2004, como profesor visitante y dar alguna charla. En la Universidad de Zaragoza fundó el Laboratorio de Sociología Jurídica, que coordinaba

y desde el cual realizó varias investigaciones. En ellas lo acompañó una socia invaluable, su esposa María Teresa Picontó Novales, con la que escribió años después varios trabajos, entre ellos, una obra introductoria a la sociología jurídica de referencia, valiosa por sus sencillez y claridad (Calvo García & Picontó Novales, 2017).

Empero, a Manolo lo había conocido a mediados de 1994, en Oñati, durante su curso de verano, en la época en que era estudiante del Doctorado en Sociología de la Universidad de Barcelona y del Máster en Sistema Penal y Problemas Sociales de esa misma casa de estudios. Roberto Bergalli (1936-2020)[2], quien fue director científico del Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati -IISJO- (1993-1995), lo había invitado a una de las charlas centrales. Su conferencia sobre políticas de seguridad y el Estado, en el contexto de España, me impresionó por su innovación teórica, la manera como ordenaba las ideas y su claridad. En el tema de la seguridad, en la conexión de este con el Estado, concurría su vínculo con Roberto Bergalli, quien había generado ya una gran producción en sociología jurídica penal, para divulgar como pocos el pensamiento criminológico (Bergalli & Bustos Ramírez, 1983; Bergalli, 1998). Manolo también abordó, de un modo interesante y, desde luego, diferente, el tema del control social (Calvo García, 1989), común a toda la sociología jurídica, pero al que la criminología ha prestado especial atención. Pocos años después, cuando con mucho entusiasmo inicial, se fundó una asociación de derecho y sociedad española, la elección de presidente enfrentó a Roberto Bergalli y Pompeu Casanovas, lo que entiendo provocó una fuerte polarización, resuelta con la elección con un amplio consenso de Manuel Calvo García. Terminado su periodo como presidente, Manolo se hizo a un lado para que hubiera una renovación, pero poco después la asociación sucumbió sin gloria y con pena.

[2] Argentino, nacido en Buenos Aires, estudió derecho y se graduó en 1963 en la Universidad de Buenos Aires, donde fue alumno del jurista republicano Luis Jiménez de Asua, refugiado de la dictadura franquista. Trabajó en la judicatura en Argentina e hizo su Doctorado en Derecho en la Universidad de Buenos Aires. En 1976 fue secuestrado y torturado por la dictadura militar que encabezaba el general Rafael Videla, que lo mantuvo prisionero sin juicio hasta 1977. Puesto en libertad, a condición de abandonar el país o la vida, se refugió en Alemania, de donde pasaría a Italia y España donde finalmente se radicó. Se doctoró en Derecho por segunda vez en la Universidad de Salamanca, e ingresó como profesor a la Universidad de Barcelona, donde dirigió el Máster en Sistema Penal y Problemas Sociales, donde se formaron un gran número de académicos latinoamericanos. Jugador de rugby, arrastró con varias lesiones óseas a lo largo de su vida.

De esa experiencia de Manolo en España, en particular de la manera crítica como se refería a ese proceso, también de algún intento exploratorio en Colombia, me quedó la idea de que, a pesar de las buenas experiencias de Argentina con la Sociedad Argentina de Sociología Jurídica (SASJU) y de Brasil con la Asociación Brasileña de Sociología del Derecho (ABRASD por sus siglas en portugués: *Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito*), era mejor propender por un trabajo en redes de investigadores, flexibles y dinámicas, en vez de asociaciones y sociedades. Algunos pocos años más tarde, cuando se presentó para América Latina una idea de crear una especie de escuela o partido para la sociología jurídica-, con un objeto de estudio, marco teóricos, enfoques, metodologías de investigación y temas de investigaciones únicos y colectivos, como un engendro absolutista, la reacción, aún contra la corriente, fue bastante crítica (Silva García, 2003a).

No obstante, creo que entre lo más destacado de su obra en el ámbito de la sociología jurídica fueron sus trabajos sobre teoría del derecho y del Estado (Calvo García, 2005). Finalmente, en ese campo lograba conjugar con maestría sus grandes fortalezas teóricas, esto es, sus conocimientos en filosofía y teoría general del derecho (Calvo García, 1994 y 2000), con la sociología del derecho (Calvo García & Picontó Novales, 2017). Como muchos en España, puesto que esa fue la matriz de la disciplina en el país peninsular, había arribado a la sociología jurídica desde la filosofía del derecho.

En 2018 fue elegido vicepresidente del Comité de Investigaciones en Sociología del Derecho (RCSL por sus siglas en inglés: *Research Committee on Sociology of Law*) de la Asociación Internacional de Sociología (ISA por sus siglas en inglés: *International Sociological Association*), que agregaba así a su equipo directivo a quien había demostrado ser un gran organizador de proyectos. En la vida hay personas de ideas y personas de realizaciones. Cada una de ellas, en su posición es muy valiosa y, claro, más que necesaria. Es muy difícil encontrar a alguien que reúna ambas virtudes, y Manolo lo hacía. Además de Italia, Inglaterra fue el destino de otra de sus estancias académicas. Entre estancias, cursos y conferencias internacionales, Manolo camino el mundo nutriéndose en cada estación.

3. Contribuciones en América Latina

Manuel Calvo García fue un asiduo conferencista y profesor, sobre todo, en Argentina, Brasil, Colombia y Perú. En Brasil y Colombia emerge como conferencista desde 1997; en Argentina en 1998. Su obra dejó un impacto señalado sobre la sociología jurídica latinoamericana. Su presencia acompañó congresos internacionales y clases de posgrado en buena parte del continente. También jugó un importante papel en la organización universitaria de la sociología jurídica en Colombia.

En efecto, durante una de las visitas que realizó a Bogotá, en las que oficiaba como profesor del programa de Doctorado en Derecho de la Universidad Externado de Colombia, que yo dirigía por aquel tiempo, concertamos la creación del Doctorado en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas. La propuesta inicial que le había planteado a Manolo era la de crear un "Doctorado en Sociología Jurídica y Ciencia Políticas", pero Manolo sugirió sustituir la parte final de la denominación, por la de "Instituciones Políticas", a fin de evitar intromisiones en el campo de sus colegas de ciencia política de la Universidad de Zaragoza. La variación, con todo, facilitaba la idea de que el programa tuviera dos brazos, estrechamente relacionados entre sí, que atrajeran a estudiantes de dos campos disciplinares interconectados en la visión que teníamos. Se acordó crearlo de manera simultánea en Colombia y España, en las universidades Externado de Colombia y de Zaragoza. A la postre, nació primero en Zaragoza, pues los trámites oficiales eran bastante más complicados y demorados en Colombia. En ambos países el programa tuvo una corta duración, pero un gran impacto.

El curso que dictaba Manolo en el Externado se impartía, simultáneamente, para los estudiantes del Doctorado en Derecho donde era una asignatura obligatoria del plan de estudios y para el Doctorado en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas, donde todas las materias eran electivas. Manolo decía que Colombia era el país con más sociólogos del derecho del mundo por cada cien mil habitantes, lo cual si bien podía ser una exageración, no ocultaba el hecho de que los estudios sociojurídicos atraían y todavía resultan muy

atractivos para un gran número de académicos e investigadores colombianos. Esto, probablemente, a modo de hipótesis, puede obedecer a que Colombia ha intentado de distintas formas resolver problemáticas que tienen estrechos vínculos con el Derecho, representativas de los más grandes problemas nacionales, sin mayores resultados exitosos, lo que ha sido fundamento para cuestionar el alejamiento del Derecho impartido en las universidades de la realidad social, a la par que, como respuesta y con grandes expectativas, se abrieron las puertas a la sociología jurídica.

El Doctorado en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas, de manera inmediata, reclutó a casi todos los investigadores que trabajaban en sociología jurídica en Colombia, que aún no se habían doctorado. Aunque varios de ellos, también alumnos de Manolo, con tesis de sociología jurídica, ya habían iniciado el curso y, finalmente, se graduaron en el mismo Doctorado en Derecho del Externado. Asimismo, muchos juristas, cuyo campo de acción, como profesores, investigadores y practicantes del Derecho, se encontraba en el ámbito de la dogmática jurídica, hicieron el doctorado de sociología jurídica, impulsados por la idea de acercar el Derecho a las teorías sobre la realidad social. También, como en Colombia no existía ningún doctorado en sociología, varios sociólogos, entre ellos quienes dirigían los departamentos o facultades de sociología de las universidades Externado, Nacional y Javeriana, junto a otros académicos provenientes de distintas ciencias sociales, ingresaron al programa. Este atrajo, igualmente, a académicos extranjeros provenientes de Egipto, Holanda y México. Hoy, el núcleo de profesores e investigadores en sociología jurídica de Colombia, por demás bastante extenso, en gran parte, fue forjado en ese programa de Doctorado.

Entre los profesores del Doctorado, que acompañaron a Manolo, se encontraban académicos de Latinoamérica y Europa: André-Jean Arnaud (1936-2015)[3], del *Centre*

[3] Doctor en Derecho. Se ocupó de la sociología jurídica, la filosofía del derecho y la historia del derecho. Fue investigador del Centre National de Recherche Scientifique, director de la Réseau Européee Droit et Société, profesor de la Université de Paris X, profesor de la Académie Européenne de Théorie du Droit, presidente de la Association pour la Recherche Europpéenne Sur le Droit et la Société, miembro del equipo de la revista *Droit et Société*. Trabajó de modo activo en distintos proyectos con la Universidad Carlos III de Madrid, en Brasil y Colombia. Recibió el premio en sociología jurídica Adam Podgorecki en 2015.

National de la Recherche Scientifique -CNRS-, también con una presencia importante en Brasil; María Inés Bergoglio, de la Universidad Nacional de Córdoba en Argentina, activa igualmente en Brasil y Chile; Angélica Cuéllar Vázquez, de la Universidad Nacional Autónoma de México, reconocida también en Brasil y Argentina; Vincenzo Ferrari, de la *Università Degli Studi di Milano*, conferencista destacado en Argentina y México; Rogelio Pérez Perdomo, de las universidades Metropolitana, en Caracas, y de Stanford, muy influyente en Chile. Pocos programas en el mundo han podido juntar un elenco de profesores internacionales tan sobresaliente. Junto a ellos, varios profesores colombianos, como Germán Burgos Silva, Jorge Iván Bula, Jorge Iván González y quien escribe.

De los mencionados, varios fueron directores del Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati -IISJO-, en el País Vasco. El primero, el propio Manuel Calvo García, en 2002-2003. André-Jean Arnaud, que bastante tuvo que ver con su fundación, fue su primer director en 1989-1991, destacado por la gran investigación histórica y sociojurídica que emprendió sobre los origines del Código Civil Francés (Arnaud, 1969), pero que entre muchas obras legó también un sobresaliente estudio crítico sobre la justicia (Arnaud, 1977). No sobra decirlo, Manolo había sido huésped de Arnaud y de su esposa, la socióloga del derecho Wanda Capeller, en su finca de Francia, pues les unía la amistad y los intereses comunes en torno a la disciplina. Vincenzo Ferrari en el periodo 2016-2018, a quien me une una gran identidad teórica por el interés común en la sociología conflictualista y su integración con teorías microsociológicas como el interaccionismo simbólico y la fenomenología, quien estuvo también a instancias de Manolo en la Universidad de Zaragoza, donde le fue otorgado el título de Doctor Honoris Causa en 2014, y posee una gran obra sobre los fundamentos de la sociología jurídica (Ferrari, 1997; 2004). Rogelio Pérez Perdomo, director entre 1992 y 1993, que entre muchas cuestiones se ha ocupado de la cultura y la profesión jurídica (Friedman & Pérez Perdomo, 2003).

Concebida, más jamás ejecutada, pues me vi obligado a abandonar la dirección del Doctorado en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas, se tenía planeada la invitación a

Volmark Gessner (1937-2014)[4] para que se uniera a su cuerpo de profesores. Volmark Gessner (2013) fue por excelencia un comparatista del Derecho, ejemplo del uso de la metodología de Max Weber a ese efecto. Gessner había sido codirector del IISJO con Manolo, oficialmente en el periodo de 2003-2005, pues al no poder instalarse en Oñati por dos años, optaron por cubrir el periodo alternándose. Este autor e investigador alemán dejó su huella en México.

En Zaragoza, por su parte, varios estudiantes latinoamericanos marcharon a realizar el Doctorado en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas. Tuvieron a Manolo como su director de tesis doctoral. Alguno otro colombiano fue alumno suyo y su tesina dirigida en el Máster en Sociología Jurídica del IISJO.

A la postre, ambos doctorados desaparecieron. En España, el excesivo número de doctorados en las muy distintas especialidades del Derecho en cada universidad, sumado a una sustancial disminución de los estudiantes doctorales, forzó a una fusión de los programas en doctorados genéricos en cada universidad. En Colombia, me vi obligado a dejar la Universidad Externado de Colombia y el Doctorado Sociología Jurídica e Instituciones Políticas con lo cual llegó a su fin, y al poco perdió el registro calificado sin que se intentara su renovación. Manolo, por su parte, no quiso continuar como profesor del Doctorado en Derecho del Externado.

Años antes Manolo dictaba clases de posgrado en la Universidad Autónoma de Bucaramanga, y en una época en la que la Maestría en Derecho de la Universidad Nacional había congregado una nómina de profesores internacionales bastante sobresalientes, participó en su cuerpo docente. Con la Universidad de San Gil yo había organizado un seminario Internacional en Sociología Jurídica, en esa pequeña ciudad del Departamento de

[4] Fue un abogado y sociólogo alemán graduado en la Universidad de Munich, aunque luego se había doctorado en Derecho en la Universidad de Münster (1969). En la Universidad de Bremen hizo su carrera principal como profesor en sociología jurídica, derecho comparado y políticas jurídicas europeas. Jugó un papel decisivo en la fundación del IISJO en el País Vasco (1988), valido de su posición como secretario del *Research Committee on Sociology of Law* -RCSL- de la *International Sociological Association* -ISA. Con todo, del IISJO sólo fue director científico mucho después (2003-2005). Las culturas jurídicas, la globalización, la seguridad jurídica fueron sus temas de investigación más importantes.

Santander, que usualmente no podía contar con académicos internacionales, pero que demandaba un esfuerzo personal singular, pues era mi ciudad de nacimiento. Manolo participó, junto a Johannes Feest, director del IISJO en el periodo de 1995-1997, y Vincenzo Ferrari. En 2009, como consultor externo de la Universidad Católica de Colombia debí organizar a las volandas varios números de la revista *Novum Jus*, que tenía como propósito revivirla después de años de abandono. Esto me permitió contar con un trabajo de Manolo, en el que comenzaba a explorar el papel de la sociología jurídica en la teoría del derecho (Calvo García, 2009), inquietud que reaparece en otros de sus trabajos. Mencionó los anteriores eventos, para señalar lo dinámicas y extensas que eran las relaciones académicas de la comunidad colombiana con Manolo. Tal vez, de una parte, Vincenzo Ferrari y Manuel Calvo García, por otra parte, Boaventura de Sousa Santos, han sido los académicos europeos de mayor influencia en la sociología jurídica colombiana.

En aquellos años se logró comenzar el desarrollo de un amplio plan de publicaciones de obras de grandes sociólogos del derecho internacional. Fue publicada la que, en mi modesta opinión, sería la obra más importante de Manuel Calvo García (2005), un trabajo al que ya había aludido antes, el cual había venido construyendo desde años atrás y que de modo parcial había publicado y luego profundizado y ampliado de manera permanente, sobre la reestructuración del Estado y las transformaciones que ella había acarreado en el Derecho. Este fue acompañado por otros, como el de Vincenzo Ferrari (2006) sobre las bases de la sociología jurídica. Un texto de mi profesor del Doctorado en Sociología de la Universidad de Barcelona, el sociólogo del derecho José Antonio Estévez Araújo (2006), acerca de los cambios jurídicos. Un trabajo de André-Jean Arnaud (2000) sobre uno de sus temas predilectos, la globalización y su impacto en el derecho. El trabajo de Rogelio Pérez Perdomo (2004) sobre los abogados en América Latina. Una obra colectiva dirigida por Rogelio Pérez Perdomo y Julia Rodríguez Torres acerca de la educación jurídica en América Latina, que incluyó textos de Pérez Perdomo y quien escribe (2007), además de otros autores latinoamericanos. Se abrió una Colección de Sociología Jurídica y Política que estaba llamada a divulgar ampliamente el pensamiento socio-jurídico.

Manolo, desde la plataforma del Laboratorio de Sociología Jurídica de la Universidad de Zaragoza, a veces obteniendo recursos del Consejo General del Poder Judicial de España, otras veces de la Autonomía de Aragón, realizó múltiples investigaciones sobre violencia de género (Calvo García, 2003). Uno de los temas en los que incursionó de manera recurrente. Su trabajo en esta área puso en evidencia tres virtudes. Por una parte, su vinculación activa a la investigación empírica. Muchos de los sociólogos del derecho europeos más sobresalientes y renombrados, aunque resulte paradójico, no han realizado investigación empírica. Asunto curioso, puesto que en la época en la cual se institucionalizaba la sociología jurídica, como especialidad científica de la sociología, y comenzaba su consolidación en los escenarios universitarios, se había subrayado la necesidad de la investigación empírica como pieza fundamental para el desarrollo de la disciplina. Pero ese no era el caso de Manolo, quien acometió varias investigaciones en torno a la violencia intrafamiliar, contra la mujer y los menores. Todo esto, muy probablemente influenciado por Renato Treves, un defensor acérrimo de este tipo de investigación. En segundo lugar, hizo gala de su capacidad para reunir recursos económicos que le permitieron financiar estas investigaciones socio-jurídicas empíricas. Lo cual demuestra las dotes ya señaladas de gestor que lo acompañaban. En tercer lugar, la virtud radicó en haber hecho escuela en torno a la investigación empírica. Es decir, su trabajo en este campo no fue individual. La labor la cumplía un equipo organizado en el Laboratorio de Sociología Jurídica de la Universidad de Zaragoza, lo que garantiza su continuidad y la formación de otros investigadores.

En aquella época de comienzos del siglo, en las charlas con Manuel Calvo García compartimos ese interés común por la investigación empírica. En mi caso y en el de otros colegas había sido algo más individual, por las limitaciones estructurales de las universidades a las que estuvimos vinculados en el pasado. Con Manolo considerábamos este tipo de investigación indispensable para el avance de la sociología jurídica. Por mi parte, ya se habían publicado algunos trabajos de investigación empírica (Silva García, 1991, 1995, 1997 y 2001). Y en estos años, el interés común sirvió de acicate para la realización de varias pesquisas empíricas adicionales (Silva García & Velandia Montes, 2003; Silva García, 2003b). Ahora bien, el interés compartido por la indagación empírica

nunca significó para nosotros descalificar a quienes dedicaban sus esfuerzos a tareas de síntesis del pensamiento de la sociología del derecho, a la investigación documental o al análisis sociojurídico crítico de textos legales y políticas públicas y, aún mucho menos, a quienes se dedicaban a hacer teoría. Los oficios de la investigación empírica, la investigación documental, la síntesis, el análisis y la teorización, son todos ellos cruciales para el avance de la sociología jurídica. Manolo decía que había que interconectarlos.

El trabajo de Manuel Calvo García partía de un compromiso con la realidad, pero también con el Estado social de derecho, la democracia y los derechos fundamentales. Dentro de una visión teórica global era un conflictualista, al igual que su maestro Renato Treves y su camarada Vincenzo Ferrari. No obstante, su interés por los más vulnerables, las mujeres y los infantes violentados se hizo palpable en su obra (Calvo García, 2003; 2006; 2016). Personalmente, compartí esa visión conflictualista, al igual que el interés por aquellos con menor poder (Silva García, 2006 y 2008).

4. Conclusiones

Bien lo señalaba de modo incontestable Jorge Gracia Ibáñez (2021: 620) Manolo habría conseguido "*dejar profunda huella, personal y académica, a ambos lados del Océano Atlántico entre colegas de España, Argentina, Colombia o Brasil que tuvimos la suerte y el privilegio de trabajar a su lado*". En efecto, su pensamiento, su obra escrita, también su personalidad sosegada y afable, pero siempre crítica, contribuyeron de un modo importante al desarrollo de la sociología jurídica en América Latina. Dicha sociología trasegó por tres etapas, bajo una influencia sobre todo de la sociología jurídica europea. En primera instancia, acomete una intensa lucha contra el formalismo jurídico, tanto por su aspecto positivo, como por el negativo, esto es, por lo que concierne a su proclama acerca de la aplicación del derecho como un mero ejercicio técnico de subsunción lógica de unos hechos en un supuesto normativo, y por lo que se refiere a la expulsión que intenta de las consideraciones acerca de los valores y de la realidad social al aplicarlo. A ella sigue una segunda etapa de definición de su objeto de estudio, método, enfoques y principales materias de interés, es decir, de posicionamiento respecto de las bases de la disciplina. Finalmente, un

tercer periodo de consolidación, cuando se logran avances en materia de investigación y teorización (Silva García *et al*, 2019). Manuel Calvo García, como también los mencionados Vincenzo Ferrari, Roberto Bergalli, André-Jean Arnaud y Volmark Gessner, contribuyeron en esta última etapa.

La última vez que vi a Manolo fue en 2018, cuando ambos fuimos invitados al Congreso, en São Paulo, de la Asociación Brasileña de Sociología del Derecho (ABRASD), en el que él había hecho la conferencia central. Entonces volvimos a hacer planes. Tanto para que impartiera clases en el Doctorado en Derecho de la Universidad Católica de Colombia, y más inmediatos para su Congreso en Sociología Jurídica. En la Universidad Externado había tenido como conferencista a Manolo en 1997, cuando organicé el "Congreso Internacional de Sociología Jurídica: La Justicia en Nuestro Tiempo". Habíamos acordado su vuelta al "VI Congreso Internacional de Sociología Jurídica: Divergencia y Control Sociales" en la Universidad Católica de Colombia. Pero en 2020 llegó la pandemia en el mundo, el Congreso no se hizo. La muerte también llegó.

Nos quedamos con su herencia, plasmada en las páginas de los libros que nos dejó, y en los recuerdos de su cariño y amistad. Transparencia y lealtad fueron siempre los cánones en su trato. Su recuerdo es una invitación a avanzar en la innovación del pensamiento de la sociología jurídica. Y, en especial, quedan sus lecciones sobre: 1. La condición indispensable de realizar investigaciones empíricas; 2. El respeto a los distintos oficios académicos en la sociología jurídica; 3. La urgencia de interrelacionar esos distintos oficios académicos, todos importantes; 4. La gran importancia de la teoría; 5. La necesidad de crear equipos de trabajo y estructuras que puedan darle continuidad; 6. La internacionalización para enriquecer los procesos; 7. Su interés por los grupos sociales debilitados.

Referencias bibliográficas

Arnaud, André-Jean. (1969). *Les origines doctrinales du Code Civil français*, Paris, LGDJ.

Arnaud, André-Jean. (1977). *Clefs pour la justice*, Paris, Seghers.

Arnaud, André-Jean. (2000). *Entre modernidad y globalización: siete lecciones de historia de la filosofía del derecho y del Estado*, González Lajoie, Nathalie (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia (Obra original publicada en 1998).

Bergalli, Roberto & Juan Bustos Ramírez (dirs.). (1983). *El pensamiento criminológico*, T. I, Bogotá, Temis.

Bergalli, Roberto. (1998). *Contradicciones entre derecho y control social*, Barcelona, M.J. Bosch y Goethe-Institut.

Calvo García, Manuel. (1986). *Justificación y objetividad en la interpretación de la ley* [Tesis doctoral], Universidad de Zaragoza.

Calvo García, Manuel. (1989). *La teoría de las pasiones y el dominio del hombre. Genealogía de la hermenéutica moderna del control social*, Zaragoza, Universidad de Zaragoza.

Calvo García, Manuel. (1994). *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*, Madrid, Tecnos.

Calvo García, Manuel. (2000). *Teoría del derecho*, 2ª ed., Madrid, Tecnos.

Calvo García, Manuel. (2003). *El tratamiento de violencia doméstica en la administración de justicia*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial.

Calvo García, Manuel. (2005). *Transformaciones del Estado y del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Calvo García, Manuel. (2006). "Análisis jurídico de la ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género", *Revista Iberoamericana de Relaciones Laborales*, No. 17, pp. 105-131.

Calvo García, Manuel. (2009). "Hacia una perspectiva socio-jurídica de la teoría positivista del derecho", *Novum Jus*, Vol. 3, No. 1, pp. 7-34.

Calvo García, Manuel. (2016). "The Role of Social Movements in the Recognition of Gender Violence as a Violation of Human Rights", *The Ages of Human Journal*, No. 6, pp. 60-82.

Calvo García, Manuel & Teresa Picontó Novales. (2017). *Introducción y perspectivas actuales de la sociología jurídica*, Barcelona, UOC.

Estévez Araújo, José Antonio. (2006). *El Revés del derecho: transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal*, Universidad Externado de Colombia.

Gessner, Volmark. (2013). *El otro derecho comparado. Ensayos sobre cultura y seguridad jurídica en la era de la globalización*, México, UNAM.

Gracia Ibáñez, Jorge. (2021). "Algunos apuntes acerca de la contribución del Profesor Manuel Calvo a la introducción y consolidación de la sociología jurídica en España", *Oñati Socio-Legal Series*, Vol. 11, No. 3, pp. 605-622.

Ferrari, Vincenzo. (1997). *Lineamenti di sociología del diritto. Azione giuridica e sistema normativo*, Bari, Laterza.

Ferrari, Vincenzo. (2004). *Diritto e società. Elementi di sociología del diritto*, Bari, Laterza.

Ferrari, Vincenzo. (2006). *Derecho y sociedad. Elementos de sociología del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Friedman, Lawrence M. & Rogelio Pérez Perdomo (eds.). (2003). *Legal Culture in the Age of Globalization*, Stanford, Stanford University.

Pérez Perdomo, Rogelio. (2004). *Los abogados de América Latina. Una introducción histórica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Pérez Perdomo, Rogelio. (2007). "La educación jurídica en Venezuela, 1960-2005. Expansión y diferenciación", en: Pérez Perdomo, Rogelio & Julia Rodríguez Torres

(eds.) *La educación jurídica en América Latina. Tensiones e innovaciones en tiempos de globalización*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Silva García, Germán. (1991). "Evaluación de las disposiciones legales para la descongestión de despachos judiciales, en la esfera penal", *Derecho Penal y Criminología*, Vol. 13, No. 45, pp. 157-181.

Silva García, Germán. (1995). "Fluctuaciones de la población penitenciaria colombiana", *Derecho Penal y Criminología*, Vol. 17, No. 54/55, pp. 125-172

Silva García, Germán. (1997). *¿Será justicia? Criminalidad y justicia penal en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Silva García, Germán. (2001). *El mundo real de los abogados y de la justicia,* T. I-IV, Bogotá, Universidad Externado de Colombia e ILSA.

Silva García, Germán & Rafael Velandia Montes. (2003). "Dosificación punitiva. Igualdad y preferencias ideológicas", *Sociología jurídica: análisis del control y del conflicto sociales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Silva García, Germán. (2003a). "Derecho y sociedad en América Latina: ¿Cómo armar el rompecabezas y para qué?", en: García Villegas, Mauricio & César A. Rodríguez (eds.) *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*, Bogotá, ILSA y Universidad Nacional de Colombia.

Silva García, Germán. (2003b). "Exploración sociojurídica sobre el delito de inasistencia alimentaria", *Teoría e investigación en sociología jurídica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Silva García, Germán. (2006). "La administración de justicia: ¿Escenario para la protección de los grupos sociales vulnerables", *Revista Colombiana de Sociología*, No. 26, pp. 105-123.

Silva García, Germán. (2007). "Prospectivas sobre la educación jurídica", en: Pérez Perdomo, Rogelio & Julia Rodríguez Torres (eds.) *La educación jurídica en América*

Latina. Tensiones e innovaciones en tiempos de globalización, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Silva García, Germán. (2008). "La teoría sociológica del conflicto. Un marco teórico necesario", *Prolegómenos*, Vol. 11, No. 22, pp. 29-43.

Silva García, Germán, Jairo Vladimir Llano Franco, Nicole Velasco Cano & Angélica Vizcaíno Solano. (2019). "El desarrollo de la sociología jurídica latinoamericana", *Opción*, Vol. 35, No. 25 esp., pp. 1136-1196.

1989-2020 – SOME OF THE CHANGES OCCURRED IN THE SOCIO-LEGAL FIELD[1]

Vincenzo Ferrari[2]
ORCID: 0000-0003-2557-2366
Correo electrónico: vincenzo.ferrari@unimi.it

Abstract

This essay, originally an introductory lecture delivered at the Oñati Institute, offers a succinct description of the main changes occurred in sociology of law over the last few decades. Firstly, on the epistemological level, the author observes how the discussions have recently shifted from the traditional fight between "holistic" and "sectorial" legal sociology to the birth of "distinct" epistemologies, as epitomized by both the Feminist and the "North vs South" specific visions of law and society. Secondly, on the level of high theorizing, the author delves into the virtues and limits of systemic neo-functionalism, the development of pluralist theories vis-à-vis the current resurgence of state-centred nationalism and, finally, the shift of scholarly attention "from laws to rights". Thirdly, on the level of middle range theorizing and field research, a glance is offered on such fields as the family, the legal professions, disputing, as well as penal law and its institutions, as significant examples of the attention paid by socio-legal scholars toward social and legal change.

Keywords: sociology of law, changes, epistemology, high theorizing, middle range research.

[1] By this paper the author contributed to a programme of lectures given in 2021 at the Oñati International Institute for the Sociology of Law (IISL) by some elderly scholars who personally 'witnessed' the development of sociology of law throughout the past decades. It is intended to appear in a collective volume edited by Martin Ramstedt, the current Oñati International Institute for the Sociology of Law director. The author wished to dedicate these pages to the memory of his close friend Manuel Calvo García, an influential sociologist of law and a protagonist of the diffusion of socio-legal studies in Spain.

[2] Emeritus professor, University of Milan.

1989-2020 – ALGUNOS DE LOS CAMBIOS OCURRIDOS EN EL CAMPO DE ESTUDIO DE LA SOCIOLOGÍA JURÍDICA

Resumen

Este ensayo, que fue presentado como ponencia en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, ofrece una breve descripción de los más significativos cambios en el marco de la sociología del derecho en las últimas décadas. En primer lugar, se observa cómo el debate epistemológico se haya alejado de la tradicional oposición entre "holismo" y "reduccionismo" para focalizarse sobre la construcción de "distintas epistemologías" socio-jurídicas, como sucedió en los casos del Feminismo y de la oposición "Norte-Sur", entendidos como diferentes visiones de la relación entre derecho y sociedad. En segundo lugar, en el nivel de la teoría de alcance amplio, el autor se concentra sobre los méritos y los límites del neo-funcionalismo, así como sobre el desarrollo de las teorías pluralistas frente a la actual resurrección del nacionalismo estatista y, finalmente, sobre el reciente traslado de atención de la comunidad socio-jurídica "desde la ley hacia los derechos". En tercer lugar, en el nivel de la sociología de "alcance intermedio", el artículo describe los cambios ocasionados en unos campos específicos, como la familia, las profesiones legales, la litigiosidad y las instituciones del derecho penal, asumidos como ejemplos significativos de la atención de la sociología del derecho hacia el cambio social y jurídico.

Palabras claves: sociología del derecho, cambios, epistemología, teoría de alcance amplio, investigación de alcance intermedio.

1989-2020 - ALGUMAS DAS MUDANÇAS OCORRIDAS NO CAMPO DE ESTUDO DA SOCIOLOGIA DO DIREITO

Resumo

Este ensaio, que foi apresentado como uma apresentação no Instituto Internacional de Sociologia do Direito de Oñati, oferece uma breve descrição das mudanças mais significativas no quadro da sociologia do direito nas últimas décadas. Em primeiro lugar,

observa-se como o debate epistemológico se distanciou da tradicional oposição entre "holismo" e "reducionismo" para enfocar a construção de "diferentes epistemologias" sócio-jurídicas, como aconteceu nos casos do Feminismo e do oposição "Norte-Sul", entendida como diferentes visões da relação entre direito e sociedade. Em segundo lugar, ao nível da teoria abrangente, o autor concentra-se nos méritos e limites do neofuncionalismo, bem como no desenvolvimento do pluralismo, teorias em face da atual ressurreição do nacionalismo estatista e, finalmente, sobre a recente mudança de atenção da comunidade sócio-legal "da lei para os direitos". Terceiro, no nível da sociologia de "escopo intermediário", o artigo descreve as mudanças provocadas em campos específicos, como a família, as profissões jurídicas, o contencioso e as instituições do direito penal, assumidos como e Exemplos significativos da atenção da sociologia do direito às mudanças sociais e jurídicas.

Palavras-chave: sociologia do direito, mudanças, epistemologia, teoria de amplo escopo, pesquisa de escopo intermediário.

1. Premise

The purpose of this lecture is to describe in a handful of minutes the development of sociology of law over the past few decades. I took the foundation of the Oñati International Institute for the Sociology of Law (IISL) as a symbolic starting point, by all means an extraordinary event in the history of our study field, also to stress that it made a great contribution to this development. Yet, some references to what had occurred beforehand will be inevitable.

Needless to say, the contribution I am going to offer will be both reduced in scope and unilateral in spirit. Suffice to look at the international bibliographies of this discipline that appeared between the 1960s and the 1980s –e.g. Valerio Pocar and Mario G. Losano's (1971) relatively slim *Sociology of Law 1960-1970*, and *Developing Sociology of Law* (Ferrari 1990), the much wider book I edited twenty years later– and compare them with the immense Oñati International Institute for the Sociology of Law library (even though it has unfortunately lost its pace in recent years), to understand that such a portrait is only possible

in a few minutes at the price of drastic and certainly debatable choices. That is to say that I will adhere to a restricted conception of the discipline and will refer to a limited set of sources, especially the materials collected in decades of socio-legal international conferences.

I will proceed through three levels of analysis: the meta-level of epistemology and methods, that of high theorizing and that of middle-range theory and research.

2. The meta-level of epistemology and method

I will not bother my audience by repeating a question about whether sociology of law should be inserted in the realm of sociology or that of jurisprudence, and wonder whether it should draw its inspiration from American Sociological Jurisprudence, which saw sociology of law and legal science as one field, or from Max Weber, who kept them separate. In fact, this question, which in my country (alone) turns recurrently into a sort of battlefield, does not seem to attract the attention of international scholars in this period, since there is a widespread opinion that our subject matter implies a detailed scientific knowledge of both legal institutions, as well as law's intricacies, and the theoretical/methodological frames of sociology. What is more significant, nowadays, is a visible trend of such formal boundaries to blur. Good socio-legal works appear under different labels, following a general tendency of all sciences toward more interdisciplinarity. These include such fields as legal history, law and economics, law and politics, law and literature and, even more, legal anthropology, whose methods have tended to converge with those of legal sociology in recent decades.

On the meta level, some words should rather be spent about the relationships between theory and empirical research in the socio-legal field –a question that was a matter of vivid discussions some decades ago–. Can 'organized' research –I mean observation according to established protocols– inspire or orient theory? Or, rather, can it just confirm a chosen theory, or should it be discarded as too sectorial and perhaps insignificant? If we look at our history, we may perceive a kind of pendulum swing between these two extremes: symbolically, and remembering a famous discussion (Maus & Fürstenberg, 1969), between

Karl Popper's vision of science as 'unended quest', which works through hypotheses open to refutation and re-formulation, and Theodor Adorno's vision, according to which a social theory should be taken holistically as a kind of irrefutable mirror for observing reality.

The father figures of post-war sociology of law aimed at building and re-building their theories through controlled observation. To mention some examples, Vilhelm Aubert, Adam Podgórecki and Renato Treves championed this opinion, insisting upon the importance of empirical investigation as a background for theorizing, even though they knew that observable data are open to different interpretations according to each observer's own perspectives. Marxist socio-legal theorists, who were especially influential in Europe between the late '60s and the early '80s, upheld the opposite opinion, in that they took their theory as an irrefutable set of assertions, especially in the field of deviance and social control. To some extent, albeit with a hint of syncretism, the Critical Legal Studies movement in the US followed not-so-different paths in the same period. On a similar line of thought, the scholars inspired by Niklas Luhmann's neo-functionalism, which dominated socio-legal theorizing in Europe (and in some places in Latin America) between the '80s and the '90s, took their theory as a valid and unitary block and came to discard controlled empirical observation as a kind of unscientific by-product. My feeling today is that this fight between 'sectorialism' and 'holism' has lost most of its impact in the last few decades.

Epistemological debates have not disappeared from our horizons, however. Whereas the older generations used to debate about the *correct* epistemology, an increasing number of scholars now wonder about the need to choose between *different* epistemologies, each of them taken as potentially correct in that it is said to represent a special vision of the social world. Feminist movements in science have developed a Feminist Epistemology as a distinct cultural and even anthropological framework for understanding and explaining reality, one that cannot be reduced to the traditional ways of organizing scientific materials, in that it reflects a special perception of the world[3]. Similarly, the ever more frequent clashes between cultures, West-East and North-South, have come to be defined in terms of distinct epistemologies, particularly when referred to the *Weltanschauung* of original communities

[3] For an updated overview: Smith (2017).

in the Southern hemisphere (Sousa Santos, 2014). This approach has an increasing impact upon law and society studies, for example in the field of human rights of different kinds, and is a growing source of inspiration for socio-legal theorization.

3. The high theorizing level

What is law, sociologically? What about its structure as a set of interacting elements? Which functions does it perform in society? How can its relationships with other ways of human action, or communication, be described? Is it autonomous of them, can it affect them or, rather, does it depend on them, especially the economic system or the political system? Is it constitutive of, or constituted by, individual actions, values and choices? How can 'law' be circumscribed among the other types of human normative behaviour?

Let us try to see what has happened in this field.

When I became familiar with sociology of law half a century ago, the question was about choosing between Parsonian structural functionalism, which looked at law as a social sub-system addressed functionally to granting social integration through its rules, values and machineries, and conflict theories, which portrayed law as an instrument of social control in the hands of privileged social classes or groups. In fact, the very concept of 'system' was a matter of dissent between these two groups of scholars. Taken for granted by classical functionalists, who used this scheme to describe social action in terms of pre-established structures that perform pre-established functions for the sake of a whole society's stability, the notion of 'system' sounded alien to conflict theorists, especially those inspired by symbolic interactionism, an approach particularly influential in the field of law and society – as already mentioned– for its impact on the study of deviance.

This opposition seemed to lose some of its significance around the end of the 1970s, with the wide diffusion of the *systemic revolution* brought about by Luhmann's neo-functionalism. By representing society as a network of communications, and social systems as self-adapting structures that depend on the functions they perform in view of reducing

complexity, stabilizing expectations and coping with risks, the German sociologist unquestionably launched new ways of thinking. Speaking of legal systems as complex sets of communications addressed to bringing normative expectations to congruency, as he had suggested (Luhmann, 1972), or as sets of structured interactions inspired by legal rules, as we read in Lawrence Friedman's *The Legal System* of 1975, became usual for those who did not identify with Luhmann's hosts of followers, albeit with different terminologies, such as Pierre Bourdieu's choice to speak of 'fields' (*champs*) rather than of 'systems' (Bourdieu, 1986).

This was, more or less, the situation in the most influential high socio-legal theory around 1980. However, the clashes originally defined in terms of functionalism and conflict theory emerged again, though differently termed.

As far as the systemic approach is concerned, the dominant focus shifted from the notion of social system as such to the question of how to portray each system, whether closed and self-referential, as upheld by Luhmann and his aftermath, or rather open and depending on inputs coming from both other systems and individual options, as stressed by scholars originally inspired by conflict theories and methodological interactionism. There were in fact converging trends. Luhmann's acknowledgement that social systems 'couple', in that they are normatively closed but cognitively open (Luhmann, 1984 & 1993), and Gunther Teubner's theory of reflexive law and of law as a hypercycle (Teubner, 1989) offered a sort of bridge between these two worlds. In turn, conflict theorists became less reluctant to reason 'systemically' as a crucial method in all sciences.

The systemic revolution brings with it some shadows that have not yet been dispelled, however. One question remains open about the implications of the vision of law as a set of normative communications. How could one describe the meaning of communications without taking into account the diverging semantic options of individuals that intervene in any process of law, which turns into a potential or actual clash between opposite strategies in a conflictual arena? How much may personal semantic options produce more complexity, instead of reducing complexity, in legal systems? Despite the remarkable contributions already offered by some scholars in this area –e.g. André-Jean

Arnaud (Arnaud & Fariñas, 1996; Arnaud 2003), as well as Michel van de Kerchove and François Ost (1988 and 1992)– a lot is still largely unknown. The widespread opinion that law may be described as a language also from a sociological viewpoint should pave the wave to further insight and discovery in socio-legal theory.

Starting again around the late 1980s, *legal pluralism* has been a second and by no means less important change in theoretical sociology of law. Throughout the first decades of discussions in our field, a monistic and state-centred vision of law was taken almost as a fact, even though approaches differed sharply, depending on how the state as such was seen. Such themes as, on the one side, the efficacy and implementation of state law, as well as the welfare state and its crisis or, on the other side, the oppressive nature of state institutions and the abuse of power of political élites occupied centre-stage. The turn to pluralism or, better, the resurrection of a pluralist conception of law, has now become the predominant focus in socio-legal theory, although under innovative theoretical options in comparison with those of the pioneers of legal pluralism, such as Leon Petrażycki, Eugen Ehrlich or Georges Gurvitch. Their assumptions about the existence of non-state kinds of legal system, formal or informal, irrespective of state boundaries, is now widely accepted, but something quite distinct has been built on such bases. Not only can we describe the world as a 'Global Bukowina' (as mentioned in a well-known book edited by Gunther Teubner in 1997), but the most current conceptions see human beings as belonging simultaneously to a number of different systems and displaying a multitude of diverse and changing identities, complete with corresponding legal options. Such subjects as legal cultures, legal consciousness and the portrait of the legal field 'as a network rather than as a pyramid' (Ost & Kerchove, 2010), which have already been crucial in current scholarly debates for about thirty years, are strictly connected with this developed conception of legal pluralism.

A third basic change of perspective arose around the end of the 1980s, to a large extent alongside the pluralistic turn just mentioned. I refer to the shifting of socio-legal scholarly attention *from rules to rights*. When we decided to devote the 1988 annual conference of the Research Committee on Sociology of Law (RCSL) in Bologna to 'laws and rights', in view of the current and the forthcoming anniversaries (40 years since the *Universal Declaration of Human Rights*, 200 years since the *Déclaration des droits de*

l'homme et du citoyen), we noticed that sociology of law had always focused on laws, especially official state law, whereas it had virtually ignored the rights question. Since then, human, fundamental and, more and more, constitutional rights have gradually occupied centre-stage in socio-legal work, as a quick glance at the literature of the past forty years and the topics dealt with in the international congresses of sociology of law easily reveals.

The rights question has been approached in sociology of law from a variety of standpoints. Rights may be respected or not, be in harmony with official law or at odds with it, be evenly or unevenly distributed and enjoyed at a social level, corresponding or not to the predominant legal culture, stimulate social groups to fight in their quest to make the law respected or rather change the law, as well as dissent between and within social groups. The rights question goes hand-in-hand with the societal problems connected to the most basic human needs, such as inequalities, deprivation, economic exploitation, new slaveries, migrations, religious clashes, power abuses, family life, individual and social identities etc.: all themes for both theorization and field observation. The gender problem, especially as far as the women's role in society is concerned, is no doubt the most important issue in this respect. Whilst its weight in socio-legal congresses until the late '80s had been somewhat marginal, it paradoxically became crucial and always recurrent after that period.

The impact of the rights revolution on sociology of law has been heavy. Besides paving the way to a multitude of research projects –among them numerous workshops at the Oñati Institute, and subsequent publications– it made a classical vision of law *as a perpetual fight* come to the surface again (Ihering, 1872). In the sphere of cultural policy, I wish to stress that the highly promising development of sociology of law in Latin America has largely been due to this shift of scholarly attention from positive law to individual and collective rights. Now a question may be: is *Law as Fight* destined to contrast *Law as Congruency* in socio-legal thought? Isn't this but an updated reproduction of the original clash between structural functionalism and conflict theories?

Some open questions still remain on the ground also about the pluralist and rights-oriented theoretical approaches.

Although we have been accustomed to reflect upon the crisis of the State and maybe to dream, echoing John Lennon, that 'the world will be as one', while displaying a plethora of individual and social identities, the permanent existence on Earth of states that have the first and the last word on the most important economic and political issues is still visible. Powerful nationalist currents, often holding a racist flag, fight tooth and nail against universalism. On the other side, some basic social values officially endorsed by virtually all legal systems are at stake today. It is worth mentioning e.g. such problems as the devastation of the environment or transnational crime, which constitute serious risks for law as such, as a primary instrument of social regulation, as well as for the most universally shared feelings of justice. So far, little has been done in the field of sociology of law to tackle such incumbent questions.

4. Middle-range research and theorization

Coming to more specific subjects of research, I am confident you will understand that I am compelled to simplify the matter drastically. The themes dealt with in the literature and discussed in a multitude of congresses are innumerable and each of them would deserve special attention.

However, among such themes some are more recurrent than others, so that they allow us to look at them longitudinally and to describe some of the changes that have occurred meanwhile. Let me summarize them briefly.

First of all, *the family*. Already in the 1960s and 1970s. socio-legal scholars stressed the changes that had taken place in family roles and family regulation, pointing to the family's tendency to live as an autonomous network of living standards, gradually distancing itself from the state's hetero-regulation, as well as to the shift from the broad family to the nuclear family and from a hierarchic to a horizontal family structure. This evolution went hand-in-hand with the process of women's 'emancipation', as it was termed at that time. Valerio Pocar and Paola Ronfani (2008) described such changes vividly in the 1980s as a move 'from status to contract', echoing Henry S. Maine's renowned formula (Maine, 1861). This landscape has changed substantially over the past thirty years. The role

of men in the family has lost a lot of its importance, in contrast to women's increasing centrality. In itself, the structure of nuclear families has also undergone a gradual disruption in the meantime. Many feminist studies have left aside emancipation and now tend to speak of genders as autonomous 'universes', in accordance, amongst others, with the increasing number of single-sex families. In contrast, a measure of hetero-regulation in this field has come about as far as minors are concerned, since they are entitled to 'protection, provision and participation', especially so if the structure of their families becomes fragile and contingent. This panorama, it should be stressed, is particularly typical of the West, rather than of other social cultures, where 'pre-nuclear' models of family still prevail. One question is whether the tendency of legal systems to converge in many fields –as Lawrence Friedman (2001) never ceases to remind us – will also be reproduced in this microcosm.

Secondly, I will mention the *legal professions*. Together with the family, this topic has always been dealt with in half a century of socio-legal congresses. The movement of lawyers 'from patrician to professional élites' (Powell, 1988), may be assumed as both a point of arrival and a point of change. Three decades of studies have focused attention on fundamental changes in lawyering, as some term it. The ever increasing rate of women in the legal professions is highly significant. Besides this and other matters, we can now perceive a kind of destructuring of this field, together with the crisis of traditional justice systems. In some countries, researchers have pointed to a trend of 'proletarization' of a wide percentage of lawyers –more than 50% in some places– especially those lawyers who work outside the privileged structures of legal multinationals. Yet, the 'fourth technological revolution' –featuring e.g. Big Data and Artificial Intelligence– may have a major impact on these organizations as well: it is no coincidence that Richard Susskind (2008 & 2013) has spoken recurrently about a possible 'end of lawyers' or at least the need for them to re-invent their role in society.

Disputing, also, has always attracted the attention of law and society scholars throughout the decades. To give a short insight into the matter, I would to say that the most significant change in this area has been the shift from the "Access to Justice" or "Total Justice" approach, typical between the 1960s and the 1980s, to the crisis of traditional justice systems, epitomized significantly by Marc Galanter's formula 'The Vanishing Trial'

(Galanter, 2003) and by the wide diffusion of the Alternative Dispute Resolution (ADR) movement, whose potentials and limits, at any rate, have still to be identified. This is indeed a 'hot' question: how much of social conflict will be channelled along the paths of ADR in the near future and how much will it tend to escape all institutional channels and give rise to anomic forms of 'doing justice' outside the realm of law?

Deviance and social control have also occupied the scenarios of legal-sociological debates recurrently. As is well known, a fundamental shift, not coincidentally termed 'paradigmatic' at that time, already occurred between the late '70s and the early '80s, with the almost universal adoption of the labelling approach, as opposed to the traditional ways of looking at deviance. This line of thought has not been abandoned since then. Rather, it has progressed by examining special institutions of social control, first and foremost prisons, increasingly seen as ethically and politically unjustifiable: the abolitionist stance, spreading from Scandinavia (Christie, 2004; Mathiesen, 1990) to the rest of Europe may be more than a utopian suggestion for the future, albeit contrasted by evidence, which reveals how much such total institutions are still the predominant way to cope with 'crimes', whether 'natural' or 'artificial', to refer to a classic distinction already sketched in 19th century legal philosophy.

I should continue referring to other fields of research. I have already described the potential of the human rights approach, also as a matter of field investigation. I will not insist with further examples, with just one exception about migrations, which have become a predominant concern not only of public policies around the world, but also as a common study area for our scholarly community in the last few decades, especially for their significance, precisely, in the sphere of the basic rights of both migrants themselves and the societies they seek to reach, in particular as far as the clashes between different –mainly religious– identities are concerned.

Having referred to some of the most recurrent subjects dealt with in our field, I should finally draw your attention to a difference perceivable between European (and to a certain extent also Latin American) studies, on the one side, and North American studies on the other. While the former seem to focus on the areas I have just mentioned, the latter

display a far wider plethora of subjects. Such problems as property, inheritance, contract, company, insurance, tort, civil liability, banking, financial tools or bankruptcy, i.e. the core of civil and commercial law, as well as, for example, questions connected with new technologies (both in communications and in biology) do not look too familiar to Europe's law and society movement, with perhaps the only exception of labour law, to which a remarkable measure of research activity and theorization has been offered in this hemisphere too (amongst others: Rogowski, 2015). There were and there are notable exceptions, obviously (such as Maria Rosaria Ferrarese, Volkmar Gessner and Sol Picciotto), but such is still the prevailing trend. On the contrary, these and other themes of 'ordinary law' seem to be part-and-parcel of US socio-legal production, as is revealed by such journals as the *Law and Society Review* or the *Journal of Empirical Legal Studies*. Maybe not all these studies display solid roots in sociological grand theory, yet they make an important contribution to both the knowledge of positive law and the permanent need to adapt it to changing times, which should be, if not the primary, at least a 'lateral' but anyway important *raison d'être* of sociology of law as a distinct field of scientific study.

Thank you so much for your patience and attention.

Bibliographic references

Arnaud, André-Jean. (2003). *Critique de la raison juridique. 2. Gouvernants sans frontières. Entre mondialisation et post-mondialisation*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.

Arnaud, André-Jean, & María José Fariñas. (1996). *Sistemas jurídicos: Elementos para un análisis sociológico*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado.

Bourdieu, Pierre. (1986). "La force du droit. Éléments pour une recherche du champ juridique", *Annales de la recherche en sciences sociales*, Vol. 64, No. 1, pp. 3-19.

Christie, Nils. (2004). *A Suitable Amount of Crime*, London, Routledge.

Ferrari, Vincenzo (ed.). (1990). *Developing Sociology of Law. A Wide-world Documentary Enquiry*, Milano, Giuffrè.

Friedman, Lawrence Meir. (1975). *The Legal System. A Social Science Perspective*, New York, Russell Sage.

Friedman, Lawrence Meir. (2001). "Erewhon: The Coming Global Legal Order", *Stanford Journal of International Law*, Vol. 37, pp. 347-64.

Galanter, Marc. (2003). "The Vanishing Trial. An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts", *Journal of Empirical Legal Studies*, Vol. 1, No. 3, pp. 459-570.

Ihering, Caspar Rudolf von. (1872). *Der Kampf ums Recht*, Reihe Libelli, band 88, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft.

Kerchove, Michel van de & François Ost. (1988). *Les systèmes juridiques entre ordre et désordre*, Paris, Presses Universitaires de France.

Kerchove, Michel van de & François Ost. (1992). *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris, Presses Universitaires de France.

Luhmann, Niklas. (1972). *Rechtssoziologie*, Reinbek, Rowohlt.

Luhmann, Niklas. (1984). *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen theorie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp.

Luhmann, Niklas. (1993). *Das Recht der Gesellschaft,* Frankfurt am Main, Suhrkamp.

Maine, Henry James Sumner. (1861). *Ancient Law. Its Connection to the Early History of Society, and Its Relation to Modern Ideas*, New York, Henry Holt and Co.

Mathiesen, Thomas. (1990). *Prison on Trial. A Critical Assessment*, New York, Sage.

Maus, Heinz, & Friedrich Fürstenberg (eds.). (1969). *Der Positivismusstreit in der deutschen Soziologie*, Neuwied/Berlin, Luchterhand.

Ost, François, & Michel van de Kerchove. (2010). *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis.

Pocar, Valerio, & Mario G. Losano. (1971). *Sociology of Law 1960-1970. A Bibliographical Survey with KWIC-Index,* Milano, International Sociological Association - Research Group for Documentation on Sociology of Law - Università di Milano - Istituto di Filosofia e Sociologia del Diritto.

Pocar, Valerio, & Paola Ronfani. (2008). *La famiglia e il diritto,* Roma-Bari, Laterza.

Powell, Michael. (1988). *From Patrician to Professional Elite. The Transformation of the New York City Bar Association*, New York, Russell Sage.

Rogowski, Ralf. (2015). *Reflexive Labour Law in the World Society*, London, Edward Elgar.

Smith, Patricia. (2017). "Feminist Philosophy of Law", Francis, Leslie (rev.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (original version written in 2009)

Sousa Santos, Boaventura de. (2014). *Epistemologies of the South. Just Against Epistemicide*, New York, Routledge.

Susskind, Richard. (2008). *The End of Lawyers? Rethinking the Nature of Legal Services*, Oxford, Oxford University Press.

Susskind, Richard. (2013). *Lawyers. An Introduction to Your Future*, Oxford, Oxford University Press.

Teubner, Gunther. (1989). *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt am Main, Suhrkamp.

Teubner, Gunther. (1997). "Global Bukowina. Legal Pluralism in the World Society", in: Teubner, Gunther (ed.), *Global Law without a State*, Aldershot, Dartmouth.

SOCIOLOGÍA JURÍDICA, METODOLOGÍA, TEORÍA DEL DERECHO Y TRANSFORMACIONES DEL ESTADO

Jairo Vladimir Llano Franco[1]
ORCID: 0000-0002-4018-5412
Correo electrónico: jairofranco.franco@gmail.com

Resumen

Entre los sociólogos jurídicos destacados en España, indudablemente se encuentra el Profesor Manuel Calvo García, que por medio de sus esfuerzos intelectuales logró la creación del laboratorio de sociología jurídica de la Universidad de Zaragoza. A esto se suma la amplia producción académica en áreas de las ciencias sociales y la ciencia jurídica como la teoría del derecho, la antropología jurídica, la filosofía y la historia del derecho.

En el presente artículo se hace referencia a tres publicaciones. La primera de ellas es el libro *Los fundamentos del método jurídico: Una revisión crítica* (Calvo García, 1994), sobre el cual se realiza una reflexión en lo respectivo a la investigación sociojurídica, la historia del derecho y la metodología, teoría crítica del derecho y desmitificación del positivismo jurídico, y el derecho como disciplina científica. La segunda publicación es un capítulo de libro titulado *Políticas de seguridad y transformación del derecho* (Calvo García, 1995), del que se desprende una deliberación sobre la sociedad del riesgo, los derechos sociales fundamentales y los modelos de Estado. La tercera publicación es un libro titulado *Transformaciones del Estado y del Derecho* (Calvo García, 2005), que complementa la parte final del artículo.

Palabras clave: sociología jurídica, metodología, Manuel Calvo García, teoría del derecho, transformaciones del Estado.

[1] Antropólogo y Especialista en Antropología Jurídica de la Universidad del Cauca, Doctor en Derecho por la Universidad Externado de Colombia, Profesor de sociología jurídica de la Universidad Católica de Colombia. Bogotá-Colombia, investigador senior por Minciencias.

SOCIOLOGIA JURÍDICA, METODOLOGIA, TEORIA DO DIREITO E TRANSFORMAÇÕES DO ESTADO

Resumo

Entre os sociólogos jurídicos de destaque na Espanha, sem dúvida está o Professor Manuel Calvo García, que através de seu esforço intelectual conseguiu a criação do laboratório de sociologia jurídica da Universidade de Zaragoza. A isso se soma a extensa produção acadêmica nas áreas das ciências sociais e jurídicas, ciências como a teoria do direito, a antropologia do direito, a filosofia e a história do direito.

Este artigo se refere a três publicações. O primeiro deles é o livro *Los fundamentos del método jurídico: Una revisión crítica* (Calvo García, 1994), sobre o qual se faz uma reflexão sobre o sócio-jurídico investigação, história do direito e metodologia, teoria crítica do direito e desmistificação do positivismo jurídico e direito como disciplina científica. A segunda publicação é um capítulo de livro intitulado *Políticas de seguridad y transformación del derecho* (Calvo García, 1995), de onde emerge uma deliberação sobre a sociedade de risco, direitos sociais fundamentais e modelos de Estado. A terceira publicação é um livro intitulado *Transformaciones del Estado y del Derecho (Calvo García, 2005)*, que complementa a parte final do artigo.

Palavras-chave: sociologia jurídica, metodologia, Manuel Calvo García, teoria do direito, transformações do Estado.

LEGAL SOCIOLOGY, METHODOLOGY, THEORY OF LAW AND STATE TRANSFORMATIONS

Abstract

Among the prominent legal sociologists in Spain, undoubtedly is Professor Manuel Calvo García, who through his intellectual efforts achieved the creation of the legal sociology laboratory of the University of Zaragoza. To this is added the extensive academic

production in areas of the social sciences and legal science such as the theory of law, legal anthropology, philosophy and the history of law.

This article refers to three publications. The first of these is the book *Los fundamentos del método jurídico: Una revisión crítica* (Calvo García, 1994), on which a reflection is made regarding socio-legal research, the history of law and methodology, critical theory of law and demystification of legal positivism, and law as a scientific discipline. The second publication is a book chapter entitled *Políticas de seguridad y transformación del derecho* (Calvo García, 1995), from which a deliberation on the risk society, fundamental social rights and State models emerges. The third publication is a book entitled *Transformaciones del Estado y del Derecho* (Calvo García, 2005), that complements the final part of the article.

Keywords: legal sociology, methodology, Manuel Calvo García, theory of law, state transformations.

1. Introducción

El Profesor Manuel Calvo García ha sido un reconocido sociólogo jurídico español, fue el fundador y director del laboratorio de sociología jurídica de la Universidad de Zaragoza, pero también fue un visitante periódico de Colombia, la conexión fue por medio de la Universidad Externado y los doctorados en Derecho en un primer momento y posteriormente en el de sociología jurídica e instituciones políticas que en el momento inicial dirigía su amigo, el Profesor Germán Silva García, como reconocido Profesor de sociología jurídica fue director del Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati - Universidad del País Vasco entre los años 2002-2003.

Pese a que varias de sus publicaciones fueron sobre los problemas e investigaciones de la sociología jurídica, el Profesor Calvo García tendría una amplia pasión por la teoría del derecho y su relación con las transformaciones estatales, que expondría en varios de sus publicaciones, lo más llamativo es que lograba esa relación de la sociología jurídica con la teoría del derecho, se puede reseñar que era el más destacado de

los científicos jurídicos españoles en esa temática que es esencial para la comprensión de las reformas, ajustes y cambios que se presentan en los Estados contemporáneos.

El presente artículo parte de una publicación que realizó Manuel Calvo en el año de 1994 sobre los fundamentos del método jurídico, texto que lleva una reflexión sobre la investigación sociojurídica, que ha sido marginal en los planes de estudio de derecho y que paulatinamente adquiere importancia en la formación jurídica, posteriormente, se realiza una reseña sobre la historia del derecho y la utilización recurrente del método hermenéutico para la comprensión y la aplicación jurídica.

Entre las características de las publicaciones de Calvo García se encuentra su perspectiva crítica sobre el derecho, por eso la parte del artículo que continúa se refiere principalmente al cuestionamiento del positivismo jurídico que se soporta en la legalidad y que ha sido una apuesta no solamente por la dominación legal sino también social de los sectores considerados elites o hegemónicos sobre el resto de la población, postulado que tiene coincidencias con el marxismo, la teoría crítica y los *Critical Legal Studies* (CLS), el siguiente ítem se refiere al derecho como disciplina científica para lo cual se hace necesario revisar los postulados de Kelsen (2013), que se convertiría en el teórico que impulsaría de forma directa el reconocimiento de la ciencia jurídica, que paradójicamente se consolida con las relaciones interdisciplinarias que rechazaba el mismo Kelsen.

Con la publicación de 1995 que realizó el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati sobre la seguridad ciudadana, donde Manuel Calvo tiene un capítulo, por eso se realiza una reflexión más enfocada en la sociología jurídica en situaciones de transformación estatal y jurídica, por eso se asiste a la concepción de sociedad del riesgo como posibilidad de análisis y comprensión de los fenómenos sociojurídicos recientes; el artículo culmina con la temática que más asumió Calvo García, los modelos de Estado y sus transformaciones, en esta parte se realiza un análisis sobre la importancia del cumplimiento de los derechos sociales fundamentales en los diferentes modelos y la vinculación necesaria con la transformación jurídica, lo que se conoce como derecho regulativo.

2. La investigación sociojurídica: De marginal a protagonista

En las facultades de derecho latinoamericanas las transformaciones recientes han sido impactantes, uno de los cambios se encuentra relacionado con la investigación, en un primer momento, principalmente en el transcurso del siglo XX, la posición de rechazo sobre los procesos investigativos donde la cátedra de formación investigativa era vista como algo alejado del derecho, siendo desacreditada no solamente por los estudiantes que realizaban estos cursos sino también por el Profesorado que consideraba innecesaria la investigación debido a que lo prioritario era enseñar para el ejercicio de la profesión, soportando su afirmación en que los ingresos de los abogados en funciones son mayores a los salarios recibidos por los Profesores: "Los salarios universitarios son los suficientemente bajos como para hacer que el pago principal sea en prestigio profesional y social. En una situación así sólo un grupo reducido se dedica principalmente a las actividades académicas" (Pérez Perdomo, 2004: 175).

En un segundo momento, en el entrado siglo XXI la investigación adquiere importancia en las facultades de derecho, especialmente en las universidades privadas de élite y las públicas de amplio reconocimiento, teniendo importancia las deliberaciones sobre la teoría del derecho y los métodos jurídicos, eso no quiere decir que se asista a un espacio investigativo cualificado, sino en proceso inicial que de continuar puede llevar a resultados favorables para la ciencia jurídica latinoamericana, un ejemplo de esta situación de paulatinamente dar importancia a la investigación es lo que ocurre en el contexto colombiano: "Colciencias, aunque teóricamente considera a la investigación sociojurídica como uno de los programas prioritarios (...) dentro de la visión tecnocrática que domina el ente, el derecho no es considerado relevante (...) solamente merece respaldo la pesquisa sociojurídica de base empírica" (Silva García, 2006: 56).

Aunque se reconozca la investigación sociojurídica como un espacio académico la financiación, desde lo estatal y las instituciones, se puede considerar marginal, lo que ha impedido una cualificación de este área investigativa, en lo respectivo a la producción teórica la situación es aún más compleja, precisamente, entre la negación de la

investigación y el reconocimiento de la misma para innovar en el derecho, es que se encuentra el libro que publicó el Profesor Manuel Calvo García en el año 1994, titulado *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*. En esta presentación Calvo García (1994: 11) "trata de poner en entredicho alguno de los mitos sobre los que se asienta la metodología jurídica. En particular, el mito de la certeza del derecho y el formalismo imperante".

Esta afirmación del Profesor Calvo García de desmitificar la certeza y el formalismo se encuentra relacionada con la teoría crítica del derecho, donde una de sus pretensiones es "la constatación de cuestiones epistemológicas y cuestiones político-ideológicas, esenciales para concretar una postura antidogmática y antiformalista, así como la verificación real (comprobación empírica) de las posibilidades para edificar una crítica jurídica descolonizadora (...) por una crítica juspolítica-social desmitificadora" (Wolkmer, 2017: 15).

3. Historia del derecho y metodología

En la primera parte de su publicación el Profesor Manuel Calvo analiza la historia del derecho y destaca que desde lo medieval, los integrantes de la profesión utilizaban el "método escolástico y los fundamentos de la exégesis de textos legales en las universidades (...) imprescindible para la rehabilitación práctica de los viejos textos del derecho romano. La recuperación del derecho romano (...) se desarrolla en las universidades" (Calvo García, 1994: 17-18).

Este argumento muestra que son las universidades las que posibilitan la existencia del derecho romano en la academia jurídica, postulado que fue opuesto a lo ocurrido en las facultades de derecho latinoamericanas donde se enseñaba la prevalencia al derecho romano ante el contexto universitario, considerando las universidades como simplemente receptoras de esta influencia, relegando el papel de la academia jurídica a una simple reproductora del conocimiento romanista:

> Los abogados de América Latina nos sentimos herederos de una gran tradición, el derecho romano. Lo estudiamos desde que comenzamos la escuela de derecho y aprendemos firmemente que los romanos de hace más de 20 siglos formularon nuestros principios y conceptos fundamentales ¿será esto cierto? (Pérez Perdomo, 2004: 21).

Ante la pregunta final del Profesor Pérez Perdomo, se puede responder desde un mismo concepto de la historia, el anacronismo, "que no es otra cosa que ver el pasado con ojos del presente. El historiador francés Lucien Fevbre nos dio un magnífico ejemplo para comprender este primer pecado: Anacronismo es darle un paraguas a un Diógenes" (Cortés Riera, 2012: 89), que para el caso de la relación derecho romano y América Latina se estaría presentando esta situación de anacronismo, y son varias circunstancias que lo expresan, primero se expone en las cátedras que se imparten en las facultades que el derecho moderno proviene del romano, excluyendo fenómenos historiográficos como el contexto sociocultural de la época o un factor que ha sido importante que es el lenguaje del momento histórico analizado,

> (…) la tarea consiste en establecer semejanzas o similitudes que no sean falsas (...) se cumple cuando el lenguaje usado por el historiador para expresar los resultados de su investigación, es el producto, por un lado, del análisis minucioso de los contextos históricos que definen los símbolos con los que una sociedad del pasado se expresa; y por otro, de la búsqueda de constantes que se mantienen a pesar del devenir y que se remiten a la unidad fundamental del sujeto y a los rasgos permanentes de una colectividad (Chaves Maldonado, 2016: 52).

Precisamente, los traslados de algunas ideas del derecho romano se han realizado desde lo textual, más no desde el contexto sociocultural, lo que lleva una interpretación del pasado que se puede considerar descontextualizado cuando se trata de incorporar a la compleja realidad latinoamericana: "La Historiografía positivista, que se caracterizará (...) un culto fetichista y exagerado del texto, es una historia empobrecida y que reduce el trabajo del historiador (...) al considerar los documentos escritos como única y exclusiva fuente legítima del trabajo histórico" (Aguirre Rojas, 2010: 54).

Pero incluso la reconstrucción de la historia misma desde el contexto es compleja debido a que se han perdido datos, la observación y la interacción son inexistentes en períodos tan largos de diferencia con el presente, pese a que se mantenga cierta tradición oral, a lo que suma las transformaciones constantes de la humanidad que ayudan a ocultar los pasados lejanos, "el historiador no puede asir otra cosa que indicios, e incluso ciertos hechos y ciertos fenómenos ni siquiera han dejado esas huellas o indicios (...) el historiador debe estar dispuesto a aceptar esas lagunas de su información y a confesarlas" (Bloch, 2012: 150-151).

En el proceso de reconstrucción histórica de los métodos del derecho, el Profesor Calvo García realiza un análisis sobre la importancia de la ley para el Estado moderno, donde el legislador se percibe como la expresión esencial para la creación del derecho y la hermenéutica queda limitada a la aplicación de la ley,

> (…) el significado de la ley, como una totalidad ideal que prevé omnicomprensivamente cualquier supuesto que haya de juzgarse. Plenitud, armonía generalidad e intemporalidad son los presupuestos que determinan los nuevos modos del hacer hermenéutico (...) se tiende a encerrar la voluntad del legislador en el texto legal, presentando las decisiones hermenéuticas como manifestaciones de la ley (Calvo García, 1994: 60-61).

Esta posición es acorde con los postulados de los críticos que realizan un análisis exhaustivo sobre la centralidad de la ley en la construcción del Estado moderno, teniendo en el método exegético el respaldo para la aplicación y obediencia de la ley por parte de los funcionarios de aplicarla, la "voluntad del legislador se presenta como un dato constante que se presta a un conocimiento objetivo" (Petev, 1996: 16). El resto de estructuras estatales que hacen parte del campo jurídico le deben simplemente obediencia a la ley, "cuando la ley no sea clara, su sentido debe buscarse en la voluntad del legislador en lo que quiso decir; de lo contrario implicaría sobrepasar los límites asignados de quien interpreta o aplica la ley" (Muñoz Rocha, 2007: 223).

4. Teoría crítica del derecho y desmitificación del positivismo jurídico

La concepción práctica, metodológica y teórica (positivismo) se encuentra en relación con el proceso de codificación que se inicia desde el siglo XIX y se mantiene, claro, un poco debilitado hasta el tiempo presente, sin perder el horizonte de la perspectiva crítica que desnuda como la codificación obedece a los intereses de los sectores dominantes de la sociedad en general y del campo jurídico en particular, postulado que comparte el Profesor Calvo García:

> La dominación legal se ejerce según unas reglas previas, las normas jurídicas, y presenta la característica singular de que también el que ordena o decide está obedeciendo normas jurídicas. En consecuencia, en el estado de derecho burgués, la aceptación de las constituciones y los códigos supone la aceptación de quienes ejercen el poder (Calvo García, 1994: 67).

Esta apreciación del Profesor Calvo García que no se limita solamente a lo metodológico, sino que incorpora lo teórico en este tipo de análisis, demostrando que la relación métodos y teorías es recíproco en el quehacer del conocimiento y en especial en las ciencias sociales, precisamente, su postulado sobre la dominación legal tienen coincidencias con la teoría marxista, acertadamente lo expone el sociólogo jurídico Renato Treves (1988: 62): "El poder estatal –dicen- no es más que un comité que administra los asuntos comunes de toda la clase burguesa. Y añaden que para los proletarios, la ley emanada de ese poder estatal (...) esconde otros tantos intereses burgueses".

Precisamente, el marxismo va a convertirse en una teoría que influencia escuelas y movimientos teóricos al interior del derecho, por eso la concepción de Calvo García también tiene puntos de encuentro con la teoría crítica del derecho, al "identificar y desmitificar los presupuestos ideológicos presentes en el marco de la legalidad burguesa dominante (...) la instancia jurídica en la dinámica entre infraestructura y superestructura (...) la función necesaria del derecho en las relaciones de producción del capitalismo" (Wolkmer, 2015: 50).

A esta postura se le suma el movimiento *Critical Legals Studies* (CLS) de los Estados Unidos, quienes consideran que el derecho estatal contemporáneo se ha convertido en un aliado de los intereses particulares del capitalismo para mantener las estructuras jerárquicas y de dominación sobre los ciudadanos, "el derecho (...) es uno de estos grupos de creencias que sirven para convencer a la gente de que las diversas relaciones jerárquicas en las cuales viven y trabajan son naturales y necesarias" (García Villegas, 2011: 42).

En el transcurso de la publicación el Profesor Calvo García vuelve a lo metodológico en la disciplina del derecho y expone la importancia del método exegético para complementar la apreciación de la absoluta confianza en la ley para regular las relaciones de los ciudadanos que hacen parte de los Estados modernos y en algunos momentos la fe que se tiene en las leyes que elabora el legislador, lo interesante es que este movimiento metodológico surge desde las mismas facultades de derecho europeas, situación que describe acertadamente, "la escuela de la exégesis (...) Es un movimiento dogmático, esto es, formado por Profesores de las Facultades de derecho (...) pretensiones de regeneración científica y de depuración de la ciencia del derecho civil para librarla de aditamentos no positivistas" (Calvo García, 1994: 87).

5. El derecho como disciplina científica

En los subsiguientes capítulos de la publicación *Los fundamentos del método jurídico: Una revisión crítica*, la relación teoría y método se acentúa, partiendo desde uno de los referentes en teoría del derecho europeo más conocido en el transcurso del siglo XX, el positivista jurídico Hans Kelsen, quién de forma recurrente, pretendió dar un estatus científico al derecho y configurar una disciplina que se construye en sí misma tanto en lo teórico, metodológico y práctico.

> En este sentido, Calvo García (1994: 117) explica que el positivismo de Kelsen:
> (…) es un intento de recuperar nuevos márgenes de seguridad jurídica desde presupuestos no ideológicos. Su teoría del ordenamiento jurídico como un sistema normativo y dinámico pretende alcanzar una descripción fiel del derecho según unos planteamientos científicos rigurosos (...) el reconocimiento de que la aplicación del

> derecho por los tribunales y la administración es, en todos los sentidos del término, auténtica creación del derecho.

Esta pretensión de posicionar al derecho como una disciplina científica lleva a que proponga el distanciamiento con la política y los juicios de valor por parte de quienes hacen parte de la ciencia jurídica (Kelsen, 2013). El impulso de consolidar el derecho como una ciencia desde la teoría sería innovador para el momento histórico en que escribía Kelsen, esto lo llevaría a reformar la metodología jurídica, realizando ruptura con la concepción de interpretación y única respuesta correcta proveniente de la voluntad del legislador, para dar la posibilidad del pluralismo interpretativo, por lo cual pueden determinarse varias respuestas correctas, así lo explica Calvo García (1994: 127):

> La norma de rango superior que se desarrolla o aplica provee un fundamento de validez que se agrega a la norma legal producida dentro de ese marco normativo. En realidad, la norma de rango superior legitima un marco de opciones hermenéuticas plurales, imposible de reducirse a una única solución por medios cognoscitivos, dentro del cual puede adoptarse cualquier decisión dado que el fundamento de su validez sería equivalente.

La importancia de la interpretación de la Constitución es esencial para obtener la validez de las normas o leyes, realiza un cambio de la concepción positivista que le daba importancia a la ley para volverla dependiente del intérprete constitucional que es el juez, mientras que el legislador es desplazado para depender del nuevo protagonista de la interpretación en el derecho. Posteriormente el Profesor Calvo García retoma en su publicación, a los teóricos del derecho que serían protagonistas en las reflexiones teóricas que se han realizado en el contexto iberoamericano, provenientes del contexto anglosajón como Herbert Hart y Ronald Dworkin, para terminar con la propuesta de Robert Alexy que ha sido esencial en las deliberaciones recientes del derecho constitucional, la argumentación jurídica y el neoconstitucionalismo.

Según lo describe Calvo García, la teoría de la argumentación jurídica se distingue por la relación que logra entre el discurso práctico de la filosofía de Habermas y el discurso jurídico: “La teoría de la argumentación jurídica de Alexy, sin embargo, representa un paso

adelante al conectar directamente la argumentación jurídica con la filosofía práctica o, dicho de un modo más preciso, el discurso jurídico con el discurso práctico general" (Calvo García, 1994: 239). Esto muestra de entrada una relación interdisciplinaria entre el derecho y la filosofía para explicar los fenómenos interpretativos contemporáneos y cómo los discursos jurídicos sean entendidos por la ciudadanía en general, Alexy lo explica desde las reglas del discurso: "Las reglas se extienden desde aquéllas que exigen no contradicción, claridad lingüística y verdad empírica, pasando por aquellas que expresan la idea de universalidad (...) asegurando a cada uno el derecho a tomar parte en el discurso" (Alexy, 2002: 23).

La publicación del Profesor Manuel Calvo realiza un aporte determinante para la metodología jurídica al plantear la relación con la teoría del derecho desde los inicios del positivismo jurídico y la codificación con Bentham y Austin, hasta las renovadas teorías del siglo XX, iniciando con Kelsen terminando en Alexy, su pretensión es determinar cómo la interpretación del derecho es amplia y necesariamente vinculado con los fenómenos sociales, lo interesante es cómo desde teorías que han sido consideradas poco críticas han sido esenciales para la transformación del derecho y para realizar ruptura con los métodos convencionales.

6. Sociología Jurídica y sociedad del riesgo

En el año 1995 el Profesor Manuel Calvo García se convertía en un referente para la sociología jurídica española, por lo cual participó en las publicaciones de la colección de *Oñati Proceeding*s que realizaba el Instituto Internacional de Sociología Jurídica, cuyos editores eran los sociólogos jurídicos Roberto Bergalli, Wolkmar Gessner, Vincenzo Ferrari y Terence Halliday, publicando el capítulo titulado *Políticas de seguridad y transformaciones del Derecho*, en el número 18 de la colección titulado *La protección de la Seguridad Ciudadana*.

El capítulo lo inicia con la situación socioeconómica que se presentaba en ese momento en España y la relación con los procesos migratorios: "El aumento de las bolsas

de marginación y pobreza generadas por la crisis económica interna y las crisis económicas y políticas internacionales han dado lugar a procesos migratorios que son observados con prevención por la nueva España europea" (Calvo García, 1995: 95), apreciación que coincide con las acciones que realizan los Estados ante las migraciones Sur-Norte donde la prevención es la predominante, situación que es contraria al mismo fenómeno de globalización: "La lógica del mercado global se enfrenta aquí a la lógica de la política estatal. Los Estados ven las migraciones con mucha cautela (...) interpretan en términos de sus efectos sobre la estructura social e identitaria de sus sociedades" (Zapata, 2010: 28).

Los procesos de migración Sur-Norte y las transformaciones económicas al interior de los Estados europeos, lleva a que se configuren sutilmente sectores barriales marginados o con ciertas limitaciones económicas, claro, con la distinción que caracteriza a Europa donde las conglomeraciones populares no son visibles, contrario de lo que ocurre en América Latina donde las barriadas o favelas son notorias tanto por la estructura urbana como la densidad de población que poseen, a esta situación de marginalidad global se suma la criminalidad internacional que se instala y reproduce en las barriadas populares, lleva a que se asista a una sociedad del riesgo, que Calvo García introduce sutilmente en su escrito:

> (…) la alarma social creada por el aumento espectacular del consumo de drogas y el consiguiente aumento de los delitos contra la propiedad aparentemente relacionada con aquél. Se ha construido, así, una sensación de riesgo que determine (...) la intervención del estado en el control de ese ámbito social aun a costa de limitar gravemente la libertad (Calvo García, 1995: 95).

Se coloca en escena la deliberación sobre la sociedad del riesgo que surge del fenómeno de globalización y que expone las situaciones de tensión social que aumentan al mismo tiempo que se intensifica, la aparición de una ciudadanía global, "estos riesgos ya no se limitan a lugares o grupos, sino que contienen una tendencia a la globalización que abarca la producción y la reproducción y no respeta las fronteras de los Estados nacionales, con lo cual surgen amenazas globales" (Beck, 1986: 19).

Antes que los riesgos aumenten y originen situaciones de tensión social irreversibles que afectarían a los ciudadanos de forma generalizada, la intervención por

medio de las instituciones públicas en un contexto de Estado social y democrático de derecho se hace necesaria e indispensable para evitar escenarios de aguda conflictividad: "Los poderes públicos del estado social asumen su cuota de responsabilidad en esta situación y se obligan a intervenir para asegurar la procura asistencial y proteger los derechos de los sujetos sociales más desprotegidos (menores, tercera edad, marginados, etc.)" (Calvo García, 1995: 98).

Esta percepción sobre la implementación del Estado social y democrático de derecho por medio de la garantía de los derechos sociales fundamentales hacia los ciudadanos para evitar la reproducción de la desigualdad y la marginalidad es un postulado aceptable por la teoría del derecho contemporánea: "La garantía de todos los derechos fundamentales –de los derechos sociales no menos que los derechos de libertad- no es, pues, sólo un fin en sí, sino que es también un medio del desarrollo no sólo civil sino también económico" (Ferrajoli, 2013: 56).

7. Los derechos sociales fundamentales y los modelos de Estado

El derecho pasaría de un carácter sancionatorio para las personas que transgreden el ordenamiento jurídico a uno de intervención en el aspecto social a través de los derechos con la pretensión de evitar los estallidos sociales que pueden desencadenar la desigualdad y marginalidad socioeconómica que surgen en las sociedades y Estados contemporáneos.

En palabras de Calvo García (1995: 102-103):

> Las nuevas sendas del derecho están relacionadas con la utilización del sistema jurídico para intervenir en los sistemas sociales primarios y corregir los desequilibrios existentes o hacer frente a los riesgos sociales. Así los profundos desequilibrios generados por el desarrollo capitalista determinaron históricamente la intervención estatal y jurídica en el sistema social para asegurar proteger ciertos mínimos y los derechos políticos de los sujetos sociales menos favorecidos con el fin de evitar el riesgo de una explosión social.

Esta transformación del derecho y del Estado que percibe Manuel Calvo sucede en el contexto europeo, donde los derechos sociales fundamentales en lo posible han sido cumplidos, evitando se llegue a situaciones de inconformismo por parte de la población que origine levantamientos y estallidos sociales contra las instituciones estatales y los gobiernos de turno, permitiendo "la integración de la clase trabajadora en el sistema mediante la progresiva adquisición de derechos a cambio de la renuncia de ésta a la revolución" (Fariñas, 2014: 89).

Estos derechos sociales que se han configurado en los Estados europeos han intentado desmontarse de forma recurrente por parte de los gobiernos que fueron influenciados por los postulados neoliberales, teniendo ciertos resultados favorables que llevaron a la limitación de ciertos derechos, sin embargo el grueso de ellos se han mantenido, por factores como la movilización social que han impedido estos procesos de desmonte y por la llegada del modelo de Estado constitucional y democrático que tiene como pretensión la protección de los derechos fundamentales, caracterizado "por la dignidad humana como premisa antropológico-cultural (...) soberanía popular y la división de poderes, por los derechos fundamentales y la tolerancia (...) y la independencia de los tribunales" (Häberle, 2018: 3).

Este modelo de Estado constitucional posee varias diferencias con el legislativo y el social de derecho, pero una que determina la innovación es la relación que logra entre el derecho constitucional y el derecho internacional para que los derechos fundamentales sean cumplidos por las instituciones públicas y los ciudadanos tengan una plausible calidad de vida, "los derechos fundamentales no sólo son vinculantes desde la Constitución, sino también desde el Derecho Internacional, con la pretensión de que las personas puedan cumplir con su objetivo de lograr una vida aceptable" (Velasco Cano y Llano Franco, 2015: 53).

Mientras este modelo estatal era implementado de forma satisfactoria en los Estados europeos, en América Latina se realizaba la recepción de la teoría del derecho que lo soporta, el neoconstitucionalismo (Llano Franco & Silva García, 2018). Uno de los

desarrollos que va tener esta propuesta teórica, jurídica y estatal en América Latina es la correspondiente a los jueces como garantistas de los derechos sociales fundamentales, "los tribunales constitucionales en América Latina (...) han desarrollado una postura activista hacia la protección de los derechos sociales (...) exigen la acción del Estado para garantizar un mínimo de bienestar material en contextos de profunda privación y desigualdad" (Rodríguez Garavito, 2009: 39).

Pero las acciones de los jueces constitucionales por garantizar y proteger los derechos sociales fundamentales fueron insuficientes, debido a que la propuesta económica imperante en varios de los Estados latinoamericanos ha sido la implementación del neoliberalismo, que ha reproducido desigualdad y marginalidad masivamente, y que en los últimos años ha llevado a explosiones sociales como lo exponía Calvo García, postulado que se puede afirmar con lo ocurrido en Chile, el país que inició el neoliberalismo en Latinoamérica: "El viernes 18 de octubre de 2019 explotó en Chile un levantamiento ciudadano (...) estallido social (...) asociado a un creciente agobio presupuestario en la mayoría de familias chilenas y una percepción compartida de un nivel inaceptable de desigualdad" (Matus, 2019: 59).

El otro aliado del postulado económico neoliberal ha sido Colombia, que junto a Chile se consideran los países latinoamericanos que han tenido menos interrupciones en el tiempo de las acciones y políticas neoliberales, ha tenido un estallido social sin precedentes en el 2021, situación que se ve reflejado en el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre las intensas "jornadas de protestas que comenzaron el 28 de abril de 2021 (...) motivadas por el aumento de los niveles de pobreza, inequidad y violencia (...) creciente número de asesinatos de personas defensoras, líderes y lideresas sociales" (Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH], 2021).

Estos dos casos muestran cómo la desigualdad y el no cumplimiento mínimo de los derechos sociales fundamentales hacia los ciudadanos por parte las instituciones estatales pueden llevar a explosiones o estallidos sociales, situación que logró prever

Manuel Calvo García, insistiendo en el transcurso de su publicación que el derecho se convierte en una herramienta para la integración social (Calvo García, 1995).

Este análisis del Profesor Calvo García sobre la transformación del derecho lo acerca a una de las tesis que lo caracterizó en distintas publicaciones, la concepción de un "nuevo tipo de derecho: el derecho útil o derecho regulativo (...) en relación con las políticas asistenciales y las funciones promocionales del derecho, pero que está (...) relacionado con una concepción determinada del orden y las técnicas de control social" (Calvo García, 1995: 103-104), diez años después en una publicación de la Universidad Externado en Bogotá, el Profesor profundizaría que

> La realización del derecho útil o regulativo sólo es concebible en términos de ejecución de políticas encaminadas a conseguir resultados acordes con valores, objetivos e intereses sociales. (...) y a la "movilización" de amplios medios económicos, institucionales, técnicos y humanos necesarios para los fines y objetivos regulativos (Calvo García, 2005: 11-12).

Para el Profesor Manuel Calvo las transformaciones del derecho son una realidad y cada vez son más intensas, por lo cual la especialidad de la ciencia jurídica desde el derecho y desde la disciplina sociológica que siempre impulsó, la sociología jurídica, se vuelve esencial para comprender e intervenir en estos fenómenos que adquieren una mayor complejidad con el paso del tiempo. Reflexiona que "una ciencia del derecho menos autónoma y capaz de asumir la existencia de espacios de no derecho y dimensiones informales en las dinámicas jurídicas actuales (...) abre espacios importantes para la sociología jurídica, tanto teórica como empírica" (Calvo García, 2005: 9).

8. Conclusiones

La obra de Manuel Calvo García, Profesor de la Universidad de Zaragoza, es bastante amplia por lo cual su reseña y aportes a la especialidad que más apreciaba, la sociología jurídica, es significativa, precisamente, esa mirada interdisciplinaria del derecho lo llevó a posibilitar la conversación de distintas áreas, ese es su destacado logro como académico, de forma fácil coloca a dialogar la teoría del derecho con las transformaciones

estatales, la filosofía, la historia, la sociología y la antropología jurídica, estaría por realizarse un análisis más detallado de su producción intelectual.

Mientras tanto, los académicos de la ciencia jurídica, que provienen de especialidades como la sociología jurídica y la teoría del derecho seguirán referenciando sus publicaciones en las investigaciones que realizan sobre las temáticas que estudiaba y que han cobrado una importancia central en los tiempos que transcurren de nuevos derroteros paradigmáticos y que son acordes con lo expuesto por el Profesor, motivando la comprensión de un derecho que se transforma constantemente para estar acorde a las realidades sociales que se caracterizan por su innovación permanentemente.

Referencias bibliográficas

Aguirre Rojas, Carlos Antonio. (2010). *La historiografía en el siglo XX. Historia e historiadores entre 1848 y ¿2025?*, Bogotá, Desde Abajo.

Alexy, Robert. (2002). *Derecho y razón práctica*, México, Fontamara.

Beck, Ulrich. (1986). *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Paidós

Bloch, Étienne. (2012). *Marc Bloch: el historiador en su laboratorio. Testimonios e interpretaciones*, Bogotá, Desde Abajo.

Calvo García, Manuel. (1994). *Los fundamentos del método jurídico: Una revisión crítica*, Madrid, Tecnos.

Calvo García, Manuel. (1995). "Políticas de seguridad y transformaciones del derecho", en: Muñagorri Laguía, Ignacio (coord.) *La Protección de la Seguridad Ciudadana*, Oñati Proceedings, Oñati: IISJ, No. 18, pp. 95-134.

Calvo García, Manuel. (2005). *Transformaciones del Estado y del Derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Chaves Maldonado, María Eugenia. (2016). "El anacronismo en la historia: ¿error o posibilidad? A propósito de las reflexiones sobre el tiempo en Carlo Ginzburg, Marc Bloch y Georges Didi-Huberman", *Revista Historia y Sociedad*, No. 30, pp. 45-73

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2021). *Observaciones y recomendaciones. Visita de trabajo en Colombia*. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ObservacionesVisita_CIDH_Colombia_SPA.pdf>. Fecha de consulta: 21 de julio del 2021.

Cortés Riera, Luis Eduardo. (2012). "Ocho pecados capitales del historiador", *Global Journal of Human Social Science*, Vol. 12, No. 1, pp. 84-114.

Fariñas Dulce, María José. (2014). *Democracia y pluralismo: Una mirada hacia la emancipación*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid.

Ferrajoli, Luigi. (2013). "Derechos sociales y esfera pública mundial", en: Espinoza de los Monteros, Javier y Jorge Ordóñez (coords.) *Los derechos sociales en el Estado constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 47-60.

García Villegas, Mauricio. (2011). "Sociología y crítica jurídica en Estados Unidos", en: García Villegas, Mauricio y María Paula Saffon (coords.) *Crítica Jurídica Comparada*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia.

Häberle, Peter. (2018). *El Estado constitucional*, México, UNAM.

Kelsen, Hans (2013). *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, México, Fontamara.

Llano Franco, Jairo Vladimir y German Silva García. (2018). "Globalización del derecho constitucional y constitucionalismo crítico en América Latina", *Revista Utopía y Praxis Latinoamericana*, Año 23, Extra No. 2, pp. 59-73.

Matus, Mario. (2019). "Desigualdad: La grieta que fractura la sociedad chilena", en: Folchi, Mauricio (ed.) *Chile despertó. Lecturas desde la historia del estallido social de octubre*, Santiago de Chile, Universidad de Chile, pp. 59-68.

Muñoz Rocha, Carlos Ignacio. (2007). *Teoría del derecho*, México, Oxford University Press.

Pérez Perdomo, Rogelio. (2004). *Los abogados de América Latina. Una introducción histórica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Petev, Valentin. (1996). *Metodología y ciencia jurídica en el umbral del siglo XXI*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Rodríguez Garavito, César. (2009). *La globalización del Estado de derecho. El neoconstitucionalismo, el neoliberalismo y la transformación institucional en América Latina*, Bogotá, Universidad de los Andes.

Silva García, Germán. (2006). "Prospectivas sobre la educación jurídica", en: Pérez Perdomo, Rogelio y Julia Rodríguez Torres (eds.) *La educación jurídica en América*

Latina. Tensiones e innovaciones en tiempos de globalización, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Treves, Renato. (1988). *La sociología del derecho. Orígenes, investigaciones, problemas*, Barcelona, Ariel.

Velasco Cano, Nicole y Jairo Vladimir Llano Franco. (2015). "Teoría del derecho, Neoconstitucionalismo y modelo de Estado constitucional en el contexto colombiano", *Revista Novum Jus,* Vol. 9, No. 2, pp. 49-73.

Wolkmer, Antonio Carlos. (2015). *Introducao ao pensamento jurídico crítico,* São Paulo, Saraiva.

Wolkmer, Antonio Carlos. (2017). *Teoría crítica del derecho desde América Latina*, México, Akal.

Zapata, Ricard. (2010). "Reflexiones en torno al contexto moral de las migraciones internacionales", en: Roll Vélez, David y Diana Andrea Gómez (eds.) *Migraciones internacionales. Crisis mundial, nuevas realidades, nuevas perspectivas*, Universidad Nacional de Colombia y Universidad de Salamanca.

PLURALISMO JURÍDICO E JUSTIÇA COMUNITÁRIA: REFLEXÕES SOBRE BRASIL E COLÔMBIA

Maria Angélica Leal[1]
ORCID: 0000-0002-3211-5764
Correo electrónico: mangelsaleal@gmail.com

Antonio Carlos Wolkmer[2]
ORCID: 0000-0003-1958-8433
Correo electrónico: acwolkmer@gmail.com

Resumo

Nos limites deste artigo, ambiciona-se apresentar uma reflexão sobre o monopólio que o Estado detém sobre a resolução dos conflitos e outra possibilidade de administração da situação conflitiva, a justiça comunitária. A análise tem como ponto de partida a teoria do pluralismo jurídico "comunitário participativo", desenvolvida por Antonio Carlos Wolkmer e o potencial emancipador que tal abordagem apresenta ao oportunizar voz e vez para comunidades negligenciadas pelo modelo hegemônico estatal. O objetivo central é verificar o caráter transformador que os modelos de justiça comunitária, brasileiro e colombiano, apresentam quando analisados na perspectiva do pluralismo jurídico do jurista privilegiado na reflexão. Para esse intento utilizou-se, como escolha metodológica uma abordagem qualitativa com perfil exploratório, através de técnicas de investigação bibliográfica em obras nacionais e internacionais, que permitiram refletir sobre as especificidades de cada

[1] Doutoranda e mestre em Direito pela Universidade La Salle (RS). Bacharel e licenciada em Ciências Sociais pela UFRGS. Professora da PMPA. Fundadora e professora da Escola Justiça Restaurativa Crítica. Porto Alegre.

[2] Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito da UNILASALLE-RS (Mestrado e Doutorado em Direito), da UNESC-SC, onde coordena seu Mestrado em Direitos Humanos e o Grupo de Estudos NUPEC. Professor Titular e Emérito aposentado da UFSC. Doutor em Direito. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros (RJ). É pesquisador nível 1-A do CNPq, e consultor ad hoc da CAPES. Membro da SASJU - Sociedad Argentina de Sociologia Jurídica. Igualmente integrante de GT – CLACSO (Buenos Aires/México/Brasil). "Crítica Jurídica y Conflictos Sociopolíticos", Membro da International Political Science Association (IPSA, Canada), and of the Research Committee on Sociology of Law (RCSL). Professor visitante de Cursos de Pós-graduação em várias universidades do Brasil e do exterior (Argentina, Peru, Colômbia, Chile, Equador, Venezuela, Costa Rica, México, Espanha e Itália).

modelo de justiça comunitária, evidenciando os aspectos da justiça comunitária desenvolvida no Brasil, especificamente em Brasília, e na Colômbia. A reflexão também ambiciona instigar à elaboração de pesquisas e estudos que abordem a temática aqui apresentada.

Palavras-chave: justiça comunitária, pluralismo jurídico, acesso à justiça, Brasil, Colômbia.

PLURALISMO JURÍDICO Y JUSTICIA COMUNITARIA: REFLEXIONES SOBRE BRASIL Y COLOMBIA

Resumen

Dentro de los límites de este artículo, se pretende presentar una reflexión sobre el monopolio del Estado en la resolución de conflictos y sobre otra posibilidad de gestionar la situación conflictiva, la justicia comunitaria. El análisis tiene como punto de partida la teoría de Antonio Carlos Wolkmer sobre el pluralismo jurídico de la "comunidad participativa" y el potencial emancipador que este enfoque presenta al dar voz y tiempo a las comunidades desatendidas por el modelo hegemónico estatal. El objetivo central es verificar el carácter transformador de los modelos de justicia comunitaria, brasileño y colombiano, cuando se analizan desde la perspectiva del pluralismo jurídico, del jurista privilegiado en la reflexión. Para ello se ha utilizado, para el aspecto metodológico, una investigación cualitativa con perfil exploratorio, a través de técnicas de investigación bibliográfica de trabajos nacionales e internacionales, que permiten reflexionar sobre las especificidades de cada modelo de justicia comunitaria, destacando los aspectos de justicia comunitaria desarrollados en Brasil, específicamente en Brasilia y en Colombia. La reflexión también tiene como objetivo instigar la elaboración de investigaciones y estudios que aborden el tema aquí presentado.

Palabras clave: justicia comunitaria, pluralismo jurídico, acceso a la justicia, Brasil, Colombia.

LEGAL PLURALISM AND COMMUNITY JUSTICE: REFLECTIONS ON BRAZIL AND COLOMBIA

Abstract

Within the limits of this paper, the aim is to present a consideration on the monopoly which the State has over the resolution of conflicts and another possibility of managing the conflicting situation, that is, community justice. The analysis starts from the theory of "participatory community" legal pluralism, developed by Antonio Carlos Wolkmer, as well as the emancipatory potential that such approach presents by giving voice and time to communities often neglected by the state hegemonic model. The core objective is to verify the transformative character that the Brazilian and the Colombian community justice models present when analyzed according to the perspective of the legal pluralism as developed by the referred jurist. For this purpose, it was applied, in what concerns the methodological aspect, qualitative research, with an exploratory profile, through bibliographic research techniques, in national and international works, allowing the consideration on the specificities of each model of community justice, highlighting the aspects of community justice developed in Brazil, specifically in Brasilia, and in Colombia. The work also aims to instigate the elaboration of further research and studies addressing the theme presented here.

Keywords: community justice, legal pluralism, access to justice, Brazil, Colombia.

1. Introdução

A percepção do direito como expressão das relações da sociedade, impõe percebê-lo como um dos mecanismos utilizados para a dominação e colonização de povos e culturas, mas também permite construir propostas comprometidas com as necessidades daqueles que foram subjugados na construção do direito ocidental hegemônico de matriz eurocêntrica. A sujeição de várias culturas a um modelo único de direito que atendia aos interesses de segmentos privilegiados alojados no poder extinguiu, ou melhor, quase aniquilou práticas e conhecimentos de sociedades autóctones em favor do monopólio

estatal. Entretanto, esse direito de tradição centralizadora-formalista nunca conseguiu ser totalmente unívoco, por entre suas frestas, outras práticas de juridicidade "alternativa" ocorreram e outras formas de emancipação e resolução de conflitos foram desenvolvidas e praticadas (Jaccoud, 2005).

Durante um considerável período histórico na sociedade moderna ocidental não houve preocupação do Estado em relação à capacidade efetiva de o cidadão utilizar plenamente a justiça. Tal concepção não foi pertinente com o Estado Social, modelo desenvolvido a partir do século XX, que buscou a prestação positiva do Ente Público ante as demandas sociais e a efetiva garantia de direitos (Cappelletti e Garth, 1988). O acesso da população desfavorecida na administração da justiça, durante muito tempo, só ocorreu por meio de mecanismos repressivos, como clientela do direito penal, visto que são os comportamentos e práticas dessa população que tendem a ser criminalizados (Pereira de Andrade, 2003; Sousa Santos, 2011).

Em uma sociedade marcada pela desigualdade e vulnerabilidade, em que faltam políticas públicas que efetivem os direitos positivados, é comum buscar o Poder Judiciário para satisfazer carências, por vezes relacionadas aos direitos fundamentais, como saúde, liberdade, educação. Porém essa procura ocasiona dificuldades na satisfação e prestação do serviço, originando um generalizado sentimento de insatisfação social com a prestação jurisdicional, que é incapaz de solucionar a contento os litígios que lhe são submetidos (Sousa Santos, 2011).

O crescimento das desigualdades sociais na sociedade contemporânea, aliado à consciência social das injustiças tende a aumentar a descrença no papel do direito na construção da democracia. Por outro lado, tais percepções têm levado segmentos sociais e populares a buscarem, individual ou coletivamente, os seus direitos, seja por meio do modelo jurisdicional hegemônico (Sousa Santos, 2011) ou "mediante a informalidade de ações concretas de atores coletivos, consensualizados pela identidade e autonomia de interesses do todo comunitário, num locus político, independentemente dos rituais formais de institucionalização" (Wolkmer, 2015: 127).

Ante tais constatações, o presente texto tem como objeto refletir sobre a justiça comunitária na perspectiva da teoria do pluralismo jurídico "comunitário participativo"[3], proposto por Antonio Carlos Wolkmer. Para tanto, traçou-se como objetivo central verificar o potencial emancipatório que os modelos de justiça comunitária, brasileiro e andino (no caso específico, o colombiano), representam, quando sopesados a partir do pluralismo jurídico privilegiado na presente análise.

Visando atingir o objetivo do estudo buscou-se, por meio da análise das principais características das experiências, conhecer e compreender diferenças e similitudes dos modelos adotados nos diferentes contextos. O estudo foi orientado pelo método dedutivo e pela técnica de pesquisa bibliográfica, e a discussão teórica foi conduzida com a utilização de obras nacionais e internacionais, especificamente de autores andinos. Para melhor compreensão do tema iniciou-se pela abordagem do pluralismo jurídico ante o monismo jurídico estatal, abordando-se ainda os estudos da década de 70 de Mauro Cappelletti e Bryant Garth sobre os obstáculos do acesso à justiça e as soluções possíveis na superação das barreiras encontradas.

A segunda parte do artigo foi dedicada à análise das características da justiça comunitária e, posteriormente, à reflexão sobre os atributos dos modelos, brasileiro e colombiano, buscando perceber o potencial que ambos apresentam na construção de um direito emancipatório.

A análise final não encerra o assunto, visa contribuir na reflexão sobre o tema e evidenciar a necessidade de novas pesquisas e estudos, os quais poderão aprimorar as percepções aqui apresentadas e, também, construir outros resultados.

[3] A expressão pluralismo jurídico é polissêmica e seus diversos significados variam conforme o intérprete ou a tipologia conceitual utilizada. Escolhemos a proposta de pluralismo jurídico do Professor Antonio Carlos Wolkmer para conduzir a análise do presente artigo, dada a relevância de suas obras para o tema. Ver: Wolkmer, (2015) (uma versão mais atualizada pode ser encontra na 2ª ed. espanhola, de 2018, por Dykinson, Madrid).

2. Do monismo estatal ao pluralismo jurídico: interpretações sobre diferentes modelos de justiça

O projeto da modernidade, amparado pela ideologia liberal-positivista foi responsável pela primazia do Direito Estatal, ou seja, o monismo jurídico, em que o direito reconhecido e obrigatório é o emanado pelo poder do Estado, expresso por meio do centralismo burocrático de produção normativa e que "transforma o Direito e a Justiça em manifestações estatais exclusivas" (Wolkmer, 2015: 103).

A hegemonia excludente nega a existência de outros "ordenamentos e mecanismos de soluções de conflitos, pois parte do pressuposto de que há apenas um Direito" (Maldonado, 2013: 272). Entretanto, Antonio Carlos Wolkmer (2015: 45) destaca que mesmo com a preeminência do projeto jurídico unitário é impossível negar "a força e a manutenção de ordenamentos jurídicos independentes do Estado". Os quais, mesmo obstaculizados pelo poder estatal oficial, foram gerados e utilizados por grande parte da população excluída e evidenciaram que o pluralismo jurídico esteve sempre presente no quotidiano das comunidades por meio de soluções extralegais e informais (Wolkmer, 2015).

No mesmo sentido aponta o colombiano Edgar Ardila Amaya (2016: 19) ao destacar que a construção de um direito monista, nunca foi na verdade uma realidade, o Poder Estatal sempre atendeu uma demanda muito inferior a real necessidade, pois

> (...) las instituciones y las prácticas mediante las cuales se gestionan los conflictos, en un país latinoamericano como el nuestro, nunca alcanzan a analizarse desde las rendijas de las leyes, ni logran ser comprendidas limitándonos a las actuaciones de los operadores judiciales. Sólo uno de cada veinte conflictos llegan a ser tramitados por operadores judiciales. Aunque siempre están en la vitrina, por esa vía se gestiona sólo una parte de cada veinte dentro del conjunto de dinámicas mediante las cuales tramitamos nuestras disputas en este país. En otras dos vigésimas partes se acude a autoridades no judiciales del Estado y en los cinco restantes, las estadísticas nos dicen que son tramitados por actores privados.

Efendy Emiliano Maldonado (2013: 275) ao analisar a incorporação do pluralismo jurídico nos textos constitucionais do Equador e da Bolívia, no início do século XXI, refere que grande parte da América Latina foi formada negando e discriminando as comunidades autóctones o que ocasionou a formação de ordenamentos jurídicos desconexos da realidade social, com base

> (…) numa perspectiva individualista etnocêntrica, que centraliza na figura do Estado-Nação a produção do Direito e que restringe a definição do que é "justo" ao crivo de um modelo de dominação burocrática exercido através do aparelho estatal pelas elites locais, que não admitem qualquer vínculo com as tradições, costumes e cultura das nações aborígenes, já que mimetizam os pressupostos de uma sociedade capitalista em ascensão.

Durante muito tempo a hegemonia estatal pareceu viger plena e absolutamente, pois somente no final do século XX, com contínuas crises do sistema capitalista e com sua razão neoliberal, movimentos de participação comunitária passam a denunciar e tencionar a estrutura colonizadora do monismo normativista estatal. As denúncias dos movimentos tiveram eco também no campo acadêmico e pesquisadores de diferentes locais uniram-se para apontar as brechas e exclusões do modelo hegemônico e repensar as estruturas participativas da sociedade (Sousa Santos 2000 e 2011; Maldonado, 2013; Wolkmer, 2015; Ardila Amaya, 2016).

A falta de prestação jurisdicional do modelo formal-tecnicista é evidenciada em diferentes momentos de uma trajetória marcada pela desconfiança e frustração, principalmente da população vulnerável. O acesso à justiça enfrenta problemas ligados à própria estrutura estatal e a disparidade de isonomia entre as partes produz resultados que, raramente, atendem as comunidades. O temor às represálias, o desconhecimento de assistências jurídicas, a distância entre os serviços ofertados e a residência, são alguns motivos que afastam às comunidades do Judiciário; o que termina negando direitos, mesmo quando essa população conhece a existência desses (Sousa Santos, 2005 e 2011; Foley, 2010).

Importa reconhecer que a população negligenciada tem muitas necessidades e que a solução deve ocorrer no contexto em que as partes se encontram, pois quando a gestão de conflitos é realizada nas comunidades ocorre a construção de soluções efetivas (Cabral, 2013). Entretanto, a constatação da incapacidade do sistema hegemônico em atender as demandas da população não é suficiente. Entende-se a importância de admitir a carência dos serviços de prestação jurisdicional, mas o reconhecimento é uma etapa e não pode ser encerrada em si mesma. É preciso implementar modelos plurais, que visem atender as partes desde o lugar onde se encontram, que promovam a autonomia das comunidades, que busquem oportunizar respostas significativas para as necessidades dos envolvidos no conflito.

Para Boaventura de Sousa Santos (2000: 75), a comunidade tem capacidade de "instaurar uma dialética positiva com o pilar da emancipação" e a construção dessa justiça democrática deve ser comprometida com a dimensão humana, capaz de fomentar a proximidade entre justiça e cidadania, mas isso só é possível a partir da crítica ao monopólio estatal do direito.

As comunidades vulneráveis têm práticas socioculturais diferentes daquelas apropriadas e manipuladas pelas elites; a relação com cuidado, respeito, controle são estranhas ao ordenamento estatal, por isso há necessidade de experiências contra hegemônicas que respeitem a diversidade, ambicionem transformar as estruturas e permitam a construção de conhecimentos construídos nas diferentes realidades (Rogoff, 2005; Uprimny, 2006).

Na década de 70, Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988) realizaram uma pesquisa para desvendar os obstáculos do acesso à justiça e apresentaram três posições básicas e cronológicas visando garantir a efetividade desse acesso. Cada posição ou movimento foi chamado pelos autores de "ondas".

A primeira "onda" abordou as dificuldades das partes, principalmente as vulneráveis, em movimentarem uma demanda judicial devido aos custos, tanto do processo

quanto de honorários dos advogados. Na segunda, o enfoque foi às reformas para a representatividade dos direitos difusos e coletivos. Já a terceira onda, abordou uma concepção ampla de acesso à justiça, orientada para resolução de conflitos por meio de métodos adequados e capazes de efetivar direitos e solucionar litígios.

Em relação aos obstáculos econômicos, é possível constatar que as custas judiciais, os honorários advocatícios, o gasto com provas e perícias restringe os mais desfavorecidos do acesso à justiça, pois a situação econômica das partes afeta sua capacidade de buscar os meios necessários para concretizar esse direito fundamental. A morosidade do processo também é outro obstáculo para aqueles que têm menos recursos financeiros, pois os gastos levam as partes a abandonar suas demandas ou a aceitar acordos com valores muito inferiores ao que teriam direito (Cappelletti e Garth, 1988).

As barreiras erigidas no processo de construção da cidadania no Brasil, por meio de uma inclusão controlada, mantiveram a verticalização do sistema político e social e reforçaram a desigualdade. O desenvolvimento das classes subordinadas foi impedido e o projeto estatal de privação da autonomia manteve grandes segmentos da população excluídos do sistema econômico e político. Tal percurso tem seus reflexos ainda nos dias atuais, em que a seletividade dos tribunais é perceptível, pois os que litigam tendem a ser oriundos de classes mais favorecidas (Slakmon e Oxhorn, 2006; Carvalho, 2011).

A legitimidade para a proteção dos interesses difusos também foi uma das barreiras encontradas no estudo. Mesmo em situações em que muitos são afetados por uma violação e a demanda individual não era capaz de satisfazer a necessidade de proteção em relação à conduta causadora de danos, ações visando interesses coletivos eram recusadas. As normativas processuais não estavam preparadas para grandes litígios (Cappelletti e Garth, 1988).

As três ondas renovatórias de acesso à justiça originaram-se a partir dos obstáculos detectados por Cappelletti e Garth. Nesse aspecto, a primeira “onda” foi a da assistência judiciária aos pobres, constituída por algumas reformas em prol da assistência aos mais

carentes, porém tais medidas custaram a dar resultados devido à falta de atitudes positivas estatais para garanti-las. A assistência judiciária gratuita não foi suficiente para garantir o acesso à justiça, pois também eram necessários advogados experientes para as demandas, os quais, em geral, dedicam suas atividades aos clientes que pagam seus honorários. Cabe destacar que no Brasil o instituto da Defensoria Pública é garantido apenas na Constituição Federal de 1988 e que, ao longo de sua existência, tem enfrentado dificuldades estruturais para garantir o atendimento aos cidadãos que possuem os seus direitos suprimidos (Cappelletti e Garth, 1988; Sousa Santos, 2011).

A segunda "onda" visou superar a barreira da representação jurídica para direitos difusos e coletivos, pois o processo civil clássico não se encontrava preparado para a tutela de interesses que não fossem individuais e patrimoniais, principalmente nas questões pertinentes ao direito do consumidor e da proteção ambiental (Cappelletti e Garth, 1988).

A terceira "onda" renovatória versou sobre amplas reformas que incluíam alterações de procedimentos, mudanças na estrutura dos tribunais e nos papéis dos participantes da demanda (Cappelletti e Garth, 1988). Denominada de "enfoque de acesso à justiça" teve como objetivo enfrentar as barreiras ao acesso efetivo à justiça. Essa onda preconizou o envolvimento do Estado no acesso à justiça, não só pela via judicial, mas também com a implementação de políticas públicas de incentivo a meios de solução adequada/alternativa para conflitos[4], pois

> (...) os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais; que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social (Cappelletti e Garth, 1988: 12-13)

[4] Para Edgar Ardila Amaya (2016), esse termo não é adequado de ser utilizado em relação à justiça comunitária (jc) colombiana, pois essa justiça necessita ser analisada por meio de conceitos e metodologias específicas, a categorização em dicotomias não ampara a complexidade da justiça comunitária e, geralmente, a expressão "mecanismos de solução alternativa para conflitos" é empregada para denominar tudo que não se adequa o modelo dominante de administração de justiça.

A partir desse momento, o Estado passa a reconhecer e promover formas de justiça não estatais, entretanto, para Ardila Amaya (2002), há uma mudança na maneira do Ente Público administrar a justiça, mas sem ceder suas aspirações monistas; o que ocorre é tão somente uma cooperação.

A sociedade é algo vivo e as relações que nela se estabelecem mudam conforme as condições políticas, econômicas e socioculturais (Bobbio, 2004). Esse caráter mutável leva à reflexão das possibilidades de construção de outras formas de apresentação dos sistemas: social, econômico, político e jurídico; propostas que podem representar o afastamento do poder estatal e o surgimento de outros protagonistas capazes de experimentar métodos dialógicos e negociais na resolução de demandas (Calmon, 2007). Nesse sentido, é possível a emergência de novos paradigmas de resolução de conflitos capazes de fomentar um projeto emancipador de justiça, que respeite as condições sócio-históricas das comunidades, instigue a solidariedade e contribua para a construção de uma visão pluralista na resolução das demandas.

As tensões da sociedade contemporânea originadas pela exclusão e privação de meios capazes de garantir a dignidade da vida humana, principalmente em países de capitalismo periférico[5] dominados por uma cultura jurídica centralizadora, colonizada e autoritária, evidenciam o ressurgimento de espaços de práticas participativas e inclusivas caracterizando a existência de uma pluralidade normativa comprometida com o resgate das desigualdades históricas, com o empoderamento de comunidades que foram segregadas pelas elites dominantes (Machado Fagundes, 2011; Wolkmer, 2015; Ardila Amaya, 2016).

Cabe destacar que a pluralidade normativa, aqui apresentada, tem como principal referência o pluralismo jurídico de tipo "comunitário participativo", o qual tem como paradigma um direito com base em práticas democráticas e solidárias:

> (...) configurado através de espaços públicos abertos e compartilhados democraticamente, privilegiando a participação direta de sociabilidades excluídas e subalternas, capazes de instaurar novos direitos enquanto necessidades desejadas e

[5] O termo utilizado tem por base o modelo desenvolvido por Antonio Carlos Wolkmer.

> possibilitando que o processo histórico de lutas se encaminhe por vontade e por manifestações autênticas das bases comunitárias. Reitera-se nessa tendência, antes de mais nada, a propensão segura de se visualizar o Direito como um fenômeno resultante de relações sociais e valorações desejadas, de se instaurar uma outra legalidade a partir da multiplicidade de fontes normativas não obrigatoriamente estatais, de uma legitimidade embasada nas "justas" exigências fundamentais de atores sociais e, finalmente, de encarar a instituição da Sociedade como uma estrutura descentralizada, pluralista e participativa (Wolkmer, 2015: 82).

Destaca-se que esse direito plural não nega e nem diminui o direito estatal, mas almeja o reconhecimento de muitas outras formas de normatividades existentes nas sociedades, negando o monismo apregoado pelo Estado (Wolkmer, 2015). Tendo em vista que a justiça comunitária é uma das experiências mais antigas desenvolvidas em países da América Latina[6], no intento de proporcionar possibilidades de resolução de controvérsias por meio de práticas comunitárias, capazes de romper com leis abstratas para conflitos concretos, bem como superar o formalismo positivista e o liberalismo individual, optou-se por conhecê-la.

3. Diferentes concepções sobre justiça comunitária

A justiça comunitária pode ser descrita como um modelo de prática jurídica de pluralidade, caracterizada por uma abordagem flexível que busca resolver as situações conflitivas na comunidade e pela comunidade por meio de respostas que atendem as necessidades das partes Assinala Ardila Amaya (2010) que o conceito de justiça comunitária tem sido construído de forma interdisciplinar, evidenciando o aspecto da administração dos conflitos de forma comunitária.

Países da América Latina têm desenvolvido experiências empíricas com base nesse modelo, sendo que algumas modalidades de justiça comunitária se desenvolvem

[6] Detalhes sobre experiências de pluralismo jurídico nos países da América Latina ver: Wolkmer (2015); Ardila Amaya (2016); Wolkmer e Correas (2013).

subordinadas ao sistema judiciário (Brasil) e outras estão positivadas na legislação do país (Colômbia) (Foley, 2010; Machado Fagundes, 2011; Ardila Amaya, 2016).

Para Jorge Machicado (2010: 1) o retorno da paz e harmonia entre os membros da comunidade e a reintegração dos ofensores ao grupo, são importantes objetivos que marcam a justiça comunitária, a qual é definida como

> (...) una institución de Derecho Consuetudinario que permite sancionar las conductas reprobadas de los individuos pero sin la intervención del Estado, sus jueces y su burocracia, sino directamente dentro la comunidad de individuos en la que las autoridades naturales de la comunidad hacen de equilibrantes entre las dos partes enfrentadas.

Para Marina Vital Borges (2011), os projetos de justiça comunitária estão comprometidos em oportunizar que a administração dos conflitos seja realizada pelas comunidades. A percepção do conflito como algo complexo, não negativo e que deve ser administrado de modo a restabelecer a harmonia coletiva concatena com a opinião de Nils Christie (1992), o qual entende os conflitos como oportunidades de empoderamento. Mas, tal dimensão de aprendizagem social é negada quando o Estado se apropria das contendas e dá respostas que não permitem aos envolvidos decidir sobre suas desavenças, pois os conflitos são oportunidades de esclarecimentos das normas, possibilidades de aprendizagem e, "podem ser vistos como algo de valor, uma mercadoria a não ser desperdiçada" (Christie, 2016: 122).

Ardila Amaya (2016) refere que a justiça comunitária está ligada à identidade cultural e social daqueles que estão envolvidos no conflito e também daqueles que administram a situação conflitiva. A qual se desenvolve com auxílio de pessoas de prestigio na comunidade que compartilham da mesma cultura dos envolvidos no conflito, pois a justiça comunitária

> (...) se trata de un sistema de A de J vinculado a la identidad de los actores de los conflictos que se le someten y en la cual son las personas que tienen autoridad de las comunidades a las que pertenecen los implicados los llamados a gestionar los conflictos a partir de los patrones culturales que predominan en ella. Se trata de

> mecanismos de intervención en los conflictos que tienen en cuenta que los mismos se producen, se desarrollan y se transforman desde determinaciones culturales, que son explicables desde fundamentos éticos (para los observadores externos a la cultura) y emics (para los participantes de la propia cultura) (Ardila Amaya, 2016: 478-479).

Lucas Machado Fagundes (2011) assevera que a denominação ainda não merece severa crítica, pois, ante a carência de políticas públicas que fortaleçam a aplicação da justiça comunitária, o mais importante é demandar esforço técnico e cognitivo para defender tais políticas, visto que a adoção tem se dado em contextos em que as comunidades são excluídas e negligenciadas pelo poder Estatal, o que evidencia a necessidade e urgência do uso de métodos alternativos de resolução de disputas, capazes de propiciar algum tipo de cidadania e justiça social.

A administração da situação danosa dentro da comunidade fortalece a rede de convivência e promove decisões baseadas na equidade e na valorização da cultura do grupo. As ações edificam os valores comuns e operam nas situações concretas, provendo respostas que atendem e respeitam os padrões de conduta da comunidade em questão (Vital Borges, 2011).

Os projetos de justiça comunitária superam a ideia de uma comunidade passiva que apenas atende aos ditames do poder estatal e

> (...) al ser aplicados tales mecanismos por la comunidad en general, por una persona, o grupo de personas que gocen de prestigio y aceptación general, las prácticas de justicia comunitaria tienen el papel de promover dentro de la comunidad el surgimiento de líderes naturales útiles en el ejercicio pleno de ciudadanía, incluso en la hora de buscar la concreción de los derechos sociales (educación, salud, entre otros) (Vital Borges e Rumak Gonzalez, 2006: 175).

A justiça comunitária ao apresentar um conceito polissêmico permite que diferentes práticas possam adotar a mesma denominação. Por isso é de suma importância a análise dos objetivos e práticas dos programas que referem o modelo, pois como alerta Machado Fagundes (2011: 209), a "justiça comunitária continua erroneamente sendo

ambígua e por isso acobertando, sob sua conceituação, práticas voluntárias ou involuntárias de minimização dos problemas sociais", o que possibilita, inclusive, que abordagens autoritárias se revistam de justiça comunitária, fugindo assim dos objetivos do modelo (Uprimny, 2020). Pois

> (...) as formas de justiça comunitária genuinamente local não apenas observam o caráter da cultura como também pugnam por meios igualitários (materiais) no sentido de que venham beneficiar ambos os sujeitos envolvidos e os não envolvidos diretamente na controvérsia (restante da comunidade), operando diferentemente dos mecanismos tradicionais de justiça que confeccionam e aplicam leis abstratas às realidades concretas/complexas. Nos casos da justiça comunitária, é observado o fato em que todos os envolvidos estão submersos e, não ignorando esta situação, se parte para princípios de igualdade em sentido antiformalista (Fagundes, 2010: 385).

As práticas devem ser marcadas por métodos que superem o assistencialismo estatal, empoderem a comunidade, fomente a participação e construam uma rede de ação comunitária e

> (...) en la medida que van desarrollando "juzgamientos" basados en la equidad, la comunidad (re)construye redes de convivencia, fortalece vínculos, edifica valores comunes, estructura normas propias, y se (re)apropia de sus experiencias, tradiciones, potencialidades y necesidades actuales, fortaleciéndose como agentes actuantes en la mejora de su calidad de vida. Son esas experiencias, tradiciones y valores las que producen las "normas" de la realidad social que regirán la mediación de los conflictos de la justicia comunitaria (Vital Borges e Rumak Gonzalez, 2006: 176).

Importa não perder a análise de Ardila Amaya (2004: 100), para quem não há modelos puros, por isso a análise das características dos programas será definidora dos objetivos da justiça comunitária adotada.

> No existen políticas puras. Sin comunidad no hay justicia comunitaria porque siempre es necesario contar con el principio de comunidad como camino indispensable para que las políticas surgidas en los otros principios sean posibles. El Estado es inobjetable como una realidad de cara a cada uno de los principios y en cada uno de los escenarios. Aún en el escenario de pluralismo jurídico la política más ubicada en el principio de

> comunidad reclama una parte del Estado para operar en un mundo en el que el aislamiento total de una comunidad es imposible.

Destarte, ainda que não haja um modelo único para as práticas de justiça comunitária, o que permite sua adequação a diferentes contextos e, de certa forma, enriquece o modelo ao permitir a pluralidade das ações, faz-se necessário que o modelo esteja comprometido com cinco fundamentos paradigmáticos. Para que a justiça comunitária represente um pluralismo jurídico de teor "comunitário participativo" precisa estar comprometida com (a) atuação de novos sujeitos coletivos; (b) satisfação das necessidades humanas fundamentais, que compreende as existenciais, materiais e culturais; (c) democratização e descentralização do espaço comunitário participativo; (d) defesa de uma ética de alteridade e (e) construção de uma racionalidade emancipatória, "como expressão de uma identidade cultural enquanto exigência e afirmação da liberdade, emancipação e autodeterminação" (Wolkmer, 2015: 327). Para a concretização desses fundamentos é necessário que as práticas sejam construídas por meio de uma pedagogia social liberadora

> (...) comprometida com o processo de desmistificação e conscientização (um novo "desencanto do mundo"), apta a levar e a permitir, por meio da dinâmica interativa "consciência, ação, relfexão-transformação", que as identidades individuais e coletivas assumam o papel de agentes históricos de juridicidade, fazendo e refazendo o mundo da vida, e ampliando os horizontes do poder societário (Wolkmer, 2015: 328).

Em suma, é importante diferenciar modelos que representam um pluralismo normativo conservador e podem servir para "barrar a proliferação da resistência ou até mesmo minar seu ímpeto emancipatório, insurgente e pluralista" (Machado Fagundes, 2011: 118) e aqueles que realmente são transformadores, pois estão orientados por bases democráticas e visam estimular a participação popular, eliminar desigualdades que movimentos populares são submetidos e emancipar as comunidades (Wolkmer, 2015), fortalecendo a dimensão humana na construção de uma justiça de proximidade (Sousa Santos, 2011).

3.1. Justiça Comunitária no Distrito Federal

A evolução dos direitos ocasionou novas demandas, as quais têm encontrado um Judiciário inabilitado para o tratamento adequado de muitas das demandas emergenciais, além de incapaz de realizar a prestação jurisdicional no tempo razoável e para significativa parcela da população (Foley, 2010). Destarte, cabe a reflexão, pois a

> (...) realidade brasileira é incompatível com esse modelo de "Justiça". Iníqua e conflitiva, ela se caracteriza por situações de miséria que negam o princípio da igualdade formal perante a lei, impedem o acesso de parcelas significativas da população aos tribunais e comprometem a efetividade dos direitos fundamentais; pelo aumento do desemprego aberto e oculto; por uma violência e criminalidade urbanas desafiadoras da ordem democrática e oriundas dos setores sociais excluídos da economia formal, para os quais a transgressão cotidiana se converteu na única possibilidade de sobrevivência; por uma apropriação perversa dos recursos públicos, submetendo deserdados de toda sorte a condições hobbesianas de vida; e por um sistema legal incoerente, fragmentário e incapaz de gerar previsibilidade das expectativas, dada a profusão de leis editadas para dar conta de casos específicos e conjunturais e de normas excessivamente singelas para situações altamente complexas (Faria, 2004: 105).

Originado de uma experiência, considerada exitosa[7], advinda do Juizado Especial Cível Itinerante, a qual visava atender às comunidades do Distrito Federal com dificuldades de acesso à justiça formal, o Programa de Justiça Comunitária desenvolvido no Distrito Federal foi criado no ano 2000 com apoio institucional do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJDFT), do Ministério da Justiça, do Programa de Nações Unidas para o Desenvolvimento PNUD, entre outros, com o intuito de "democratizar a realização da justiça, restituindo ao cidadão e à comunidade a capacidade de gerir seus próprios com autonomia e solidariedade" (Foley, 2010: 137)[8]. O programa tem como objeto a comunidade, a qual se configura como locus de inclusão e transformação social, em que os

[7] Nos três primeiros anos da experiência, de 1999 a 2001, foi constatado que aproximadamente 80% da demanda do Juizado Itinerante resultava em acordo, o que foi percebido pelo idealizadores da projeto que a iniciativa rompia obstáculos de acesso à justiça.

[8] Em 2008, o programa se tornou política pública do Ministério da Justiça por meio do Pronasci – Programa Nacional de Segurança Pública.

saberes locais são valorizados, por meio de soluções que influenciam e são influenciadas pelo coletivo (Foley, 2008).

Para Gláucia Foley (2010: 20) o fato de a justiça comunitária brasileira ser concebida por iniciativa do Tribunal de Justiça, não descaracteriza o modelo comunitário. O caráter emancipatório do projeto não pode ser avaliado pela dicotomia estatal/não estatal e sim pelo conteúdo de suas propostas e ações, sendo que

> (...) o modelo desenvolvido é comunitário porque, além de contar com membros da comunidade como seus principais operadores, é exatamente na esfera comunitária, onde a vida acontece, que se estabelece o locus preferencial de atuação do Programa. Em poucas palavras, é a justiça realizada pela, para e na comunidade. O caráter emancipatório de um projeto não se define pela natureza da entidade que o implementou, mas pelos princípios com os quais opera. Portanto, não há qualquer razão na assertiva que confere legitimidade exclusivamente aos programas de justiça comunitária levados a efeito por entes não-estatais.

Catherine Slakmon e Philip Oxhorn (2006) compreendem que os projetos de justiça comunitária podem apresentar ganhos significativos em relação ao acesso à justiça e também quanto aos resultados para as partes envolvidas. Todavia, no Brasil, o exercício do poder de atuação direta dos cidadãos foi comprometido por tendências monopolistas de parceiros externos à comunidade e mesmo com o esforço para serem programas comunitários que privilegiam a governança local, a comunidade, ainda, não desempenha o papel de protagonista.

Para os pesquisadores, a participação do Estado tem se mostrado importante em projetos de justiça comunitária e, também nos de justiça restaurativa, para garantir o "impulso original de mobilização, a operação e a sustentabilidade dos projetos" (Slakmon e Oxhorn, 2006: 48). Entretanto, alertam para o paradoxo da participação do governo em projetos e programas que devem pertencer às comunidades. Sem o apoio estatal tais projetos podem não prosperar, porém o apoio do Estado pode levar as comunidades a dependência dos recursos governamentais e comprometer as decisões locais. Destacam ainda que

> (...) é importante ressaltar que o "apoio do Estado" é um conceito abstrato que, quando concretizado na forma real de um juiz com autoridade quase ilimitada sobre o projeto, que tem liberdade de ação subjetiva, de acordo com sua própria visão de mundo e preferências, pode gerar resultados bastante diferentes para o projeto. Assim, o termo "apoio do Estado" não pode ser generalizado como fator que contribui para o sucesso de projetos de micro justiça no Brasil. No entanto, como o funcionamento dos projetos de Brasília e de São Caetano do Sul depende quase totalmente de custeio e infraestrutura fornecidos por tribunais de justiça locais, nossa hipótese sobre a indispensabilidade do apoio do Estado para o sucesso de iniciativas comunitárias tampouco pode ser refutada. Em suma, embora o apoio do Estado seja um requisito indispensável para a implementação e sustentabilidade de programas de micro-justiça no Brasil, seu impacto sobre o sucesso e eficiência dos programas depende, em grande medida, das normas e ideias do ator estatal formal que coordene a iniciativa (Slakmon e Oxhorn, 2006: 50).

Ardila Amaya (2004) aponta que o Estado pode ter ações direcionadas para uma justiça emancipadora, por isso a análise do papel estatal deve ocorrer orientada pela avaliação dos princípios que norteiam os programas de justiça comunitária. Pois é a observância dos princípios que garante que os modelos mantenham o caráter emancipatório.

O programa coordenado pela juíza Gláucia Falsarella Foley está estruturado em três eixos de atuação (a) educação para direitos; (b) mediação comunitária; e (c) animação de redes sociais que são realizados por agentes comunitários[9], selecionados por processo seletivo, conduzido pela equipe psicossocial do programa. No ano de 2018 foram realizados 331 atendimentos em mediação[10] e 8.688 pessoas foram atendidas em algum dos eixos de atuação do programa[11].

[9] Os eixos do programa não serão detalhados nesse artigo. Detalhes em: Foley (2010 e 2008).
[10] Não foi possível identificar no relatório as demandas do programa por área de atendimento. Nas estatísticas do ano de 2009 às demandas relacionadas ao direito de família corresponderam a 46% dos atendimentos.
[11] Dados obtidos no relatório do programa, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT, 2018).

Em exígua síntese, os eixos do programa se dedicam a: (a) democratizar o acesso às informações jurídicas e dos direitos dos cidadãos, decodificando a complexa linguagem legal; (b) promover o empoderamento e a emancipação social, por meio da técnica da mediação comunitária, pois as partes envolvidas no conflito têm a oportunidade de construir as soluções para a demanda; (c) mobilizar a população e criar redes solidárias (locais e sociais), estimulando a inserção e articulação coletiva.

Foley (2010 e 2008) destaca que os eixos do programa têm o condão de serem emancipatórios na medida em que ocorre a democratização do acesso à informação; o resgate da identidade cultural dos membros da comunidade; o desenvolvimento das atividades por mediadores da própria comunidade; o desenvolvimento da solidariedade; a promoção e respeito às diferenças e o exercício da ética da alteridade. A autora entende que não há possibilidade de o projeto não ser emancipatório, pois

> (...) se há prevalência da dialógica em detrimento da retórica persuasiva, da coerção e da burocracia verticalizada, se o saber local é respeitado como parte do processo de aprendizagem, se o conflito é transformado em oportunidade de empoderamento individual e social e se as atividades são voltadas para transformar tensão social em possibilidades de criação de solidariedade e paz social, a justiça é do tipo comunitária e, como tal, ostenta vocação para a prática transformadora (Foley, 2010: 193)

Lucas Machado Fagundes (2011: 198) destaca que no terceiro eixo[12] do projeto são verificadas características do pluralismo jurídico "comunitário participativo", proporcionando "instrumentos de participação comunitária que estimulam a inserção e articulação de pessoas de forma coletiva" na construção do bem-estar da própria comunidade. O que permite a democratização e descentralização do espaço "comunitário participativo", reinventando espaços de autonomia e protagonismo comunitários. Os demais eixos não se mostram emancipatórios no sentido de fazerem uma transformação capaz de produzir questionamentos e insurgência contra o direito posto. Mesmo que ocorra a informação, que é importante para o conhecimento dos direitos, esta é transmitida sem a problematização do locus e das fontes de produção das normas.

[12] Em 2018 foram realizadas 67 atividades comunitárias pertencentes ao terceiro eixo com a participação total de 4.706 pessoas, (Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios - TJDFT, 2018).

A comunidade recebe "o conhecimento dessas leis através da inclusão conformada com o que está dado e da maneira dos fatos consumados" (Machado Fagundes, 2011: 197). Em relação à mediação comunitária, o autor também não percebe que, dadas as características do projeto, ela possa ser caracterizada como emancipatória para a coletividade, visto que

> (...) esta se promove em questões individualizadas, conflitos locais e não se pode mirar uma ampliação problematizadora da realidade social e política das comunidades segregadas, pois a mediação comunitária cumpre a "pacificação" social da localidade, ao que parece isolando a conflitividade ao âmbito comunitário, sem, contudo, inseri-la em uma estratégia política de reflexão social da cidadania abstrata presente nas perspectivas de democracia hegemônica, muito menos em uma pedagogia para uma racionalidade emancipada dos conceitos dominantes de direito, entre eles o monismo da legalidade estatal e a cidadania meramente inclusiva.

As práticas de justiça comunitária devem fomentar a atuação da comunidade na administração das desavenças internas e, ao mesmo tempo, formar cidadãos capazes de buscar novos direitos, reconhecer e reivindicar os já existentes, quando necessário. Nesse sentido, Marina Vital Borges e Elsa Rumak González (2006) destacam que o programa do TJDFT reconhece as normas estabelecidas pela comunidade, as quais devem ser priorizadas ante os códigos oficiais, bem como enfatizam a autonomia dos mediadores comunitários.

Corroborando com a posição das autoras, Machado Fagundes (2011) assinala que a participação dos movimentos populares na construção de alternativas jurídicas eficazes é um das características que aproxima o programa do TJDFT do pluralismo jurídico "comunitário participativo". Os sujeitos coletivos podem, não só lutar pela implementação de direitos formalmente assegurados, mas também atuar de modo a edificarem uma nova fonte de legitimação jurídica (Wolkmer, 2015).

Mesmo que a justiça comunitária brasileira ofereça práticas que podem não caracterizá-la como um modelo de pluralismo jurídico "comunitário participativo", parece apresentar potencial para tornar-se. E mais ainda, fomentar programas comunitários é

importante na construção de espaços que oportunizem a criação de um modelo orientado para a democracia, no qual o compromisso é com as vozes silenciadas; as quais são muitas, num país de tanta desigualdade social como o Brasil. No mesmo sentido conclui Machado Fagundes (2011) ao destacar que é possível por meio do eixo da animação em rede potencializar as perspectivas críticas, produzir mudanças capazes de descolonizar o poder vigente e transformar o modelo jurídico dominante.

3.2. Justiça Comunitária na Colômbia

Inicialmente, destaca-se que a justiça comunitária na Colômbia é ampla e heterogênea e a síntese, aqui apresentada, enfatiza o que pareceu mais relevante para esse artigo. Optou-se por conhecer, de modo geral, os eixos norteadores do modelo, mas cientes das limitações que tal escolha representa e da impossibilidade de traçar características fechadas para um modelo plural.

Desde o ano de 1991, em seu artigo 1º, a Constituição Política da Colômbia (1991) reconhece em seu texto o pluralismo como um de seus princípios norteadores (Velásquez Betancur, 2008). A valorização da multiplicidade do contexto social foi fruto de um longo caminho marcado pela desigualdade social, favorecimento de uma categoria de indivíduos ante a população geral, negação dos direitos indígenas e fragilidades das esferas jurídicas ante figuras poderosas do país (Ardila Amaya, 2016).

Ao reconhecer a pluralidade cultural, jurídica e linguística, o país assumiu "la preexistencia de los pueblos indígenas, con lo cual salva una negación histórica, reconoce sus derechos precedentes y abre las posibilidades de convivencia y participación democrática" (Ardila Amaya, 2004: 174). E assim a Lei Maior colombiana passou a reconhecer as formas de resolução de conflitos dos povos tradicionais, pois os dispositivos legais

> (...) comprenden en general el reconocimiento de funciones jurisdiccionales o de justicia a las autoridades de las comunidades indígenas y/o campesinas de acuerdo con su derecho consuetudinario, o con sus propias normas y procedimientos, dentro del ámbito territorial de los pueblos o las comunidades indígenas o campesinas. Es decir,

> reconocen los órganos de resolución de conflictos indígenas, sus normas y procedimientos (Ardila Amaya, 2004: 174).

A justiça comunitária está presente no pluralismo colombiano e representa uma das mais significativas experiências da América Latina. Seu desenvolvimento ocorre em diferentes contextos e implica

> (...) una combinación de los principios de regulación dependiendo tanto de determinantes contextuales específicos y aún de particularidades en la definición de cada escenario de manejo de conflictos como de la interacción que en cada caso se presente entre los actores que en él inciden (Ardila Amaya, 2004: 85).

O termo justiça comunitária abriga uma diversidade de modelos, os quais apresentam alterações que envolvem as práticas aplicadas, os participantes das dinâmicas, a configuração da participação dos agentes públicos no planejamento e realização das atividades. A dependência em relação ao Estado também é uma das características que apresenta bastante variação, para alguns projetos essa relação será definidora de sua existência e manutenção (Ardila Amaya, 2002).

As experiências de justiça comunitária têm por base, no mínimo uma das seguintes características: (a) convivência pacífica entre os membros da comunidade: orientada por normas que favorecem a reparação dos vínculos sociais afetados pelo conflito e visam à reconstrução do tecido social; (b) tratamento integral dos conflitos: a situação conflitiva é percebida em sua integralidade e questões culturais, sociais, econômicas relativas ao âmbito individual e coletivo são consideradas na administração da ocorrência; (c) descongestionamento do aparato judicial: ante a incapacidade do poder judicial de resolver as demandas de gestão de conflitos, a administração da conflitividade pode ser repartida com alternativas, como a justiça comunitária; (d) acesso à justiça: a justiça comunitária promove o acesso e a afetividade, não só pela proximidade geográfica, mas também pela identificação das partes com as regras de gestão do conflito; (e) autonomia: a comunidade exerce poder e autonomia ao definir as normas para resolver as demandas, bem como ao escolher aqueles que mediarão os conflitos; a autonomia pode ser exercida por mecanismos políticos internos da própria comunidade e também por meio da legislação conferida por

órgãos estatais; (f) identidade comunitária: a produção e realização das normas pela comunidade e para a comunidade produz o sentimento de pertencimento ao grupo. Cabe referir que as características são priorizadas conforme a estrutura que orienta e mantêm o programa da justiça comunitária (Ardila Amaya, 2004).

Entre a diversidade das experiências colombianas é possível encontrar algumas estruturadas pela própria comunidade e outras em que o Estado participa, assim há

> (...) procesos a veces episódicos, a veces estables, de autorregulación y autogestión de la conflictividad se encuentran en comunidades que en su continuidad cultural, o en ausencia de un amparo estatal a sus derechos o en resistencia a dinámicas externas de dominación y represión. Hoy existe una variada gama de instancias y mecanismos de gestión de las controversias soportadas en tradiciones, acuerdos internos y en sus estructuras organizativas. Una parte muy importante de esa gama cuenta con reconocimiento estatal (Ardila Amaya, 2010: 93-94)

Mesmo com diferenças, os mecanismos de justiça comunitária estão comprometidos não só em resolver a controvérsia com respeito às normas da coletividade local, mas em promover a equidade entre as partes e lhes devolver a capacidade de administrar suas divergências e, mais ainda

> (...) porque se fundan en el consenso, en la búsqueda de acuerdos, con lo cual incrementan la deliberación democrática, puesto que los ciudadanos deben aprender a defender los derechos propios pero reconociendo la legitimidad de los derechos ajenos. El espacio de la discusión pública pacífica debería entonces verse fortalecido (…) porque, como lo han mostrado los llamados enfoques "transformadores" en el campo de la medicación, una solución conciliada de un conflicto tiende a fortalecer dos virtudes democráticas esenciales para un ciudadano: su autonomía, pues le enseña a manejar sus propios problemas, pero también la búsqueda del acuerdo, obliga a la persona a comprender al otro y expresar preocupación y consideración por sus intereses y valores, lo cual la vuelve un individuo más compasivo, solidario y con capacidad de reconocimiento del valor de las diferencias y del pluralismo (Uprimny, 2020: 07).

Nesse contexto, Machado Fagundes (2010) interpreta que a justiça comunitária colombiana representa uma pluralidade jurídica de característica "comunitário participativo" na medida em que promove a emergência de novos sujeitos comprometidos com projetos comunitários e com a satisfação das necessidades fundamentais de todos, superando assim a disputa individual em deferência do coletivo e as concepções tradicionais de acesso e administração da justiça.

4. Considerações finais

O artigo teve como principal intento analisar o potencial que os modelos de justiça comunitária, brasileiro e colombiano, apresentam na construção de um direito plural e emancipatório. A reflexão foi guiada pela perspectiva teórica do pluralismo jurídico "comunitário participativo" de Antonio Carlos Wolkmer. Para tanto, foi necessário conhecer e compreender diferenças e similitudes dos modelos.

Não houve a pretensão de dar respostas e nem tecer críticas desmerecedoras, o esforço foi no sentido de contribuir na reflexão sobre o tema, trazendo também questionamentos que surgiram após o estudo na bibliografia utilizada. Percebe-se que, no caso brasileiro, faz-se necessário a realização de mais pesquisas empíricas para que sejam construídos múltiplos olhares sobre a temática. Nesse sentido, também é a reflexão de Maldonado (2013) sobre a necessidade de aprofundar pesquisas que busquem compreender as peculiaridades históricas e culturais dos países da América Latina através de uma perspectiva jurídico-política crítica e descolonial.

É de suma relevância o relato e análise de quem trabalha no programa brasileiro, mas é fundamental que outros interlocutores se debrucem sobre o modelo para que seja possível uma avaliação interdisciplinar, bem como ouvir a voz das comunidades que são atendidas no programa.

Apesar das diferenças é possível concluir que o termo justiça comunitária abrange diferentes modelos, que podem ou não, serem emancipatórios, o que dependerá dos

objetivos e práticas que orientam o programa. Também percebe-se que o Estado pode estabelecer algum tipo de cooperação com qualquer modelo de justiça comunitária e que a autonomia do programa dependerá da capacidade de resistência política e econômica que esse possuir.

Gláucia Foley (2010) ao descrever o caminho percorrido pela justiça comunitária brasileira explica que o programa é coordenado pelo Poder Judiciário e tal trajetória estimulou alguns questionamentos: (a) é possível que a justiça comunitária desenvolvida por meio do Judiciário seja emancipadora; (b) não estaria o modelo comprometido com seu local de origem; (c) como os moradores das comunidades percebem o modelo; (d) a justiça comunitária é utilizada em controvérsias relevantes para a comunidade ou o foco individualizado é preponderante, ocasionando em não alterações para o grupo?

Não é possível afirmar que um programa seja emancipatório pelo fato de ser comunitário, tal caracterização dependerá da adoção de atividades comprometidas com a transformação social. Entretanto, quando os programas são ancorados no Estado, é possível inferir uma relação de dependência entre esse e o ente público e dificuldades para romper com a cultura do local que é responsável pela seleção e provimento das atividades desenvolvidas na comunidade. Nesse sentido, a realização de mais pesquisas empíricas e estudos são necessários para analisar o impacto do modelo brasileiro na construção de um direito emancipatório.

Destaca-se que as experiências apresentadas, além de serem desenvolvidas em países diferentes, o que interfere nas dinâmicas e objetivos, encontram-se em etapas distintas de implementação e amadurecimento.

A preocupação do Brasil na efetivação da justiça comunitária é relevante para o acesso à justiça, mas esse procedimento, ainda que possa ser expressão plural de uma importante descentralização da justiça, não pode ser caracterizado como um pluralismo jurídico “comunitário participativo”. Entretanto, apresenta especificidades de aproximação ou em comum, buscando suprir as deficiências da justiça tradicional do Estado. Há de se ter

presente, que dependerá da ênfase tanto no exercício e efetividade dessas práticas quanto na força da participação comunitária, representada por novas subjetividades insurgentes, capazes de instituir fontes alternativas de legitimação jurídica, considerando a satisfação de suas necessidades e o reconhecimento por direitos sonegados, determinantes dos processos conflitivos.

Em relação à justiça comunitária colombiana, a análise foi realizada tendo por base as diretrizes gerais norteadoras dos diferentes programas, nesse sentido percebeu-se que a caracterização como pluralismo jurídico "comunitário participativo" dependerá da análise específica de um modelo, não sendo possível realizar essa conclusão de forma geral. No entanto, as características gerais tendem a direcionar os modelos colombianos para se aproximar de uma pluralidade comunitária e participativa.

Cabe ainda referir que durante a presente reflexão sobre a justiça comunitária como uma forma de pluralidade normativa, outro modelo de resolução dos conflitos que chama atenção, qual seja, a denominada justiça restaurativa.

Sem adentrar nessa não menos meritória discussão, apenas reconhecer que tal justiça direciona sua ênfase para as necessidades dos envolvidos em ações danosas, para a participação ativa dos indivíduos e de suas comunidades na construção de soluções, para superação de regras abstratas em conflitos específicos, entre outras (Sica, 2007; Zehr, 2008; Achutti, 2014). Suas práticas são marcadas pelo diálogo, respeito, responsabilidade e orientadas para ações futuras e para a restauração dos relacionamentos (Melo, 2006). E os valores[13] que orientam o modelo coadunam com a perspectiva de um direito comprometido com as demandas da coletividade. Ante tal constatação, parece pertinente a realização de um avanço empírico que venha a contemplar um diálogo plural entre a justiça comunitária e a justiça restaurativa, ocasionando uma nova "frente" de estudos com o fim de compreender até que ponto tais modelos podem ser considerados manifestações de pluralismo no Direito

[13] A justiça restaurativa não apresenta unidade na classificação dos valores restaurativos, mas entre os mais citados na literatura estão os valores referidos pela Rede de Justiça Restaurativa da Nova Zelândia e são eles: participação, respeito, honestidade, interconexão, responsabilidade, empoderamento e esperança. Detalhes em: Marshall, Boyack e Bowen (2005).

ou se consiste em práticas que, mesmo apresentando significados positivos para quem delas desfruta, não se revestem de plena condição e de autênticos exercícios de ruptura emancipadoras às práticas monistas e tradicionais da justiça estatal.

Referências bibliográficas

Achutti, Daniel. (2014). *Justiça restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um modelo de administração de conflitos no Brasil*, São Paulo, Saraiva.

Ardila Amaya, Edgar. (2002). "Justicia comunitaria y el nuevo mapa de las justicias", *Criterio Jurídico*, Santiago de Cali-Colombia, Vol. 1, No. 2, pp. 45-97.

Ardila Amaya, Edgar. (2004). "Claves para el estudio de las políticas en justicia comunitaria", *El otro derecho*, No. 30, pp. 75-222.

Ardila Amaya, Edgar. (2010). "Justicia Comunitaria y Sociedad Nacional", *Revista Cuarto Intermedio*, Vol. 93-94, pp. 80-104.

Ardila Amaya, Edgar. (2016). *De la justicia judicial a la justicia comunitaria* [Tese de Doutorado], Universidad Carlos III de Madrid - Departamento de Derecho Internacional Público, Eclesiástico y Filosofía del Derecho. Disponível em: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/23873>. Acesso em: 20 Maio 2021.

Bobbio, Norberto. (2004). *A era dos direitos*, Nova edição, Rio de Janeiro, Campus.

Cabral, Marcelo Malizia. (2013). *Os meios alternativos de resolução de conflitos: instrumentos de ampliação do acesso à justiça*, Porto Alegre, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Calmon, Petrônio. (2007). *Fundamentos da Mediação e da Conciliação*, Rio de Janeiro, Editora Forense.

Cappelletti, Mauro e Bryant Garth. (1988). *Acesso à justiça*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris.

Carvalho, José Murilo de. (2011). *Cidadania no Brasil – o longo caminho*, 7a ed., Rio de Janeiro, Civilização Brasileira.

Christie, Nils. (1992). "Los conflictos como pertinencia", em: Roxin, Claus, Alvin Eser, Hans Joachim Hirsch, Nils Christie, Julio B. J. Maier, Eduardo Andrés Bertoni,

Alberto Bovino e Elena Larrauri (auts.), *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires, AD-HOC, p.157-182.

Christie, Nils. (2016). *Limites à dor: o papel da punição na política criminal*, Belo Horizonte, D`Plácido.

Constituição Política da Colômbia. 4 de julho de 1991 (Colômbia).

Faria, José Eduardo. (2004). "O sistema brasileiro de Justiça: experiência recente e futuros desafios", *Estudos avançados,* May/Aug., Vol.18, No. 51, pp.103-125.

Foley, Gláucia Falsarella. (2008). *Justiça comunitária: uma experiência,* Brasília, Ministério da Justiça - Secretaria de Reforma do Judiciário.

Foley, Gláucia Falsarella. (2010). *Justiça Comunitária: por uma justiça da emancipação*, Belo Horizonte, Editora Fórum.

Jaccoud, Mylène. (2005). "Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa", em: Slakmon, Catherine, Renato Campos Pinto De Vitto, e Renato Sócrates Gomes Pinto (orgs.) *Justiça Restaurativa: coletânea de artigos*, Brasília, DF, Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD).

Machado Fagundes, Lucas. (2010). "Pluralismo jurídico e justiça comunitária na Colômbia: aspectos teóricos", em: Wolkmer, Antônio Carlos, Francisco Quintanilha Veras Neto, Ivone Fernandes Morcilo Lixa (orgs.) *Pluralismo jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade*, São Paulo, Saraiva.

Machado Fagundes, Lucas. (2011). *Pluralismo jurídico e justiça comunitária na América Latina: perspectivas de emancipação social* [Dissertação de Mestrado em Direito], Florianópolis – Programa de Pós-Graduação em Direito - Universidade Federal de Santa Catarina.

Machicado, Jorge. (2010). "O que é justiça comunitária?", *Apuntes jurídicos*. Disponível em: <http://jorgemachicado.blogspot.com/2009/01/justicia-comunitaria.html>. Acesso em: 15 Mar 2020.

Maldonado, Efendy Emiliano. (2013). "Pluralismo jurídico e novo constitucionalismo na América Latina. Reflexões sobre os processos constituintes boliviano e equatoriano", em: Wolkmer, Antonio Carlos e Oscar Correas (orgs.), *Crítica Jurídica na América Latina*, Aguascalientes / Florianópolis, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat (CENEJUS), Universidade Federal de Santa Catarina.

Marshall, Cris, Jim Boyack y Helen Bowen. (2005). "Como a justiça restaurativa assegura a boa prática? Uma abordagem baseada em valores", em: Slakmon, Catherine, Renato Campos de Vitto, Renato Sócrates Gomes Pinto (orgs.) *Justiça Restaurativa*, Brasília, Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, pp. 269 -279.

Melo, Eduardo Rezende. (2006). "Justiça e educação: parceria para cidadania", em: Slakmon, Catherine, Maíra Rocha Machado e Pierpaolo Cruz Bottini (org.) *Novas direções na governança da justiça e da segurança*, Brasília- D.F., Ministério da Justiça.

Pereira de Andrade, Vera Regina. (2003). *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora.

Rogoff, Bárbara. (2005). *A natureza cultural do desenvolvimento humano*, Porto Alegre, Artmed.

Sica, Leonardo. (2007). *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*, Rio de Janeiro, Lumen Juris.

Slakmon, Catherine e Philip Oxhorn. (2006). "O poder de atuação dos cidadãos e a micro-governança da justiça no Brasil", em: Slakmon, Catherine, Maíra Rocha Machado e Pierpaolo Cruz Bottini (orgs.) *Novas direções na governança da justiça e da segurança*, Brasília-D.F., Ministério da Justiça, pp. 31-58.

Sousa Santos, Boaventura de. (2000). *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*, São Paulo, Cortez.

Sousa Santos, Boaventura de. (2005). "Os tribunais e as novas tecnologias de comunicação e de informação", *Sociologias*, Porto Alegre, Vol. 7, No. 13, jan/jun, pp. 82- 109.

Sousa Santos, Boaventura de. (2011). *Para uma revolução democrática de justiça*, São Paulo, Cortez.

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT). (2018). *Relatório das atividades do programa Justiça Comunitária*, período Janeiro-Dezembro/2018, Brasília DF. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/informacoes/cidadania/justica-comunitaria/publicacoes/relatorios/relatorio-2018-final.pdf/view>. Acesso em: 20 Mar 2021.

Uprimny, Rodrigo. (2006). "Interculturalidad y colonialidad del poder. Un pensamiento y posicionamiento 'otro' desde la diferencia colonial", em: Walsh, Catherine, Alvaro García Linera e Walter Mignolo (orgs.) *Interculturalidad, Descolonización del Estado y del Conocimiento*, Buenos Aires, Del Signo, pp. 21-70.

Uprimny, Rodrigo. (2020). *Jueces de paz y justicia informal: una aproximación conceptual a sus potencialidades y limitaciones*. Disponível em: <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_51.pdf>. Acesso em: 15 Abr 2021.

Velásquez Betancur, José A. (2008). *El Pluralismo en la Constitución de 1991. Análisis de las Sentencias de la Corte Constitucional 1992-1993*, Medellin, ITM.

Vital Borges, Marina e Elsa Ines Rumak González. (2006). "Tribunales de justicia en Brasil, nuevas prácticas de justicia participativa y justicia comunitaria", *El otro derecho*, No. 35, pp. 167-186.

Vital Borges, Marina. (2011). "Justiça comunitária, administração de conflitos e antropologia jurídica: uma contribuição para uma relação processual mais humana", em: Colaço, Thais Luzia (org.) *Elementos de Antropologia Jurídica*, 2a ed., São Paulo, Editorial Conceito.

Wolkmer, Antonio Carlos. (2015). *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito*, 4a ed., São Paulo, Saraiva.

Wolkmer, Antonio Carlos e Oscar Correas (orgs.). (2013). *Crítica Jurídica na América Latina*, Aguascalientes / Florianópolis, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat (CENEJUS), Universidade Federal de Santa Catarina.

Zehr, Howard. (2008). *Trocando as lentes: um novo enfoque sobre o crime e a justiça*, São Paulo, Palas Athena.

EL PLURALISMO JURÍDICO Y LOS DERECHOS DE LAS MINORÍAS
(En memoria de Manuel Calvo García)

Fernando Arlettaz[1]
ORCID: 0000-0002-4372-0855
Correo electrónico: arlettaz@unizar.es

Resumen

El trabajo aborda la relación entre pluralismo jurídico y derechos de las minorías. En primer lugar, considera críticamente la perspectiva del positivismo formalista que reduce el derecho al derecho estatal, y señala la conveniencia analítico-metodológica de reconocer el carácter jurídico de otros sistemas de reglas, como los que emergen de las prácticas normativas y jurisdiccionales de los grupos minoritarios. En segundo lugar, y desde una perspectiva normativa, estudia las propuestas multiculturales en cuanto promueven el reconocimiento de las formas minoritarias de producción normativa y jurisdicción. El autor se pronuncia a favor de que este reconocimiento se haga en el respeto de los derechos humanos de los miembros de los grupos minoritarios.

Palabras clave: pluralismo jurídico, derechos de las minorías, positivismo jurídico.

PLURALISMO LEGAL E DIREITOS DAS MINORIAS
(En memoria de Manuel Calvo García)

Resumo

O trabalho aborda a relação entre pluralismo jurídico e direitos das minorias. Em primeiro lugar, considera criticamente a perspectiva do positivismo formalista que reduz o direito ao direito estatal, e aponta a conveniência analítico-metodológica de reconhecer o caráter jurídico de outros sistemas de regras, como aqueles que emergem de práticas normativas e

[1] Doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas. Profesor en el Centro Universitario de la Defensa / Universidad de Zaragoza.

jurisdicionais dos grupos minoritários. Em segundo lugar, e de uma perspectiva normativa, estuda propostas multiculturais na medida em que promovem o reconhecimento de formas minoritárias de produção normativa e jurisdição. O autor é a favor de que este reconhecimento seja feito respeitando os direitos humanos dos membros dos grupos minoritários.

Palavras-chave: pluralismo jurídico, direitos das minorias, positivismo jurídico.

LEGAL PLURALISM AND THE RIGHTS OF MINORITIES
(In memory of Manuel Calvo García)

Abstract

The article deals with the relationship between legal pluralism and minority rights. First, It critically considers the perspective of formalist positivism, for which only state law is true law, and points out the analytical-methodological convenience of recognising the legal character of other systems of rules, such as those emerging from the normative and jurisdictional practices of minority groups. Second, and from a normative perspective, it studies multicultural proposals that favour the recognition of minority forms of normative production and jurisdiction. In the author's view, this recognition is possible only if human rights of members of minority groups are respected.

Key-words: legal pluralism, rights of minorities, legal positivism.

1. Introducción

La convivencia de grupos con identidades nacionales, religiosas y lingüísticas variadas hace que las sociedades contemporáneas puedan ser correctamente definidas como sociedades plurales. Estos grupos pueden estar caracterizados por algunos trazos particulares (por ejemplo el hecho de compartir una misma lengua) o por un conjunto más o menos coherente de ellos (por ejemplo el hecho de compartir una religión, una lengua y un

origen étnico). Las relaciones entre los grupos, sin embargo, son generalmente asimétricas: el grupo hegemónico (por su carácter numéricamente mayoritario, por motivos históricos o por otras razones) tiene una capacidad reforzada en la definición de las decisiones colectivas y puede ignorar o reprimir a los grupos no hegemónicos (aunque, por supuesto, no siempre lo haga).

Desde el comienzo de la Modernidad, un problema crucial en la política internacional y en la conformación de los Estados nacionales ha sido el de la situación de las minorías (Lerner, 1993; Rouland, Pierré-Caps y Poumarède, 1996; Thio, 2005). En este contexto, la protección de las minorías (entendidas como grupos no hegemónicos, no necesariamente como grupos numéricamente minoritarios, aunque generalmente lo sean) ha devenido un elemento central de cualquier discurso de derechos humanos y, en particular, del discurso del derecho internacional de los derechos humanos[2].

Luego de la Segunda Guerra Mundial se impuso una concepción universalista de los derechos humanos, con más énfasis en la protección de la igualdad que en la protección de las particularidades minoritarias. De hecho, en los primeros años de vida del sistema de Naciones Unidas, se pensaba que mediante el reconocimiento de derechos universales podría lograrse la desactivación de las reclamaciones específicas de las minorías (Arlettaz, 2013 y 2015). Sin embargo, las reivindicaciones de protección específica de los grupos minoritarios no desaparecieron. Muy por el contrario, en muchos casos encontraron eco en la adopción de dispositivos como el reconocimiento de derechos de autogobierno, medidas de acción positiva, etc.

En este trabajo interesa detenernos en una forma específica de satisfacción de ciertas reivindicaciones de los grupos minoritarios: el reconocimiento de sus formas propias de creación y aplicación normativa. Los sistemas normativos de los grupos minoritarios han sido considerados durante mucho tiempo por la teoría jurídica dominante como sistemas no jurídicos y nuestra primera tarea será indagar por qué se ha dado esta situación

[2] Sobre la definición de minoría, ver, entre otros: Ramaga (1993), Rodley (1995), Henrard (2000 y 2010) y Pentassuglia (2009).

(subapartado 2.1). A continuación se mostrarán las insuficiencias de la aproximación dominante al tiempo que se problematizará la definición de lo que constituye un sistema jurídico (subapartado 2.2). El apartado 2 tendrá, como surge de lo dicho, un marcado carácter analítico-metodológico.

En el apartado 3, en cambio, abordaremos una cuestión político-normativa: la de la conveniencia o no de aceptar, reconocer y promover las formas de creación y aplicación normativa por parte de los grupos minoritarios. Dividiremos esta tarea en dos partes: primero analizaremos el problema (político) del reconocimiento de derechos especiales en favor de las minorías (subapartado 3.1) y luego nos detendremos en la consideración del pluralismo de creación y aplicación normativa como una forma de satisfacer las reivindicaciones de reconocimiento de las diferencias minoritarias (subapartado 3.2).

Aclaramos que utilizamos las expresiones *derechos especiales* y *derechos diferenciados* como sinónimos, para hacer referencia a derechos que son reconocidos a los grupos minoritarios o a sus miembros de manera particular, por oposición a los derechos universales, reconocidos a todas las personas. Tales derechos especiales/diferenciados pueden asumir la forma de derechos individuales o derechos colectivos. Los derechos especiales/diferenciados en los que aquí nos enfocamos (los derechos a producir y aplicar un sistema normativo específico al interior de la minoría) son, evidentemente, de carácter colectivo.

Nuestro trabajo se apoyará en buena medida en los aportes del profesor Manuel Calvo García al estudio del pluralismo jurídico y de los derechos de las minorías, temas que ocupan un lugar central en sus investigaciones sociojurídicas. Los que hemos conocido a Manuel Calvo, y en particular aquellos que hemos tenido la suerte de formarnos con sus enseñanzas, no podemos sino reconocer la enorme trascendencia de sus trabajos para la conformación del campo de la sociología jurídica, en particular en el mundo iberoamericano. Pero recordamos sobre todo a *Manolo* por su honestidad intelectual, su apertura de miras y su generosidad. Sirva pues este modesto trabajo como recuerdo afectuoso a nuestro maestro, fallecido demasiado pronto.

2. El paradigma positivo-formalista y el concepto estrecho de derecho

2.1. El centralismo estatal

Es un hecho generalmente aceptado que el positivismo formalista, como teoría jurídica dominante, parte de una concepción del derecho centrada en la norma producida por los órganos del Estado y que esta posición le impide aceptar el carácter jurídico de aquellos sistemas normativos de origen no estatal. Manuel Calvo ha explicado adecuadamente que la negación del carácter jurídico a los sistemas normativos no estatales puede verse como el resultado de la hegemonía del modelo político liberal. Este modelo se basa en la *superlegitimación* de la ley como fuente del derecho y en el rol central del Estado como árbitro social, lo que lleva a una concepción estatista, racional y formal del derecho. La teoría jurídica da así fundamento al monopolio de la producción y aplicación del derecho por parte del Estado y al carácter pretendidamente unitario y neutral del ordenamiento jurídico (Calvo García, 1994, 2008, 2009 y 2010; Calvo García y Oliver-Lalana, 2016).

El positivismo formalista se desarrolla en sentido estricto a partir del siglo XIX, aunque las ideologías jurídicas modernas e ilustradas ya habían avanzado algunos de sus presupuestos fundamentales. El desarrollo y la consolidación de las formas modernas del Estado y el surgimiento de la ideología liberal son los principales determinantes de la cultura legal contemporánea. La codificación es el momento cumbre del proceso de racionalización y estatalización de la ley. Al mismo tiempo, la *superlegitimidad* de la ley realiza definitivamente el proceso secularizador de la Modernidad, al hacer descansar el origen de la norma en una autoridad humana positiva y romper con los privilegios del Antiguo Régimen (Calvo García, 2009).

La pretensión kelseniana de construir una teoría pura del derecho de carácter totalmente formal e independiente de cualquier consideración moral o política o la idea hartiana del derecho como sistema autónomo de reglas son las manifestaciones más acabadas del positivismo formalista. Frente a concepciones de este tipo, que pretenden dar

a luz un concepto universal, permanente y a-histórico del derecho, Calvo nos recuerda que tanto el derecho como el concepto de derecho con el que trabaja la teoría jurídica son constructos sociales y que

> (...) las teorías esencialistas, limitadas a la construcción de un concepto parcial del derecho que identifican como su naturaleza, carecerían de la perspectiva necesaria para asumir la dimensión justificativa meta-teórica del concepto de derecho, como tampoco podrían asumir el cambio conceptual que requieren las propias transformaciones del derecho (Calvo García, 2010: 381).

Uno de los principales aportes de la sociología jurídica, que ve al derecho como un conjunto de patrones para la acción que influencian las expectativas de comportamiento (Bengoetxea, 2020), ha sido el cuestionar la ideología de la exclusividad estatal en la producción del derecho. Un modelo estático de derecho no es capaz de resistir el carácter dinámico de la materia jurídica, es decir, la naturaleza fundamentalmente evolutiva de las estructuras y contenidos jurídicos. Las transformaciones operadas como consecuencia del desenvolvimiento del derecho en general, y en particular de su desenvolvimiento en las últimas décadas, deben llevar a una revisión de los contenidos fundamentales de la teoría positivista y formalista del derecho (Calvo García, 2009).

Ahora bien, si el derecho no es solamente una forma normativa generada por el Estado, ¿qué es? Es un hecho innegable que la vida social se desarrolla en el contexto de una gran cantidad de sistemas normativos superpuestos: de las normas de tráfico a las normas gramaticales, de las normas penales a las pautas de cortesía en el trato. La pregunta crucial consiste en saber si es posible determinar de manera coherente un criterio que permita distinguir en esa marea normativa aquellas normas que se pueden calificar propiamente de normas jurídicas.

El positivismo formalista dominante niega el carácter de derecho a cualquier sistema normativo que no reúna las características antedichas (racionalidad auto-referente y estatalidad). Es posible que esta concepción estrecha de la materia jurídica haya sido influenciada en buena medida por la intención de dejar fuera del campo jurídico al derecho natural. Ahora bien, el resultado es que, de paso, también deja fuera de ese campo a todos

aquellos sistemas normativos que no tengan respaldo en una autoridad estatal o no puedan ser reconocidos a través de mecanismos autorreferenciales (Calvo García y Oliver-Lalana, 2016).

Esta forma de concebir la materia jurídica es propia del Estado moderno. Estudios históricos han puesto de manifiesto la pluralidad de los regímenes legales coexistentes en la Edad Media europea, en el Imperio Otomano y en muchas otras estructuras políticas premodernas más o menos extensas. Incluso el propio Estado moderno redescubrió el pluralismo legal en el contexto de la dominación colonial, cuando las autoridades coloniales se dieron cuenta de que algunos asuntos podían ser resueltos satisfactoriamente a través de la aplicación de las reglas tradicionales de los grupos aborígenes[3].

El concepto de derecho del formalismo positivista se basa, pues, en la centralidad de la ley estatal. Ahora bien, como explica Twining (2010), la idea de *centralismo legal* puede tener diversos significados. Puede significar (1), en un nivel puramente descriptivo, que el Estado es la única institución que contribuye al orden social. Obviamente esta afirmación es difícilmente sostenible desde un punto de vista empírico y seguramente ni siquiera los formalistas más ortodoxos la aceptarían. También puede significar (2), igualmente en un nivel descriptivo, que en las sociedades modernas el derecho del Estado es la forma más importante de derecho: es la forma dominante, es técnicamente superior y más poderosa que cualquier otra forma de control social. Esta segunda afirmación es probablemente cierta y sería seguramente aceptada por formalistas de estricta observancia y por sociólogos del derecho (con la salvedad, por supuesto, de que la intensidad del derecho estatal es enormemente variable: no es la misma, por ejemplo, en la capital de un Estado europeo que en una aldea de un país africano).

Hay una tercera opción, no explicitada por Twining, en la que creemos que se manifiestan con fuerza las diferencias entre formalistas y sociólogos del derecho. En esta opción (3), *centralismo legal*, querría decir que se afirma que el derecho del Estado no es el único sistema normativo de control social, aunque sí es el más importante y el único que

[3] Para un completo estudio ver: Hooker (1975).

puede ser calificado propiamente como *derecho*. Esta es, probablemente, una afirmación que los formalistas aceptarían y los sociólogos del derecho negarían por considerar que no se puede hablar de una única forma de derecho, sino que el derecho asume formas plurales. Volveremos sobre estos aspectos analítico-descriptivos en el subapartado siguiente.

Ahora bien, el centralismo legal, además de las dos o tres afirmaciones analítico-descriptivas recién señaladas, se asocia algunas veces con otras afirmaciones de tipo normativo (Twining, 2010). Así, de la superioridad fáctica del derecho estatal se pasa a la idea normativa (4) de que el Estado debe tener necesariamente la suprema autoridad en un cierto territorio y el monopolio del uso de la fuerza o incluso a la idea normativa (5) de que el Estado es el único ámbito posible de realización de los ideales liberales y democráticos. Estas dos afirmaciones normativas pueden ser contestadas y, en cualquier caso, no se siguen necesariamente de la afirmación de la superioridad fáctica del derecho estatal (2) ni de la idea de que solo un sistema normativo de origen estatal puede ser calificado propiamente como derecho (3).

Lo que es importante destacar aquí es que una concepción fáctica que parte del pluralismo jurídico puede asumir el mismo presupuesto positivista de separación entre lo descriptivo y lo normativo que una concepción fáctica que parte del centralismo de la ley estatal (Twining, 2010). En otras palabras, ni un concepto formal estatalista del derecho ni un concepto plural y sociológico del derecho llevan necesariamente a las ideas normativas que hemos señalado con los números (4) y (5). Volveremos sobre estos problemas normativos en el apartado 3, al discutir sobre si resulta adecuado que el derecho estatal reconozca la capacidad normativa y jurisdiccional de algunos grupos minoritarios.

2.2. El pluralismo jurídico

Una definición mínima de pluralismo jurídico podría ser aquella que lo identifica con el estado de cosas de un campo social cualquiera en el que los comportamientos están orientados por más de un sistema legal (Griffiths, 1986). La sociología jurídica se ha ocupado del pluralismo jurídico como un hecho; es decir, ha constatado la existencia, junto

al derecho estatal, de otros sistemas normativos que merecerían también el nombre de *derecho*.

Podría decirse que existen dos formas de pluralismo jurídico. Hay un pluralismo jurídico *débil* que se da en aquellos casos en que es el propio derecho estatal el que reconoce a otros sistemas normativos originariamente no estatales y, en esta medida, valida su calificación como derecho. Por el contrario, el pluralismo jurídico *fuerte* existiría en aquellos casos en que ciertos sistemas normativos funcionan *de hecho* como sistemas jurídicos, sin una habilitación estatal específica. Dada la pretensión de omnipresencia del Estado moderno, el pluralismo jurídico fuerte sólo podría existir en aquellos espacios que el Estado no quiere o no puede regular.

Es posible que, desde una perspectiva conceptual, Griffiths (1986) tenga razón cuando dice que el pluralismo en sentido débil no es verdadero pluralismo jurídico, en la medida en que se ajusta a los postulados básicos de la ideología de la exclusividad estatal en la producción del derecho (que él llama *ideología del centralismo legal*): los sistemas jurídicos de los grupos solo tienen el carácter de tales en la medida en que son *reconocidos* por el sistema jurídico estatal. Sin embargo, la forma más habitual de pluralismo jurídico proviene del reconocimiento, por el sistema hegemónico, de sistemas jurídicos comunitarios a los que se dota de cierta autonomía relativa (Calvo García y Picontó Novales, 2017). Es decir, la forma más habitual de pluralismo jurídico, al menos en el contexto de sociedades estatales con un Estado más o menos afianzado, es el pluralismo jurídico débil. En el presente trabajo nos enfocaremos en el pluralismo jurídico débil. Esto así ya que lo que nos interesa es el pluralismo jurídico como forma de reconocimiento de las minorías en el marco de un esquema de derechos humanos que está principalmente dirigido a la autoridad estatal. Sin embargo, haremos previamente una aproximación global a algunos supuestos de pluralismo jurídico.

Una importante fuente de tensión para un modelo estatalista de derecho ha provenido siempre del derecho internacional. Los intentos de reducir el derecho internacional a una manifestación más del derecho del Estado han resultado sólo

parcialmente exitosos. El internacionalista Heinrich Triepel, por ejemplo, postuló que el derecho interno y el derecho internacional son dos órdenes jurídicos distintos, siendo el primero el producto de la voluntad del Estado y el segundo el producto de la voluntad común de varios Estados. De este modo se salvaba la estatalidad del derecho internacional, aunque fuera a costa de la ruptura de la unidad del ordenamiento jurídico (reconociendo, de algún modo, cierto pluralismo jurídico). Los autores de las corrientes monistas intentaron conservar esta unidad. Para Georg Jellinek, por ejemplo, el derecho internacional sería simplemente un derecho público externo del propio Estado, producto de una auto-limitación de la voluntad estatal (siendo, el derecho interno, producto directo de la voluntad estatal).

Estos esfuerzos teóricos permiten salvar la validez del derecho internacional de fuente convencional y, parcialmente, del derecho internacional consuetudinario en la medida en que pueda ser considerado como una manifestación tácita de voluntad estatal. Sin embargo, las teorías de Triepel o Jellinek fueron perdiendo su capacidad explicativa a partir del momento en que se comenzó a admitir la existencia de normas consuetudinarias oponibles *erga omnes*, esto es, de normas consuetudinarias que son válidas con independencia de la participación de la voluntad del Estado en relación con su proceso de formación. Más aún: las tesis voluntaristas no permiten dar cuenta de otros fenómenos cada vez más extendidos, como la *lex mercatoria*, es decir el conjunto de reglas creadas y aplicadas por el capitalismo global para la regulación de las transacciones internacionales al margen de la autoridad de los Estados (Teubner, 2002; Fischer-Lescano y Teubner, 2004; Dalhuisen, 2006). En el ámbito internacional, en efecto, se desarrolla así un *pluralismo legal global* en el que actúan diversos mecanismos de hibridación que parten del presupuesto de que el conflicto entre sistemas legales múltiples y superpuestos es inevitable (Berman, 2007).

Ahora bien, las tesis positivistas que hacen depender la existencia de un sistema jurídico de su origen estatal no solo encuentran problemas cuando se enfrentan con el derecho internacional. Los estudios pioneros de la sociología jurídica a comienzos del siglo XX mostraron el carácter reduccionista de la identificación entre el concepto de derecho y

las normas formalmente aceptadas por el Estado también cuando el objeto enfocado era la propia sociedad nacional. Para Eugen Ehrlich, reconocido como uno de los fundadores de la disciplina, un concepto operativo de derecho debía identificarse con el *derecho vivo,* es decir, aquel que es efectivamente aplicado en una determinada sociedad, lo que obligaba al reconocimiento de fuentes no estatales del derecho (Ehrlich *et al*, 2005).

Entre las formas jurídicas surgidas de fuentes no estatales está el derecho de los grupos minoritarios. En efecto, al interior de ciertos grupos comunitarios conformados como minorías étnicas, nacionales, religiosas o lingüísticas cristalizan sistemas normativos que se pueden calificar como sistemas jurídicos. Sólo podemos aquí mencionar, por razones de espacio, algunos trabajos bien conocidos dedicados, por ejemplo, al derecho de las comunidades indígenas (Stavenhagen, 1988; Stavenhagen, 1998), la aplicación de la *sharia* por las comunidades musulmanas en países occidentales (Bader, 2009; Turner y Arslan, 2011; Shah, 2014) o la normatividad vigente en las favelas brasileñas (Sousa Santos, 1977 y 2009). Todos estos ejemplos muestran el desarrollo de formas de autorregulación y autotutela jurídica que generan "auténticos sistemas plurales de fuentes jurídicas que en muchos casos se caracterizan por un marcado carácter informal" (Calvo García, 2009: 22).

Por supuesto, la calificación de cualquiera de los sistemas normativos no estatales mencionados (la *lex mercatoria*, las reglas de un grupo religioso minoritario, etc.) como sistemas legales depende de la definición que se tenga de derecho. La pregunta pertinente, entonces, no es si una definición no estatalista del derecho es más *correcta* que una definición en términos estatales, sino si puede ser más útil. Hay que reconocer también que la definición del campo jurídico tiene en sí misma un sentido práctico. En efecto, desde un punto de vista externo (por ejemplo, de un estudio sociológico-empírico) saber si un determinado sistema normativo tiene o no carácter jurídico podrá servir, por ejemplo, para delimitar mejor el objeto de un determinado estudio. Pero desde un punto de vista interno (digamos, de la dogmática jurídica), la calificación de cierto sistema normativo como jurídico o no jurídico tendrá consecuencias mucho más radicales en el comportamiento mismo de los operadores llamados a aplicar, precisamente, solo las reglas que consideren como jurídicas.

Hay que precaverse, en cualquier caso, de extender demasiado el concepto de derecho. No todo sistema normativo es un sistema jurídico. En este sentido, si el concepto de derecho del formalismo positivista es demasiado estrecho, hay que reconocerle al menos la virtud de establecer una delimitación precisa y manejable del campo jurídico. Las definiciones de derecho imbuidas de cierta perspectiva sociojurídica tienen una versatilidad que, aunque resulta provechosa en la medida en que permite incluir supuestos olvidados por la teoría más tradicional, pagan el precio de una cierta imprecisión. Piénsese en la propuesta de Tamanaha (2000) de considerar como derecho todo aquello que las prácticas sociales tratan como tal. No faltan advertencias contra esta excesiva ampliación (ver por ejemplo, Merry, 1988). Y hay quienes han llegado a sugerir el abandono mismo del término *derecho* para los propósitos de la sociología jurídica (Griffiths, 2005).

Los estudiosos del pluralismo legal que adoptan una perspectiva socio-jurídica suelen dejar de lado las cuestiones de legitimidad formal para centrarse en cuestiones empíricas de eficacia. De este modo se desvanece parte de la distinción, estrictamente establecida por la teoría jurídica formalista, entre normas legales, normas morales, simples prácticas, imperativos psicológicos, etc. Los estudiosos del pluralismo jurídico se centran en el derecho *implícito* o *interaccional*, es decir las prácticas de un determinado grupo y su relación con la idea pragmática de obligación. Parten de la idea de que la autoridad legal es siempre relativa y controvertida y el modelo descriptivo de la sociología del derecho debe reflejar ese carácter (Berman, 2018).

Calvo García y Oliver-Lalana (2016) sugieren que quizá sería más provechoso abandonar la expectativa de encontrar *un* concepto *universal* de derecho para desarrollar *varios conceptos exploratorios* de derecho en función de los fenómenos que se quiere describir. Los fenómenos descritos guardarán obviamente cierta conexión, pero los rasgos definitorios de lo jurídico no habrían de coincidir necesariamente en todos los casos. A nuestro juicio, y siguiendo ese camino, se trata de encontrar un concepto de derecho que sea lo suficientemente amplio como para abarcar otros fenómenos que compartan características significativas pertinentes con el derecho estatal, pero que no sea tan amplio

como para incluir cualquier sistema normativo existente. El tema es, por supuesto, muy extenso y no podemos aquí desarrollarlo íntegramente.

3. Los derechos de las minorías y el pluralismo jurídico

3.1. ¿Hay que reconocer derechos especiales a los grupos minoritarios?

Como hemos advertido en la Introducción de este trabajo, el apartado 2 se ha mantenido en un plano analítico-metodológico: hemos repasado algunos motivos por los cuales el positivismo formalista rechaza considerar diversos sistemas normativos de carácter no estatal como verdaderos sistemas jurídicos y hemos sugerido que, quizá, existen buenas razones para considerar algunos de ellos como tales. Ahora bien, como insinuábamos al final del subapartado 2.1, reconocer un sistema normativo como verdadero sistema jurídico nada nos dice acerca de cuál ha de ser nuestra actitud hacia él o de cómo otros sistemas jurídicos (en particular, el sistema jurídico estatal que suponemos de base democrática) debe relacionarse con él. En otras palabras, admitir que el sistema normativo efectivamente vigente al interior de un grupo minoritario es un verdadero sistema jurídico puede ser útil por razones metodológicas, pero no resuelve el problema de si el derecho estatal debe promover, tolerar o reprimir la existencia de ese sistema jurídico minoritario.

Existe aquí una interesante relación de asimetría entre el positivismo formalista y las perspectivas que admiten el pluralismo jurídico. Admitir que los sistemas normativos de los grupos minoritarios son verdadero derecho no implica hacer una valoración favorable de esos sistemas normativos, de la misma manera que admitir que el sistema normativo de la Alemania nazi era verdadero derecho no impide calificarlo como un derecho radicalmente injusto. En cambio, excluir del campo de lo jurídico (como hace el positivismo formalista) determinado sistema normativo implica la infra-valoración de ese sistema normativo, en el sentido de que subyace al positivismo formalista una cierta idea de la superioridad del derecho por encima de otros sistemas normativos.

Como explica Berman (2018), la tarea que antropólogos, historiadores y otros científicos sociales (como los sociólogos del derecho) realizan es una tarea

fundamentalmente descriptiva: el pluralismo jurídico es estudiado como un hecho, ni bueno ni malo en sí mismo. Sin embargo, como sigue explicando el mismo autor, esto no quiere decir que el proyecto científico de quienes estudian el pluralismo jurídico esté libre de valores y sesgos normativos. De hecho, el estudio del pluralismo legal puede ser catalogado en muchos casos como un ataque contra el centralismo legal, es decir, contra la idea de que el derecho estatal debe ostentar la suprema autoridad en un territorio o de que solo dentro del derecho del Estado se puede garantizar la realización del ideal democrático (las ideas que, al final del subapartado 2.1, numeramos como [4] y [5]).

Como proyecto científico descriptivo, el pluralismo jurídico es hoy poco controvertido (Berman, 2018). Pocos afirmarían ya, como una cuestión de hecho, que el Estado es la única fuente de producción y aplicación normativa. En cambio, el pluralismo jurídico como proyecto normativo (la idea de que el pluralismo de sistemas jurídicos es algo bueno que debe ser favorecido) sigue siendo mucho más controvertido. En este subapartado y en el siguiente abordaremos esta cuestión normativa, centrándonos en una forma posible de pluralismo jurídico: la que resulta de la creación y aplicación del derecho por parte de minorías nacionales, religiosas o lingüísticas. Dejamos, pues, fuera de la discusión otras formas de pluralismo jurídico que mencionamos al pasar más arriba (desde la *lex mercatoria* hasta el derecho de grupos marginalizados como las favelas brasileñas).

La adopción de una posición normativa sobre el pluralismo jurídico depende, en primer lugar, de la adopción de una posición normativa sobre el pluralismo nacional, religioso o lingüístico en sí mismo. Frente al hecho del pluralismo el Estado moderno tiene varias opciones. Una opción radical sería la de la separación cultural en el seno de un mismo territorio, en un régimen semejante al de apartheid. Obviamente, esta solución es inaceptable en el marco de los contemporáneos sistemas de derechos humanos. Una segunda opción es la de la asimilación: la respuesta es el rechazo de la diversidad por la vía de la eliminación de las identidades particulares. Esta respuesta tampoco es viable en un Estado de derecho, al menos tal como la comprensión actual de este concepto parece desarrollarse.

Descartadas las dos respuestas anteriores, podemos explorar otras dos posibilidades. Una sería que el Estado tratara a todos los ciudadanos de modo igualitario, prescindiendo de sus diferencias identitarias. En contraste con una política asimilacionista, esta perspectiva igualitarista tiende no a eliminar la diferencia, pero sí a disminuir su relevancia pública. La segunda respuesta posible es dar un tratamiento diferenciado a los ciudadanos en razón de sus pertenencias culturales, es decir, embarcarse en un proyecto multicultural. Esto implica tener en cuenta las particularidades identitarias de los grupos y adjudicar derechos específicos en función de la pertenencia a esos grupos[4].

La igualdad formal entre los ciudadanos ha sido un elemento clave en las variantes dominantes del pensamiento liberal. El liberalismo concibe a los ciudadanos como individuos autónomos que se relacionan libremente en la sociedad-mercado. La autorrealización de un proyecto de *vida buena* es, entonces, una cuestión de cada individuo, frente a la cual el Estado ha de permanecer neutro. La identidad de los ciudadanos (en términos culturales, religiosos, sexuales, etc.) es una derivación de su concepción de lo que es la *vida buena* y por ello una cuestión privada. Los puntos de vista particulares no entran en la discusión pública y el Estado resulta así un mediador imparcial y *blind to differences*.

El liberalismo de John Rawls es seguramente la actualización contemporánea más destacada del liberalismo. Para Rawls (1971), que escribió *A Theory of Justice* (*Una teoría de la justicia*), el contenido del consenso político coincide con la concepción de la justicia como equidad: el consenso político es imparcial, porque surge de un conjunto de individuos que lo pactan cubiertos por un *velo de ignorancia*. Los principios fundamentales resultantes de tal consenso son aquellos que las personas, consideradas como mutuamente autointeresadas y racionales, podrían reconocer como restricciones destinadas a la asignación de derechos y deberes cuando se encuentran situadas de forma similar y se ven requeridas a llegar a un compromiso. Las personas que acuerdan las condiciones de la justicia tienen diferentes doctrinas comprensivas, es decir, diferentes concepciones de lo que es una vida buena. La pertenencia nacional, lingüística y religiosa forma parte de las

[4] Este tema se desarrolla con mayor profundidad en Arlettaz (2014).

doctrinas comprensivas de los ciudadanos. Pero los individuos tienen también, en cuanto sujetos autónomos, la capacidad de revisar y cambiar sus doctrinas comprensivas.

Al pactar las condiciones de la justicia, los individuos dejan de lado sus doctrinas comprensivas, que quedan ocultas tras el velo de ignorancia. Así, al entender el sistema jurídico como una construcción imparcial, las pertenencias identitarias se ven relegadas al ámbito de lo privado. Ellas pueden manifestarse en el ámbito de la sociedad civil, es decir, en el ámbito de las iglesias y las asociaciones. Pero no el ámbito público y común constituido por el derecho.

Sin embargo, como es sabido, en escritos posteriores Rawls (1985, 1987, 1993) reformuló algunos aspectos de su teoría, para adoptar lo que él dio en llamar *liberalismo político*. En esta nueva versión de su teoría (que Rawls entiende más como complementaria que como contraria a la anterior) el pacto político es explicado no como un acto de pura imparcialidad, sino como el resultado de un *consenso superpuesto* de doctrinas comprensivas *razonables*. Además, Rawls enfatiza que el liberalismo que propugna es un liberalismo *político*, que no supone necesariamente abrazar el liberalismo *como doctrina comprensiva*. Para Rawls, es posible abrazar el ideal de autonomía individual como ideal político incluso desde una doctrina comprensiva que renuncia a ese ideal de autonomía en la propia vida.

La distinción entre el liberalismo como doctrina política y el liberalismo como doctrina comprensiva busca hacer compatible la teoría rawlsiana de la justicia con la pluralidad de concepciones de lo bueno existente en las sociedades democráticas que, según Rawls, deben encontrar alguna forma de acomodo. Sin embargo, como apunta Kymlicka (1996), la posición de Rawls no resulta totalmente exitosa. La aceptación del principio de autonomía, aunque sea en su forma política y no en su forma de doctrina comprensiva, tiene un coste para los grupos minoritarios no liberales, es decir, para aquellos grupos minoritarios que no incluyen la autonomía individual dentro de su doctrina comprensiva. La aceptación (política) de la autonomía del individuo lleva a que estos grupos no puedan cerrar las puertas de salida a sus miembros (por ejemplo, prohibiendo la apostasía o el

proselitismo por terceros). La autonomía como valor político supone que ella se impondrá incluso a las doctrinas comprensivas de los grupos que no la aceptan (o, dicho de otro modo, una concepción política que valora la autonomía individual sólo puede ser sostenida por doctrinas comprensivas que valoran esta misma autonomía).

Partiendo de las premisas liberales, algunos autores cuestionan el reconocimiento de derechos especiales para las minorías a través de políticas multiculturales[5]. Sin embargo, otros liberales aceptan que ciertos derechos especiales para las minorías pueden no ser contradictorios con la igualdad ante la ley. Will Kymlicka (1996, 2007, 2008, 2011, 2018) ha sido el principal defensor de un multiculturalismo liberal que cree que el liberalismo exige un compromiso con las culturas que proporcionan formas de vida significativas a los individuos. Si se entiende el liberalismo como libertad de elegir las propias opciones de vida y de revisarlas, es necesario proteger la cultura del grupo como ámbito de elección. Por supuesto, como buen liberal, Kymlicka insiste en que el liberalismo (ya se trate del liberalismo *comprensivo* que él adopta o del liberalismo *político* de Rawls) no puede aceptar derechos colectivos de las minorías que se impongan a los derechos individuales (al menos como solución de principio). Pero esto no lleva a descartar de plano el reconocimiento de derechos especiales.

Para Kymlicka, una teoría liberal consistente sólo puede aceptar aquellos derechos colectivos que no restringen la autonomía de los miembros del grupo. Ahora bien, esto no quiere decir que en todos los casos esa teoría liberal deba ser *impuesta* a los grupos que tienen posturas (doctrinas comprensivas) iliberales. La imposición de la solución liberal a las comunidades iliberales dependerá de un conjunto de factores como la severidad de la violación de derechos al interior de esa comunidad, la existencia de acuerdos históricos con esa comunidad, el grado de consenso que las restricciones tengan al interior de la propia comunidad, etc. Las relaciones entre las mayorías y las minorías deberían ser determinadas por negociaciones pacíficas que lleven a acomodamientos recíprocos, no por la fuerza. Se trata de un compromiso, no de la puesta en práctica a cualquier coste de una teoría liberal. Los reformadores liberales al interior del grupo podrán luchar por conseguir un mayor

[5] Ver, por ejemplo: Barry (2001).

grado de protección a la autonomía individual; y los liberales fuera del grupo podrán ayudarlos en esa tarea.

Jeremy Waldron (2002) desarrolla un interesante argumento favorable al reconocimiento de derechos especiales para las minorías relacionado con el pluralismo jurídico. En efecto, para Waldron la aplicación igualitaria de la ley requiere tener en cuenta el sentido que las personas asignan a los actos que realizan. Por ejemplo, no se podría castigar el hecho de que durante una ceremonia religiosa se dé una cantidad mínima de vino a un menor de edad, porque el sentido de ese acto es eminentemente religioso y no de inducción al alcohol al menor. Ahora bien, el sentido que las personas asignan a sus actos depende en cierta medida de los sistemas normativos de los grupos de los que forman parte. Por supuesto, esto no quiere decir que todos los sentidos sean igualmente aceptables. No se debería aceptar, por ejemplo, el asesinato de una mujer adúltera por su marido, aunque en algunas culturas este acto tenga el venerable sentido de la defensa del honor. La visión (liberal) de Waldron sobre los derechos excepcionales para las minorías es restrictiva, pero no totalmente negatoria.

Para una concepción liberal de los derechos de las minorías sólo merecen protección aquellas culturas que otorgan *estrategias de salida* de los miembros hacia otras culturas. Es decir, no se pueden legitimar las *restricciones internas*. Las culturas merecen ser protegidas sólo en la medida en que garantizan efectivamente un contexto de elección individual de sus miembros (por ejemplo, una cultura homofóbica no es merecedora de protección, en tanto que reduce la libertad de elección del estilo de vida sexual de sus miembros). A pesar de que reconoce que el riesgo de que las políticas de multiculturalismo terminen imponiendo restricciones internas es real, considera que esto no es una consecuencia necesaria, y que por eso se pueden defender los derechos especiales para las minorías sin aceptar el derecho del grupo a imponer determinadas prácticas a los miembros que no quieren mantenerlas. Volveremos sobre este punto en el subapartado siguiente.

El multiculturalismo comunitarista enfoca el problema de modo diferente. Para esta perspectiva, hay que proteger a las comunidades porque la formación de la identidad de los

seres humanos se produce efectivamente contra el horizonte de la vida en común[6]. En términos generales, muchos comunitaristas creen que las concepciones de la vida buena están tan ligadas a la propia identidad del individuo que la autonomía para revisar y cambiar la propia concepción vital (esencial en cualquier perspectiva liberal) pasa a un segundo plano. Y si se acepta que la autonomía no es un valor principal, es mucho más fácil aceptar la existencia de derechos colectivos que se impongan a los derechos individuales. El enfoque comunitarista tiene más en cuenta la protección de la cultura en sí misma que la igualdad de sus miembros.

El ejemplo paradigmático de un régimen basado en el modelo comunitarista (aunque por supuesto anterior a la formulación teórica de este modelo) es el llamado *sistema de millets* que rigió en el imperio otomano. En este sistema, las comunidades griega ortodoxa, armenia ortodoxa y judía (los *millets*) disfrutaban de un régimen de autogobierno al interior del imperio oficialmente musulmán. La autonomía individual se veía limitada por los derechos colectivos del grupo: el individuo no podía sustraerse a la potestad normativa y jurisdiccional de su comunidad. Aunque el sistema permitía la tolerancia *entre los grupos*, no garantizaba la posibilidad de disenso *al interior de cada grupo*.

Reconocer derechos colectivos sin otorgar vías de salida a los individuos que forman parte de esos grupos no supone necesariamente abandonar a los individuos a la opresión colectiva. Esto así ya que no se puede suponer con carácter general que los grupos a los que se les reconocen derechos colectivos sean *necesariamente* opresivos de los derechos individuales. Reconocer derechos colectivos sin otorgar estrategias de salida a los individuos sólo significa que el derecho estatal no intervendrá para proteger al individuo frente al grupo, pero no que el grupo necesariamente subyugará al individuo. Por ejemplo, en el siglo XIX algunos de los *millets* otomanos adoptaron constituciones que liberalizaron su gobierno interior.

Ya sea sobre una base liberal (con derecho de salida) o sobre una base comunitarista (sin derecho de salida), los derechos colectivos reconocidos a los grupos pueden asumir

[6] Ver, por ejemplo: Taylor (1991, 1994 y 2007), Walzer (1997) y Sandel (2005).

formas diferentes. Por ejemplo, puede tratarse del derecho de los grupos a educar a los niños en sus propias escuelas por fuera del sistema educativo estatal. También puede tratarse del derecho de los grupos a producir y aplicar su propio sistema normativo. A esto nos referiremos en el subapartado siguiente.

3. 2. Producción y aplicación normativa por los grupos minoritarios

La aceptación del pluralismo jurídico puede funcionar como una forma específica de reconocimiento de la identidad de las minorías. Como dijimos más arriba, en este trabajo nos interesa el reconocimiento del pluralismo jurídico por parte del Estado, es decir, nos enfocamos en el pluralismo jurídico débil. Este puede, a su vez, asumir formas simétricas o asimétricas. Las primeras, menos usuales, se dan cuando el derecho estatal y el derecho del grupo minoritario se coordinan en pie de igualdad. Un ejemplo podría ser tal vez el de los primitivos pactos de las autoridades estatales con las comunidades indígenas norteamericanas, a las que se les reconocía como *naciones soberanas* dentro de los Estados Unidos, aunque el tema es muy complejo y la igualdad nunca fue total (Wilkinson, 1988). Otro ejemplo podrían ser los acuerdos de la Santa Sede con diversos Estados en los que se le reconoce a ésta el derecho al ejercicio de su jurisdicción o se admite la validez civil del matrimonio celebrado canónicamente.

Sin embargo, lo más habitual es la existencia del pluralismo jurídico asimétrico, que supone que es el derecho hegemónico (estatal) el que reconoce a los derechos de los grupos minoritarios, sea a través de la ley o de la propia Constitución, subordinándolo a ellas. Se da en este caso una asimetría entre el derecho *reconociente* que asume su superioridad (aunque solo sea en el sentido de que puede retirar ese reconocimiento cuando lo desee) y el derecho *reconocido*.

Los ordenamientos jurídicos de los grupos minoritarios que coexisten con el derecho estatal están constituidos principalmente por normas por medio de las cuales los grupos diferenciados ajustan sus comportamientos y saldan sus litigios (Calvo García y Picontó Novales, 2017). Por supuesto, las normas que conforman estos ordenamientos

minoritarios pueden ser muy heterogéneas, lo que da lugar a una gran variabilidad de formas de pluralismo jurídico. Esta variedad gira, principalmente, en torno de los criterios siguientes (Benda-Beckman, 2002; Shah 2007): (1) el carácter oral o escrito de las normas; (2) la existencia o inexistencia de una organización institucionalizada para su aplicación; (3) la existencia o inexistencia de un grupo de profesionales especializados en la aplicación de las normas, con un entrenamiento específico; (4) la diferenciación entre normas y prácticas religiosas y normas y prácticas seculares; (5) la diferenciación entre diversas ramas jurídicas.

En los años 70 y 80 existió, en el marco de los estudios sobre pluralismo jurídico, un cierto optimismo en favor de la aceptación de los sistemas legales de los grupos minoritarios. Desde una cierta idea romántica del asunto, se veía al *derecho popular* como más igualitario y menos coercitivo que el derecho estatal (Sharafi, 2008: 139). Por supuesto, no todos aceptaban esta visión idealizada. Galanter (1981), por ejemplo, advertía contra el hecho de que muchas veces el derecho indígena está basado en relaciones de dominación y carece de las garantías propias de un derecho (estatal) democrático.

No existe una solución unánimemente aceptada para la cuestión del respeto de los estándares de derechos humanos por parte de los sistemas legales de los grupos minoritarios. Si se acepta la idea de que los grupos minoritarios no son *especies en peligro de extinción* que deban ser protegidas a modo *ecológico* parece bastante razonable pensar que es posible (y legítimo y deseable) promover desde dentro la transformación del propio derecho minoritario, de la misma manera que los habitantes del Estado reivindican y promueven la transformación democrática del derecho estatal.

Una pregunta diferente es si, en sistemas de pluralismo legal débil (es decir, en aquellos en los que la subsistencia del derecho minoritario depende del reconocimiento por parte del derecho estatal hegemónico), el derecho estatal debe imponer los estándares de derechos humanos sobre el derecho minoritario. Como vimos arriba, desde una perspectiva liberal, las restricciones internas son difícilmente aceptables. Will Kymlicka (1996), por ejemplo, cree que la posibilidad de autorizar al grupo para restringir la libertad de elección

de sus miembros se justifica sólo excepcionalmente en aquellos casos en que, de no autorizarse tales restricciones, se produciría un *shock* que pondría en peligro la existencia misma de la comunidad; tales medidas, además, han de mantenerse en forma provisional hasta que la comunidad pueda girar gradualmente hacia una sociedad liberal.

Sin embargo, como vimos más arriba, otros escritos de Kymlicka son más ambiguos sobre este punto y parecen favorecer que el derecho estatal *promueva* pero no necesariamente *imponga* los estándares de derechos humanos a los derechos minoritarios. En un sentido parecido, otros autores, aun reconociendo que el derecho de los grupos minoritarios puede encerrar pautas contrarias a los derechos humanos, creen que el derecho minoritario debería ser aceptado en la medida en que no solo puede asegurar la supervivencia cultural de la minoría, sino también protegerla contra la opresión y la violencia. Se trataría, así, de aceptar el *mal menor* (Steiner, 1991: 1540).

Hay quienes intentan soluciones de compromiso aceptando que el Estado imponga no todo el arsenal de los derechos humanos, sino solo algunas pautas mínimas de protección de los derechos individuales. Por ejemplo, Veit Bader (2009) propone un piso mínimo de moralidad, mucho menos exigente que las exigencias plenas de igualdad y autonomía del liberalismo. Así, no se debería exigir a las minorías que acojan el ideal liberal de igual respeto para todos, sino solo cierto mínimo de *respeto decente* y *algo* de la garantía del debido proceso. Estándares más altos podrían ser objeto de cierta *inducción* en relación con el grupo minoritario: por ejemplo, el Estado podría exigirlos como requisito para recibir subvenciones o podría intentar persuadir a las comunidades de que los aceptaran. Pero no podría imponerlos coactivamente.

En un sentido parecido a la propuesta de Bader, Charles Taylor (1994) llama a realizar una distinción entre derechos fundamentales y otras ventajas o inmunidades generalmente reconocidas. Respecto de los primeros no debe haber diferencia alguna; la protección del hábeas corpus, por ejemplo, ha de estar garantizada en forma absolutamente igualitaria. En cambio, cuando estén en juego los segundos, habrá que balancear la

importancia de los mismos con la importancia del reconocimiento de las diferencias culturales, lo que puede dar lugar a preferir estas últimas.

No es sencillo encontrar el punto de equilibrio entre el reconocimiento del derecho de los grupos minoritarios a la auto-normación y la jurisdicción sobre sus miembros y el respeto a los derechos individuales de estos últimos. Propuestas como las de Bader y Taylor, que suponen diferenciar entre un *piso mínimo* de derechos y otros derechos *por encima* de ese piso mínimo pueden tener cierto sentido pragmático en algunas circunstancias. Pero no dejan de suponer una forma de discriminación al distinguir entre quienes no están sujetos a las normas y jurisidicción del grupo minoritario (y tienen, por ello, el plexo completo de derechos) y quienes sí están sujetos a esas normas y jurisdicción (y gozan solo del *piso mínimo* de derechos).

Como solución de principio, creemos que la producción normativa y el ejercicio de la jurisdicción por parte de los grupos minoritarios deben estar sometidos a los mismos estándares de derechos humanos que la producción normativa y el ejercicio de la jurisdicción por parte del Estado. En sistemas de pluralismo jurídico débil y asimétrico como los que aquí consideramos, esto significa que el Estado debería ejercer cierta tutela sobre las facultades normativas y jurisdiccionales de los grupos minoritarios para garantizar el respeto de esos derechos.

En cuanto a la producción normativa, el Estado podría someter las normas adoptadas por el grupo a cierto control *a priori* o podría garantizar el derecho de salida permitiendo que fueran los propios individuos involucrados quienes decidieran si quieren someterse al derecho del grupo minoritario o al derecho estatal común. En lo que se refiere al ejercicio de la jurisdicción, el Estado podría dar idéntico derecho de elección a los individuos en relación con el tribunal competente o podría someter las decisiones de los tribunales de los grupos minoritarios a la posibilidad de revisión por parte de los tribunales estatales.

Se trata, en cualquier caso, de soluciones de principio. No podemos descartar totalmente que, como lo sugiere Kymlicka en alguno de sus textos, bajo ciertas condiciones pueda resultar justificada una aproximación más pragmática. Esto podría darse en aquellos casos en los que la imposición lisa y llana de los estándares derechos humanos pudiera tener consecuencias negativas graves sobre la vida de las comunidades y, por ende, de los individuos que a ellas pertenecen. Se trataría, en cualquier caso, de soluciones transitorias justificadas solo por el tiempo estrictamente necesario. Además, existen ciertos derechos básicos respecto de los cuales el Estado no debería transigir ni siquiera de modo pragmático. Quizá aquí sí sean útiles las distinciones señaladas por Bader o Taylor: ni siquiera en circunstancias excepcionales deberían aceptarse, por ejemplo, la tortura o los trabajos forzados.

4. Conclusiones

En este trabajo hemos abordado la relación entre pluralismo jurídico y derechos de las minorías. En la primera parte, siguiendo los trabajos de Manuel Calvo, hemos visto el carácter estatalista de la concepción del derecho de la teoría jurídica tradicional y la exclusión consiguiente del ámbito jurídico de otros sistemas normativos. Sin detenernos en el problema de la definición de derecho, hemos advertido la conveniencia analítico-metodológica de reconocer el carácter jurídico de otros sistemas normativos, como las formas normativas y jurisdiccionales de los grupos minoritarios.

En la segunda parte del trabajo hemos pasado de la perspectiva analítica a la perspectiva normativa, para preguntarnos si resulta conveniente que el derecho estatal reconozca estas formas minoritarias de producción y aplicación normativas. Hemos señalado que este reconocimiento es propiciado por propuestas políticas multiculturales, tanto de corte liberal como comunitarista. La diferencia fundamental entre unas y otras gira en torno del problema de las opciones de salida para los miembros del grupo minoritario. Los liberales, obviamente, solo admiten (al menos como solución de principio) los derechos de producción normativa y jurisdicción que permitan las estrategias de salida. Los

comunitaristas, en cambio, son mucho más receptivos a la posibilidad de aceptar la limitación a los derechos individuales.

Por nuestra parte, nos hemos manifestado a favor de una política de reconocimiento (estatal) del pluralismo jurídico que sea respetuosa de los derechos humanos. Hemos aceptado, en cualquier caso, que se trata de una solución de principio y que ciertas circunstancias excepcionales podrían justificar que el Estado transigiera transitoriamente para evitar daños mayores.

Referencias bibliográficas

Arlettaz, Fernando. (2013). "Derechos de las minorías en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: consideraciones conceptuales", *Jurisprudence*, Vol. 20, No. 3, pp. 901-922.

Arlettaz, Fernando. (2014). "Dos modelos frente a la diversidad: igualitarismo formal y ciudadanía diferenciada", *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, Vol. 59, No. 221, pp. 201-223.

Arlettaz, Fernando. (2015). "Los derechos de las minorías ante el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas", *Reflexiones en torno a derechos humanos y grupos vulnerables*, Bogotá, Prensas de la Universidad del Rosario, pp. 101-126.

Bader, Veit. (2009). "Legal Pluralism and Differentiated Morality: Shari'a in Ontario?", en: Grillo, Ralph, Roger Ballard, Alessandro Ferrari, André J. Hoekema, Marcel Maussen y Prakash Shah (eds.) *Legal Pluralism and Cultural Diversity*, Londres/Nueva York, Routledge.

Barry, Brian. (2001). *Culture and Equality: an Egalitarian Critique of Multiculturalism*, Cambridge, Harvard University Press.

Benda-Beckmann, Franz von. (2002). "Who's Afraid of Legal ¨Pluralism?", *Journal of Legal Pluralism*, Vol. 34, No. 47, pp. 37-82.

Bengoetxea, Joxerramon. (2020). "Legal Theory and Sociology of Law", en: Přibáň, Jiří (ed.) *Research Handbook in Sociology of Law*, Cheltenham, Elgar Publishing, pp. 7-18.

Berman, Paul Schiff. (2007). "Global Legal Pluralism", *Southern California Law Review*, Vol. 80, pp. 1155-1237.

Berman, Paul Schiff. (2018). "Global Legal Pluralism as a Normative Project", *U. C. Irvine Law Review*, Vol. 8, No. 2, pp. 149-181.

Calvo García, Manuel. (1994). *Los fundamentos del método jurídico. Una revisión crítica*, Madrid, Tecnos.

Calvo García, Manuel. (2008). "Positivismo jurídico y transformaciones del derecho", en: *Estudios en homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba, Teoría y metodología del Derecho*, Vol. 2, Madrid, Dykinson, pp. 201-222.

Calvo García, Manuel. (2009). "Hacia una perspectiva sociojurídica de la teoría positivista del derecho", *Novum Jus*, Vol. 3, No. 1, pp. 7 a 34.

Calvo García, Manuel. (2010). "¿Cabe el Enfoque Socio-Jurídico en la Teoría del Derecho?", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, No. 44, pp. 371-394.

Calvo García, Manuel y Ángel Daniel Oliver-Lalana. (2016). "¿Por qué no cabe el pluralismo jurídico en la teoría del derecho estándar?", *I Congreso Internacional de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino*, Universidad de Alicante.

Calvo García, Manuel y Teresa Picontó Novales. (2017). *Introducción y perspectivas actuales de la sociología jurídica*, Barcelona, Editorial UOC.

Dalhuisen, Jan Hendrik. (2006). "Legal Orders and Their Manifestation: The Operation of the International Commercial and Financial Legal Order and Its Lex Mercatoria", *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 24, No. 1, pp. 129-191.

Ehrlich, Eugen, Juan Antonio Gómez García, José Luis Muñoz de Baena y Simón, Gregorio Robles Morchón. (2005). *Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia*, Madrid, Marcial Pons.

Fischer-Lescano, Andreas y Gunther Teubner. (2004). "Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law", *Michigan Journal of International Law*, Vol. 25, No. 4, pp. 999-1046.

Galanter, Marc. (1981). "Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law", *Journal of Pluralism and Unofficial Law*, Vol. 13, No. 19, pp. 1-47.

Griffiths, John. (1986). "What is Legal Pluralism?", *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, Vol. 18, No. 24, pp. 1-55.

Griffiths, John. (2005). "The Idea of Sociology of Law and its Relation to Law and to Sociology", *Law and Sociology: Current Legal Issues*, Oxford University Press, Vol. 8, pp. 49-68.

Henrard, Kristin. (2000). *Devising an Adequate System of Minority Protection: Individual Human Rights, Minority Rights and the Right to Self-determination*, Series International Studies in Human Rights, Volume: 62, Leiden/Boston, Brill - Nijhoff.

Henrard, Kristin (ed.). (2010). *Double Standards Pertaining to Minority Protection*, Leiden/Boston, Brill - Nijhoff.

Hooker, Michael Barry. (1975). *Legal Pluralism: An Introduction to Colonial and Neo-colonial Laws*, Oxford, Clarendon Press.

Kymlicka, Will. (1996). *Ciudadanía Multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Castells Auleda, Carme (trad.), Barcelona, Paidós. (Obra original publicada en 1995)

Kymlicka, Will. (2007). *Multicultural Odysseys*, Oxford, Oxford University Press.

Kymlicka, Will. (2008). "The Internationalization of Minority Rights", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 6, No. 1, pp. 1-32.

Kymlicka, Will. (2011). "Multicultural Citizenship within Multination States", *Ethnicities*, Vol. 11, No. 3, pp. 281-302.

Kymlicka, Will. (2018). "Liberal Multiculturalism as a Political Theory of State-Minority Relations", *Political Theory*, Vol. 46, No. 1, pp. 81-91.

Lerner, Natan. (1993). "The Evolution of Minority Rights in International Law", *Peoples and Minorities in International Law*, Londres, Martinus Nijhoff Publishers, pp. 77-101.

Merry, Sally Engle. (1988). "Legal Pluralism", *Law & Society Review*, Vol. 22, No. 5, pp. 869-896.

Pentassuglia, Gaetano. (2009). *Minority Groups and Judicial Discourse in International Law*, La Haya, Brill - Nijhoff.

Ramaga, Philip Vuciri. (1993). "The Group Concept in Minority Protection", *Human Rights Quarterly*, The Johns Hopkins University Press, Vol. 15, No. 3, pp. 575-588.

Rawls, John. (1985). "Justice as Fairness: Political not Metaphysical", *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 14, No. 3, pp. 223-51.

Rawls, John. (1987). "The Idea of an Overlapping Consensus", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 7, No. 1, pp. 1-25.

Rawls, John. (1993). *Political Liberalism*, Nueva York, Columbia University Press.

Rawls, John. (1971). *A Theory of Justice*, Cambridge, Massachusetts; Londres, Inglaterra, Harvard University Press.

Rodley, Nigel Simon. (1995). "Conceptual Problems in the Protection of Minorities: International Legal Development", *Human Rights Quarterly*, The Johns Hopkins University Press, Vol. 17, No. 1, pp. 48-71.

Rouland, Norbert, Stéphane Pierré-Caps y Jacques Poumarède. (1996). *Droit des minorités et des peuples autochtones*, París, Presses Universitaires de France.

Sandel, Michael (2005). *Public Philosophy. Essays on Morality in Politics*, Cambridge, Harvard University Press.

Shah, Prakash. (Ed.). (2007). *Law and Ethnic Plurality: Socio-legal Perspectives*, Series Immigration and Asylum Law and Policy in Europe, Volume: 13, Leiden/Boston, Brill - Nijhoff.

Shah, Prakash. (2014). "Shari'a in the West. Colonial Conscienciousness in a Context of Normative Competition", *Muslim Family Law in Western Courts*, Londres/Nueva York, Routledge.

Sharafi, Mitra. (2008). "Justice in Many Rooms since Galanter: De-romanticizing Legal Pluralism Through The Cultural Defense", *Law and Contemporary Problems*, Vol. 71, No. 2, pp. 139-146.

Sousa Santos, Boaventura de. (1977). "The Law of the Oppressed: the Construction and Reproduction of Legality in Pasargada", *Law and Society*, Vol. 12, No. 1, pp. 5-126.

Sousa Santos, Boaventura de. (2009). *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Madrid/Bogotá, Trotta/Ilsa.

Stavenhagen, Rodolfo (dir.). (1988). *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*, México, Instituto Interamericano de Derechos Humanos / El Colegio de México.

Stavenhagen, Rodolfo. (1998). "En búsqueda del nuevo derecho indígena", *Revue québécoise de droit international*, Vol. 11, No. 1, pp. 143-155.

Steiner, Henry J. (1991). "Ideals and Counter-ideals in the Struggle over Autonomy Regimes for Minorities", *Notre Dame Law Review*, Vol. 66, No. 5, pp. 1539-1560.

Tamanaha, Brian Z. (2000). "A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism", *Journal of Law and Society*, Vol. 27, No. 2, pp. 296-321.

Taylor, Charles. (1991). *The Ethics of Authenticity*, Cambridge, Harvard University Press.

Taylor, Charles. (1994). *The Politics of Recognition, Multiculturalism – Examining the Politics of Recognition*, Princeton, Princeton University Press.

Taylor, Charles. (2007). *A Secular Age*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard.

Teubner, Gunther. (2002). "Breaking Frames: Economic Globalisation and the Emergence of Lex Mercatoria", *European Journal of Social Theory*, Vol. 5, pp. 199-217.

Thio, Li-ann. (2005). *Managing Babel: The International Legal Protection of Minorities in the Twentieth Century*, La Haya, Martinus Nijhoff Publishers.

Turner, Brian Stanley y Berna Zengin Arslan. (2011). "Shari'a and Legal Pluralism in the West", *European Journal of Social Theory*, Vol. 14, No. 2, pp. 139-159.

Twining, William. (2010). "Normative and Legal Pluralism: A Global Perspective", *Duke Journal of Comparative & International Law,* Vol. 20, pp. 473-517.

Waldron, Jeremy. (2002). "One Law for All? The Logic of Cultural Accommodation", *Washington and Lee Law Review*, Vol. 59, No. 1, pp. 3-34.

Walzer, Michael. (1997). "The Politics of Difference: Statehood and Toleration in a Multicultural World", *Ratio Iuris*, Vol. 10, No. 2, pp. 165-176.

Wilkinson, Charles F. (1988). *American Indians, Time, and the Law: Native Societies in a Modern Constitutional Democracy*, New Haven, Yale University Press.

LA FORMACIÓN DE UN SUJETO ADECUADO PARA EL DERECHO RECUERDO A LA OBRA DE MANUEL CALVO GARCÍA

David Vila-Viñas[1]
ORCID: 0000-0002-5879-3897
Correo electrónico: dvila@unizar.es

Resumen

El artículo recupera la propuesta del libro de Manuel Calvo García, *La teoría de las pasiones y el dominio del hombre.* A través de él indaga en la formación del sujeto propio del Derecho contemporáneo y del régimen político subyacente. Se recorre la genealogía que el autor hace desde la filosofía moderna para componer un objeto jurídico-político que no es solo el destinatario pasivo de las obligaciones jurídicas, sino un prerrequisito para el orden jurídico-político, un punto de conexión ambivalente entre los modelos ascendentes y descendentes de ejercicio del poder. En definitiva, un cruce entre el gobierno de sí y el gobierno de los otros. En la última parte se busca dar continuidad en el presente a algunos de sus planteamientos en los contextos de hegemonía del Estado del Bienestar, del neoliberalismo y de los enfoques de la austeridad.

Palabras clave: sujeto, filosofía del derecho, Foucault, funcionalismo, Estado.

A FORMAÇÃO DE UM SUJEITO ADEQUADO PARA O DIREITO RECORDO O TRABALHO DE MANUEL CALVO GARCÍA

Resumo

Este artigo retoma a proposta do livro de Manuel Calvo García, *La teoría de las pasiones y el dominio del hombre*. Através dele, investiga a formação do tema do Direito contemporâneo e o regime político subjacente. Traça a genealogia que o autor faz da filosofia moderna para compor um objecto jurídico-político que não é apenas o destinatário

[1] PhD. en Sociología Jurídica e Instituciones Públicas por la Universidad de Zaragoza. Profesor Sustituto Interino de Filosofía del Derecho de la Universidad de Málaga.

passivo das obrigações legais, mas um pré-requisito para a ordem jurídico-política, um ponto de ligação ambivalente entre os modelos ascendentes e descendentes do exercício do poder. Em suma, uma encruzilhada entre o governo do self e o governo dos outros. Na última parte procuramos dar continuidade no presente a algumas das suas abordagens nos contextos da hegemonia do Estado Providência, do neoliberalismo e das abordagens de austeridade.

Palavras-chave: sujeito, filosofia do direito, Foucault, funcionalismo, Estado.

THE FORMATION OF AN ADEQUATE SUBJECT FOR THE RIGHT REMEMBERING THE WORK OF MANUEL CALVO GARCÍA

Abstract

The paper recovers the proposal of Manuel Calvo García's book, *La teoría de las pasiones y el dominio del hombre*. Through it, he investigates the formation of the subject of contemporary law and the underlying political regime. It traces the genealogy that from modern philosophy to compose a legal-political object that is not only the passive recipient of legal obligations, but a prerequisite for the legal-political order, a point of ambivalent connection between the ascending and descending models of the exercise of power. In short, a crossroads between the government of the self and the government of others. The last part seeks to give continuity in the present to some of his approaches in the contexts of the hegemony of the Welfare State, neoliberalism and austerity approaches.

Keywords: subject, philosophy of law, Foucault, functionalism, State.

1. Introducción

Resulta complicado abordar una obra extensa y brillante como la de Manuel Calvo García, ni en términos globales ni en relación con algún trabajo concreto, pero creo que ayuda a su recepción distinguir en su interior hasta tres bloques. El primero de ellos se refiere a la filosofía del Derecho y en él se expresó su distancia respecto a aquella de

tradición analítica y positivista, en ocasiones formalista y abstracta en exceso (Calvo García, 1986). En estos trabajos manifestaba también su interés por enfoques informales, realistas o donde simplemente la teoría social ocupa un papel predominante entre los fundamentos principales del Derecho (Calvo García, 1994, 2001, 2008 y 2010). El segundo se refiere a las transformaciones del Derecho contemporáneo, fruto del devenir social del mismo y centrado en las mutaciones de las formas jurídicas y las instituciones públicas respecto a temas clave como la seguridad, el riesgo, el control social o los derechos sociales (Calvo García, 1993, 2014 y 2016). El tercero de ellos se refiere, por último, a investigaciones con un notable sustento empírico en campos donde se estaban actualizando esas transformaciones, sea para evaluar la situación que permitiría orientar una nueva norma, como en las reformas en materia de persecución de la violencia de género (Calvo García, 2003 y 2006), sea al hilo de la implementación de innovaciones legislativas, como en materia de igualdad entre mujeres y hombres (Calvo García y Picontó, 2014).

A buen seguro, este último perfil ha sido el más conocido durante las últimas décadas, debido a la relevancia de tales investigaciones en la configuración de la respuesta jurídica ante la violencia de género (Gracia Ibáñez, 2021) o en la formación del Poder Judicial en materia de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Ello ha ocurrido con el mérito añadido de las dificultades de financiación y gestión, así como de reconocimiento académico, de la investigación socio-jurídica de base empírica en el sistema universitario español. En cualquier caso, lo que interesa aquí es situarnos en algunos de los antecedentes teóricos de estas perspectivas, que constituyen a su vez el fundamento del giro de Manuel Calvo respecto a la concepción del Derecho y a la mirada científica sobre el mismo. Aunque tal trayectoria podría exponerse también a partir de otros trabajos, entre los citados y los omitidos, en este artículo se va a partir de la monografía *La teoría de las pasiones y el dominio del hombre: genealogía de la hermenéutica moderna del control social* (Calvo García, 1989) para ilustrar algunos problemas y enfoques teóricos que han sido constantes en su obra, que se sumó a otras formulaciones pioneras sobre el tema en la filosofía del Derecho en castellano (Serrano González, 1986) y que siguen siendo pertinentes para entender el Derecho contemporáneo.

En síntesis, esta obra aborda los antecedentes filosóficos de la formación del sujeto humano durante la modernidad como una de las premisas del orden jurídico-político contemporáneo. Sin embargo, estos contenidos forman parte de una indagación más amplia sobre las razones y los mecanismos implicados en la eficacia del Derecho. Se trata de una cuestión largo tiempo eludida por muchos enfoques positivistas del Derecho, interesados sobre todo en la forma y el contenido de la norma, así como en la interpretación operativa de los distintos decisores jurídicos. En contraste, Calvo comprendió que el Derecho contemporáneo, una vez se ha producido una relativa des-transcendentalización del poder soberano (Foucault, 2008), ha desplazado también su campo de fundamentación desde esos enfoques transcendentales a otros inmanentes, sobre todo de corte utilitarista. Dentro de tales enfoques el Derecho existe, en buena medida, por su capacidad de racionalizar y responder a determinados problemas que se producen en la escala de la realidad social. Es decir, existe en razón de su eficacia.

El conjunto de problemas ante los que el Derecho debe desplegar de forma eficaz sus funciones (Atienza Rodríguez, 2014) es extenso y complejo en sus posibles formulaciones pero uno decisivo se refiere a la paz, la seguridad o el orden, según como se enuncie este asunto en cada momento. El Derecho siempre puede tratar de racionalizar, dar cauce y, por lo tanto, dotar de mayor eficacia a la acción del soberano o del gobierno en el mantenimiento del orden. Sin embargo, para ello, conviene que tenga en cuenta las fuentes de su puesta en riesgo y que identifique y aísle las relaciones sociales que afectan a esa seguridad. Tal hilo nos llevará a una cuestión más compleja que la relativa a cómo el poder soberano puede emitir obligaciones, amenazas y coacciones que mantengan la paz en los términos que ha definido. Cuando el problema se orienta, más bien, a cómo puede asegurarse que la mayor parte de los procesos de socialización terminarán en una aceptación y seguimiento de las normas, como corresponde al objetivo del control social (Bergalli, 1992), la cuestión se amplía y ya no se sitúa tanto en el gobierno como en los gobernados, en cómo puede configurarse en esa dirección el campo de acción de los otros (Foucault, 2008).

A esta cuestión se enfrenta el Derecho; en tal plano debe ser eficaz. Para ello no basta con preocuparse por el contenido de las obligaciones jurídicas. Los enfoques socio-jurídicos han mostrado, por una parte, que los enunciados normativos pueden actualizarse en la práctica de diferentes maneras. Las normas pueden cumplirse o incumplirse totalmente pero también de forma parcial. Una parte de la sociedad puede cumplirlas con convencimiento mientras que otra, hacerlo solo cuando siente una probabilidad alta de ser detectada y sancionada. También cabe que una proporción de sus destinatarios desconozcan el contenido de esa norma o que, queriendo cumplirla, ello les resulte imposible o muy difícil. Por otra parte, las normas no se aplican a situaciones concretas de manera automática y no conviene presumir que la relación de los operadores jurídicos y sociales que las aplican sea con ellas menos compleja que la que tiene el conjunto de la ciudadanía.

En todo caso y para volver a nuestra monografía de referencia, subrayaré que el problema que enfrenta aquí Manuel Calvo parte de dos desplazamientos. El primero abandona algo la cuestión de por qué sus destinatarios deben obedecer o no los mandatos jurídicos. Le interesa más, en cambio, por qué lo hacen y sobre todo, cómo lo hacen, cómo es más frecuente una u otra relación con esos mandatos. El segundo enfoca esta cuestión más allá del contenido de las obligaciones jurídicas e incluye un elemento que se daba por supuesto: la propia condición de sus destinatarios. Al comprenderse de manera tradicional el Derecho como una expresión descendente y unilateral del poder soberano, su funcionamiento se suele proyectar sobre las poblaciones destinatarias como sobre una superficie plana y pasiva, presupuesta a las normas. En este libro, Calvo advirtió el problema de haber eliminado al sujeto como categoría analítica en la comprensión del Derecho y remitió a la filosofía moderna para indagar en el impacto que la cuestión tenía sobre la comprensión contemporánea del control social. En contraste con el positivismo jurídico, la mejor teoría social disponible había identificado que la clave del orden residía en el grado de interiorización de las normas sociales[2], que se convertía en verdadero presupuesto de la organización social: “La organización simbólica de la cohesión social reproduce la realidad racionalizándola y, desde el momento en que es capaz de

[2] Cabe identificar esta premisa en la sociología durkheimiana, en la psicología social funcionalista de Mead o en la psicopedagogía piagetista (Calvo García, 1989).

superponerse sobre una matriz específica de formas de vida, cobra una eficacia propia" (Calvo García, 1989: 9).

En último término, esa internalización exigía la formación de un plano subjetivo que resulta ambivalente. Por una parte, las prácticas de exclusión y de subordinación se fundamentan en una desigualdad esencial que de un modo u otro pretende sostenerse sobre la existencia de sujetos que no son tales, que lo son solo en contraste con un otro acabado que los constituyen (Butler, 2004). De ahí que las demandas de reconocimiento se dirijan a problematizar esas "condiciones normativas de reconocibilidad" (Butler, 2010: 17) y supongan la premisa de otras reivindicaciones jurídico-políticas (Butler y Fraser, 2017). Sin embargo y por otra parte, la determinación de un sujeto, a la manera de la abstracción del individuo moderno, constituye una delimitación relativamente concreta y cerrada de los modos de subjetivación posibles. Constituyen una sujeción (Foucault, 2005), que es la premisa de la concepción y del despliegue de las estrategias de gobierno contemporáneas (Vila-Viñas, 2014).

2. Genealogía del sujeto moderno del Derecho

2.1. La antropología renacentista como origen del sujeto del Derecho

En la especificación del sujeto como uno de los elementos clave para la conservación de la paz, Calvo señala el rol esencial que desempeña la antropología moderna. Ésta se desarrolla sobre un trasfondo estoico pero también naturalista y supone un proceso de humanización del mundo, donde el hombre[3] se convierte en fundamento y medida de todas las cosas (Calvo García, 1989).

El sustrato estoico de estos enfoques proviene de postular la creación del sujeto como un proceso que no acontece de manera espontánea, sino que supone una verdadera tarea a practicar sobre sí, a través del auto-conocimiento y de un conjunto de ejercicios,

[3] Tanto el título del libro en el que me centraré como los tratados de la época hacen referencia al "hombre" como individuación de lo humano. Aunque esto infringe los estándares contemporáneos de igualdad, conviene mantener la expresión por fidelidad con los textos originales y para hacer evidente su concepción androcéntrica. En cualquier caso, se aconseja leer la expresión desde esta perspectiva.

como el examen de conciencia o el control del cuerpo (Foucault, 2005)[4], que permiten al yo conquistar su autonomía. Dicho dominio de sí debe imponerse a las pasiones y a los afectos que, sin contrapeso, lo definirían y conducirían conforme a fuerzas exteriores, a las normas de otros. Es decir, auto-conocimiento, reflexividad y responsabilización del propio destino frente a los modelos de la fatalidad y los designios superiores o ajenos.

Sin embargo, Calvo (1989) subraya que no cabe asimilar este estoicismo con el clásico porque este último ha pasado por el filtro del naturalismo. La mirada naturalista sobre el sujeto introduce así algunas diferencias. En primer lugar, la acción de gobierno no puede ser una fuerza alienígena, externa a los principios y reglas de la naturaleza humana, sino que debe basarse en las mismas. Para ello conviene conocerlas en el presente y a partir de la propia "experiencia" (Maquiavelo, 2014; Foucault, 2005) o, como indica Hobbes (1980: 4), "la sabiduría se adquiere no ya leyendo en los libros, sino en los hombres". En segundo lugar, el conocimiento se des-transcendentaliza: se tratará menos de conocer qué son las cosas en esencia y más de conocer cómo funcionan en esa realidad prevalente de lo natural (Calvo García 1989). Y, en tercer lugar, si la naturaleza es la referencia del mundo, carece de sentido orientar al sujeto en su contra.

Por lo tanto y a diferencia del estoicismo clásico, la localización del mal no es interior, ni las pasiones y afectos son siempre su fuente. Estos se empiezan a conceptualizar como impulsos psicofísicos naturales, cuyo efecto es ambivalente (Vives, 2019). Una consecuencia de este paso desde la neutralización de las pasiones a la propuesta de cabalgarlas, negociar con su existencia y aprovechar su fuerza natural es que introduce una racionalidad de cálculo que nos permite reconocer el sentido último de cada afecto y valorar en cada caso cómo modularlo (Calvo García, 1989). Aunque sean "ímpetus naturales", no dejan de constituir un peligro si son desmesurados, sea porque no tienen el freno eficaz de la razón (Vives, 2019), sea (y esta es una novedad importante) porque no se han distribuido de tal modo que puedan compensarse unos con otros conforme a una buena

[4] Nótese que, para el filósofo francés, la singularidad estoica no reside tanto en las técnicas de auto-conocimiento, que compartía con otros planteamientos, como el platonismo y parte del cristianismo, sino en el hacer sobre sí. Esto es coherente con la relevancia que Foucault otorga a las *tecnologías del yo* como base de la actividad de sujeción.

"mecánica del alma" (Calvo García, 1989). A partir de aquí, cabe empezar a pensar en delimitar un canon del alma, a cuyo contraste podamos identificar el exceso en las pasiones y elaborar una estrategia de auto-trabajo y sociabilidad que nos permita gobernarlas *ad hoc* e incluso mejorar nuestra disposición natural para ello. A este respecto, Calvo (1989) remite a la obra de Bernardino Telesio.

Este giro ya debería dar pistas de que la orientación naturalista en cuestión no es por completo inmanente ni en ella predomina el empirismo. La razón sigue vigilando y enjuiciando las pasiones (Calvo García, 1989)[5]. Se establece así una división dentro de la naturaleza humana que opera aún hoy en la conformación del sujeto. Sobre la primera naturaleza humana, de carácter pasional e impulsivo, emerge una segunda dimensión de lo humano, la racional, que también es natural porque es compartida por todos pero que no se despliega de la misma manera que la primera. Por una parte, esta naturalización de la razón permite conciliar la tensión entre lo natural y lo artificioso (Calvo García, 1989) pero, por otra, el funcionamiento último de la razón es de carácter normativo: *debe* existir en todos con esa capacidad de gobierno de las pasiones pero ello no es indefectible. Hasta el momento, todas las personas estaban igualadas por la falta y la caída en la pasión. Desde ahora, todas lo están por su capacidad racional pero solo algunas desarrollarán tal capacidad de aprovechar las pasiones conformes con ese canon del alma, suprimir las otras y mejorar su disposición hacia todas. De hecho, la ausencia, mala fe o desidia en desarrollar estas tareas de auto-dominio será el título de una intervención coactiva externa sobre las pasiones del hombre. Tal es el fundamento del despotismo (Valverde, 1996) y de los modelos de intervención externa sobre el sujeto.

Al hacer la genealogía del sujeto del Derecho contemporáneo, un aspecto interesante es que estas discusiones se producen al tiempo que aumenta la legitimidad de las formas políticas organizadas en torno a la forma-Estado para regular la vida social (Calvo García, 1989). Existe una conexión entre cómo se entiende la naturaleza humana y cuál sea el rol que debe desempeñar el poder político organizado. Si se adopta un enfoque

[5] El autor refiere aquí el peso que los enfoques estoicos clásicos siguen teniendo, por ejemplo, en el tratado de Pierre Carron, "La sabiduría", publicado a inicios del siglo XVII.

pesimista sobre la capacidad de auto-dominio del hombre y de sus capacidades sociales, se impone la necesidad de un poder político que, desde arriba hacia abajo, imponga a todos las obligaciones morales que su razón individual no es capaz de auto-imponerse. Para Maravall (1981) ésta es la concepción hegemónica del hombre en el Barroco, de cuya concepción el pensamiento hobbesiano sería una buena síntesis. En cambio, si se entiende que es posible, incluso probable conforme a la naturaleza humana, que al menos una proporción significativa de estos hombres se rija conforme a los criterios de la razón en una proporción también significativa de sus vidas, la intervención desde arriba se podrá concentrar solo sobre aquellos incapaces de conocer la verdad sobre la naturaleza humana y de gobernar sus pasiones (Calvo García, 1989).

El liberalismo entronca con la antropología moderna a partir de esa premisa optimista pero no conviene confundir su planteamiento con una ausencia de intervención, sino con un desplazamiento del enfoque de la misma. En primer lugar, las explicaciones de los problemas derivados del conflicto social se redirigen hacia las responsabilidades del individuo, cuyos defectos son los que se manifiestan después en esos problemas sociales agregados. La prioridad es el cambio en este orden individual, más que en el social[6]. No hay así un antagonismo entre los valores individuales y sociales, sino una agonía, un involucramiento constante de ambos (Calvo García, 1989). En segundo lugar, se especifica el objeto empírico de la conducta, como el acumulado de las acciones libres y responsables del individuo. Será el examen de la conducta y no otras consideraciones interiores o imposibles de positivizar las que centrarán el juicio sobre la responsabilidad. Es decir, se pasa del hombre bueno o malo a la buena o mala conducta (Calvo García, 1989). Y, en tercer lugar, se va a priorizar el trabajo sobre el hombre con el objetivo de constituir un verdadero sujeto autónomo. La actividad de modulación del sujeto, esa compleja adquisición de conocimientos pero también de hábitos que se conocerá como educación, se convierte en una prioridad política porque es el punto de acceso y transformación de un sujeto que, como sujeto libre, es susceptible de mejora (Calvo García, 1989).

[6] Estos planteamientos tienen eco hoy en los enfoques de austeridad, cuando, impedidos de realizar intervenciones políticas expansivas en el orden social, los poderes públicos concentran sus objetivos en la transformación de valores morales, estilos de vida o conductas muy concretas.

2.2. La paz y el sujeto

Parte de esta preocupación por el sujeto se debe a su relevancia para el orden político y social, en particular para el problema del aseguramiento de la paz, preocupación de fondo de muchas de las obras que recupera Calvo. El humanismo establece una conexión entre la paz exterior (una cierta seguridad en las esferas política y social) y la paz interior (esa evocación estoica a la estabilidad y el dominio de sí). Solo un cuerpo social en el que la razón es capaz de garantizar la paz en el interior de los sujetos es capaz de ofrecer cierta seguridad en la escala sistémica (Calvo García, 1989). Una vez se establece esta conexión, se puede pensar en un funcionamiento del poder de carácter ascendente (Calvo García, 1989) el gobierno y el Derecho eficaz no proceden de un despliegue vertical y hacia abajo del poder del soberano, sino, a la inversa, de la suma de la capacidad de auto-gobierno de los gobernados.

Frente a esta concepción, las fundamentaciones descendentes del poder no desprecian el plano del sujeto, sino que desconfían de que el número suficiente de los mismos sea capaz de auto-gobernarse conforme a su propia razón. Por ello se plantea la necesidad de imponer desde arriba una *ratio civilitatis*. Esto no prejuzga el contenido último de esa estrategia. Puede pasar por alienar a favor del soberano casi todos los atributos de lo humano, como es el modelo hobbesiano y las "hipótesis de las servidumbre voluntaria" (Royo Fraguas, n.d.)[7]. Puede configurarse también al estilo de la imaginación utópica moderna (género relevante en la modernidad para la formación de la imaginación política contemporánea), en la que se observa una idealización, o al menos una especulación, que no se centra en una mejor naturaleza del hombre, sino en una perfección de las instituciones del Estado y de su capacidad para irradiar su razón hacia el resto de las escalas (Calvo García, 1989).

Conviene, no obstante, evitar la tentación de realizar una distinción demasiado estricta. Cuando, en el modelo descendente, se habla del auto-gobierno de la razón no se

[7] Nótese que la autonomía suficiente para gestionar el yo como un conjunto de bienes privados susceptibles de enajenación se encuentra en tensión con la incapacidad de dominio de sí que legitima la intervención descendente, como denunciará el pensamiento ilustrado.

hace en alusión a una razón enteramente autónoma, sino ajustada, primero, a la naturaleza humana, que como se vio no ha dejado de ser del todo trascendente, y, segundo, penetrada por la *ratio civilitatis* emanada del poder soberano. Es decir, en el vínculo y la proyección hacia el interior de los objetivos de paz, seguridad u orden, se sigue una línea ascendente que liga el dominio de sí con el orden social, pero a la vez, el contenido de ese dominio de sí, de la razón que lo guía, tiene una procedencia exterior y una trayectoria descendente. El control interno se alimenta desde fuera y, al tiempo, le sirve de premisa (Calvo García, 1989).

2.3. La abstracción del sujeto

Este proceso de humanización de la vida social y del ejercicio del poder tiene una evolución particular hasta conformar el panorama de funcionamiento del Derecho del siglo XX. Calvo encuadra el capítulo quinto de *Las pasiones*, relativo al control de la conducta humana, remitiendo a Spinoza y, en definitiva, a un análisis del Derecho menos centrado en el contenido de la obligación (lo que debería hacerse) que en las razones de la obediencia (por qué se hace lo que se hace):

> (...) para que se entienda correctamente hasta dónde se extiende el derecho y el poder del Estado hay que señalar que la potestad del Estado no consiste exclusivamente en que puede forzar a los hombres por el miedo, sino en todos aquellos recursos que hacen que los hombres acaten sus órdenes (…) la obediencia no se refiere tanto a la acción externa, como a la acción anímica interna. De ahí que quien está más sometido a otro es quien decide con toda su alma obedecerle en todos sus preceptos; y por lo mismo, quien tiene la máxima autoridad es aquel que reina sobre el ánimo de sus súbditos (Spinoza, 1986: 351).

En el siglo XVII el enfoque racionalista de lo humano ya es dominante, desde Descartes a Hobbes, en su primera mitad, hasta Locke y Spinoza, en su segunda. En *Las pasiones del alma*, Descartes (2005) integra las prácticas de subjetivación de los tratados prácticos del siglo XVI en sus avances epistemológicos. El resultado es optimista en cuanto a las posibilidades de dominar las pasiones, sobre todo a través del elemento clave de la *voluntad*, donde descansa la dignidad de lo humano. Todo ello no se consigue solo a partir

de las potencias del alma, sino también de las capacidades procedentes del cuerpo (Calvo García, 1989).

En este dominio descansa la principal dificultad para el sujeto. Si se desciende a los detalles de este problema, se puede observar un giro importante en el tratamiento del control racional de las pasiones que se acrecentará en el liberalismo. El poder de la voluntad es limitado: no puede gobernar las pasiones de forma automática ni éstas pueden ser excitadas o suprimidas por la acción directa de la voluntad (Calvo García, 1989). Ello nos devuelve a dos terrenos ya conocidos. El del cálculo, en el que la voluntad debe elaborar una estrategia y esperar su oportunidad. Y el de la intervención indirecta, donde vuelven a ganar peso todas las prácticas de subjetivación, desde el auto-conocimiento a determinados ejercicios sobre sí mismos. La voluntad no puede ser eficaz si interviene sólo de manera abrupta y directa: necesita desarrollar un *hábito*, un impulso casi instintivo, muy interiorizado, que aúna el origen intelectual de la voluntad con los estímulos y las potencias corporales (Calvo García, 1989. No es difícil reconocer aquí antecedentes de la disciplina foucaultiana (Foucault, 1978).

Esta voluntad pertenece cada vez menos al terreno de una fuerza racional pero externa a la composición natural del sujeto y más al de una fuerza interna, potente en cuanto se ha desarrollado de manera inmanente en el individuo. Así, en el liberalismo de Locke, las pasiones ya no son lo otro-natural a reprimir, sino una fuente de poder para la voluntad y el desarrollo del hábito, dado que el deseo es causa de la voluntad, es "el malestar que un hombre encuentra en sí mismo con motivo de la ausencia de cualquier cosa cuya presencia le hace gozar" (Locke, 1959: 6).

Spinoza aportaría, por su parte, mayor intensidad a este desplazamiento. Se muestra crítico con las posibilidades de la razón para controlar a las pasiones, por su orientación anti-naturalista, pero más optimista en cuanto al valor y potencial de los afectos para ello. Aunque se trate de especificar un plano subjetivo, de ello no se sigue que el sujeto esté aislado de su contexto y relaciones. Si se tiene en cuenta esa complejidad de afecciones cruzadas entre los distintos sujetos, se entiende bien la imposibilidad del

proyecto cartesiano de controlar los afectos a través de la razón del individuo. Como el cuerpo requiere de otros muchos cuerpos para conservarse, el *conatus* humano, en cuanto esfuerzo de cada cosa por perseverar en su ser, tendería a la apertura a ser afectado por otros muchos cuerpos. El Estado tendría así una razón natural, fruto de su utilidad para garantizar la mejor afectación posible entre los cuerpos (Calvo García, 1989).

Tal como indiqué arriba, en este punto se combinan los enfoques descendentes y ascendentes del poder. El Estado ejerce un poder hacia abajo para crear las fuerzas capaces de suprimir los afectos inadecuados pero el objetivo de todo ello es asegurar la dinámica ascendente, la capacidad de los cuerpos de alcanzar una posición más coherente con su propia naturaleza y desplegarse desde ella. Por eso la acción del Estado se refiere menos a una coacción exterior que a una "acción anímica interna" (Calvo García, 1989). En este sentido, la spinozista es una posición mixta entre el optimismo liberal y el pesimismo hobbesiano. Desde esta última perspectiva, el conocimiento sobre lo humano arrojaría un resultado mucho menos optimista respecto a la eficacia atribuible al autocontrol. Lo naturalista, en este caso, es conocer los límites de la razón, no tanto en cuanto que descubrir las leyes naturales que conducirían a la paz, sino a que pueda seguirlas en el control que deben imponer a las pasiones para llevarse a efecto (Calvo García, 1989). De ahí que la prescripción hobbesiana sea la de un orden político capaz de ayudar a la razón individual proporcionándole un temor compartido por todos los humanos, un incentivo basado en el miedo y derivado del orden coactivo superior. Se trata así también de un esquema político dirigido a afectar a los sujetos gobernados, y que por lo tanto los considera un elemento clave y específico dentro de su programa, pero a través de una motivación externa que pueda dirigir a la voluntad interior ante sus deficiencias (Calvo García, 1989).

Reitero, en todo caso, que la relevancia que se suele conceder al poder soberano y su acción exterior no deben soslayar la que adquiere, como premisa de ese despliegue, la formación del "hombre abstracto" y los motivos de su obediencia:

> A medida que se desarrollan, las fundamentaciones del orden social moderno no sólo dependen cada vez más de la hipótesis teórica del *hombre abstracto* para su legitimación; sino que proyectan esta imagen como el arquetipo a partir del cual se

> articula el valor normativo de los mecanismos de control social cuya finalidad es determinar y medir la conducta de hombres concretos (Calvo García, 1989: 148).

3. Devenir laico del poder y nuevos horizontes para el siglo XXI

Volvamos al problema original. ¿Por qué el Derecho se obedece en la mayor parte de las ocasiones sin que exista la seguridad de una coacción en caso contrario ni tampoco un beneficio inmediato? ¿Por qué, en el cruce de una miríada de conflictos y líneas de desigualdad, la sociedad se rige con una cierta estabilidad en términos de conservación del *status quo* y previsibilidad de las acciones de los gobernados? Junto con otras miradas a finales del siglo XX, Manuel Calvo indagó en un elemento que en principio era exterior al Derecho, el sujeto que lo recibe, y exploró la genealogía de la especificación del sujeto moderno. Así se pudo delimitar un destinatario del Derecho con entidad propia pero también un creador primario del orden socio-jurídico.

En el siglo XX todo ello ya tenía una formulación estructurada en el funcionalismo parsoniano, centrado en el funcionamiento "consensual" del poder. Este enfoque "define el poder como un conjunto de mecanismos o de medios que instauran un sistema de relaciones dentro del cual ciertos compromisos se aceptan como obligatorios" (Calvo García, 1989: 95). Sin embargo, el énfasis que hace en la dimensión consensual de las relaciones de poder no ofrece un espacio adecuado a la transcendencia y coercibilidad en el funcionamiento del poder. Su interiorización es efectivamente condición de posibilidad para su ejercicio y el plano en el que despliega sus técnicas y efectos pero la sincronización del yo del siglo XX con una serie de objetivos y deseos no se puede explicar sólo desde la perspectiva de la autonomía y el consenso.

Frente a esta tensión, la virtud foucaultiana fue no separar poder-coacción de autonomía-libertad, sino comprender la relación de poder como una relación de libertad pero una libertad instada y delimitada dentro de un conjunto de relaciones de poder desiguales. En esta filosofía, el sujeto emerge con una naturaleza ambivalente. Por una parte, es un campo de libertad en cierto sentido irreductible, capaz de afectar y afectarse

mediante movimientos de subjetivación que son un verdadero arte del yo. Por otra parte, un punto de anclaje imprescindible para las relaciones de poder heterónomas, una premisa que *sujeta* dentro de un campo de posibilidades relativamente estrecho. Tal sería el campo de fuerzas en que emerge el sujeto:

> En el vínculo y la proyección hacia el interior de los objetivos de paz, seguridad u orden, se sigue una línea ascendente que liga el dominio de sí hacia con el orden social, pero a la vez, el contenido de ese dominio de sí, de la razón que lo guía, tiene una procedencia exterior y una trayectoria descendente. El control interno se alimenta desde fuera y, al tiempo, le sirve de premisa (Calvo García, 1989: 115-116).

Este es el final del recorrido que hace el libro en su intento de introducir al sujeto en las respuestas a la cuestión sobre la eficacia del Derecho y las premisas efectivas de un poder soberano que se presumía, erróneamente, solo operaba de forma descendente y proyectándose sobre un cuerpo social inerte. El siguiente hito en esta investigación sería el estudio de las formas estatales que sostienen este viaje de ida y vuelta entre el sujeto y la norma. A este respecto, las formas estatales viven una auténtica revolución en la segunda mitad del siglo XX y las primeras décadas del XXI, que arroja una situación muy distinta al predominio del Estado soberano y su expresión jurídica general, formalista y abstracta. En *La teoría de las pasiones*, Calvo (1989) ya advierte que existe un desajuste entre las metáforas normativas del Estado y el funcionamiento real del poder en su interior, manifestado en las prácticas concretas de sus agentes y dispositivos. Parte del trabajo de las siguientes décadas (Calvo García, 2014 y 2016) bien puede interpretarse como una exploración científica de esa brecha.

Por mi parte, y para terminar, quería apuntar algunos caminos que siguen abiertos en este proyecto de indagación sobre el sujeto, como premisa, como resultado y como agente de la acción de gobierno. Desde esta perspectiva, el Estado del Bienestar combinó una gubermentalidad liberal, que incluía el fomento de un determinado tipo de sujeto productivo y la protección de ciertas trayectorias de vida. El dominio de sí del varón adulto occidental era la premisa para la efectividad del proyecto de las sociedades disciplinarias pero también para ejercer un dominio análogo en el plano de la reproducción social y de las relaciones coloniales (Foucault, 2008; Donzelot, 1998; Rivera, 2018). El equilibrio

welfarista producía, en los estratos normalizados de las sociedades industrializadas, un excedente que fue poniendo en jaque la efectividad de los procesos de normalización y reproducción de la estabilidad social (Boltanski y Chiapello, 2002).

¿Qué estrategias de sujeción elaboró el neoliberalismo para conservar el equilibrio de gobierno ante la proliferación de subjetividades excedentarias en la segunda mitad del XX? Tanto la sujeción liberal clásica como la welfarista se basaban sobre una cierta bifurcación del sujeto público-productivo y del privado-reproductivo. La formación de un sujeto adulto autónomo hipersocializado o integrado, en términos funcionalistas (Calvo García, 2001) era el prerrequisito de su incorporación a los procesos productivos y a las dinámicas de crecimiento, el medidor más fiel en el siglo XX de las nociones modernas de paz y seguridad (Foucault, 2008).

Sin embargo, cuando se señalaba que tal incorporación se trataba de una subsunción formal del sujeto bajo las formas de producción capitalistas (Hardt y Negri, 2005) se subrayaba que esa incorporación pretendía prescindir de la subjetividad concreta del individuo y hacerlo operar de manera análoga a otros recursos productivos durante parte de su tiempo. Aunque las actividades que se subordinaban al dejarlas fuera de ese proceso, como actividades "solo" reproductivas, fueran imprescindibles para este ciclo de sujeción-socialización y su realización implicara una forma específica de sujeción, Esta subordinación ha sido, de hecho, foco de crítica del feminismo desde la segunda mitad del siglo XX, en particular en los momentos en que esta bifurcación se agudizó y la conservación de la paz exigió una re-domesticación y re-sujeción femenina (Friedan, 2009).

Así pues, la citada bifurcación resultaba imprescindible para entender y estructurar las estrategias de sujeción. El giro neoliberal supuso a este respecto un intento de extender las lógicas de la "producción" y del mercado a los terrenos antes "exteriores", como la vida privada-familiar o las instituciones públicas, y de generar beneficios en interés de las minorías capaces de orientar los procesos de valorización de esas actividades antes consideradas reproductivas o excedentarias. Los conceptos delimitados en las últimas décadas en torno a la generalización de la subjetividad empresarial a escala del sujeto

(Foucault, 2007; Lazzarato, 2013) o a su precarización como estrategia constitutiva (Lorey, 2016), se producen en el contexto de una subsunción ahora real de toda la vida como trabajo o fuerza productiva (Read, 2009). En cualquier caso y aunque el contenido del orden y de la dirección que el sujeto debe darse a sí mismo haya variado, la conexión entre la paz exterior y la interior, entre el gobierno de sí y el gobierno de los otros sigue operando como un principio fundamental de la pragmática del poder contemporáneo.

A estas alturas del siglo XXI, los cambios en la sujeción neoliberal son bien conocidos aunque no sea tan frecuente como se hizo en *Las pasiones del hombre*, en la década de 1980, trasladar esta preocupación desde los ámbitos culturales o éticos a la matriz de la política y de nuestro orden socio-jurídico. Sin embargo, la evolución de esta relación entre los órdenes interno y externo no se ha detenido en esa innovación.

La crisis del capitalismo financiero desatada en 2008 impulsó un cambio de estrategia para la conservación del *status quo*. Aunque el enfoque de austeridad insistió en algunos procesos liberales de mercantilización o privatización, introdujo un giro importante. La austeridad es una reacción a la excedencia mórbida: al crecimiento anatocínico de la deuda como reverso de un exceso de gasto público y privado; a la presunción de una progresión infinita del PIB y de los estándares de vida generación tras generación; al sujeto que, en definitiva, no supo modular un deseo cuya incitación, no puede dejar de señalarse, era la seña de identidad de la subjetivación neoliberal. La sujeción propia de la deuda (Graeber, 2012; Stimilli, 2020) y de la austeridad (Blyth, 2014) traza una línea ambivalente de continuidad y de ruptura de los hilos optimistas y pesimistas del dominio de sí como base del control social. En esta penumbra que buscamos aclarar día a día, se echará de menos la luz que hubiera arrojado Manuel Calvo. Aprovechemos, en cambio, las pistas que ayudó a abrir y que quizá sean algunos de los elementos menos conocidos de su obra.

4. Conclusiones

A través de este repaso he querido recuperar una obra en apariencia singular y temprana en la trayectoria de Manuel Calvo y ponerla en conexión con las partes más conocidas de sus trabajos de investigación. Uno de los elementos que vincula tales extremos es la pregunta por el funcionamiento de las relaciones jurídicas como relaciones de poder, en las que el contenido de la obligación jurídica es uno entre muchos elementos en su capacidad explicativa de cuestiones tan persistentes como el cambio social, la obediencia al Derecho o la efectividad de las políticas públicas. Para ello Manuel Calvo inició una genealogía del sujeto contemporáneo que se hundió hasta la filosofía política y la antropología modernas. Allí situó el primer punto de la configuración de un sujeto con la aspiración de tener capacidad de dominio de sí para hacer efectivas a esa escala las obligaciones jurídico-políticas, una vez interiorizadas, y ser tanto la premisa como el campo de batalla de las relaciones de poder en distintas escalas. Hoy buscamos dar continuidad a esos análisis.

Referencias bibliográficas

Atienza Rodríguez, Manuel. (2014). "¿Qué significa 'función social del Derecho'", *El sentido del Derecho*, Barcelona, Ariel.

Bergalli, Roberto. (1992). "Control social: Sus orígenes conceptuales y usos instrumentales", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, No. 2, pp. 173-184.

Blyth, Mark. (2014). *Austeridad. Historia de una idea peligrosa*, Tomás Fernández Aúz y Beatriz Eguibar (trads.), Barcelona, Crítica.

Boltanski, Luc, y Eve Chiapello. (2002). *El nuevo espíritu del capitalismo*, Marisa Pérez Colina y Raúl Sanchez Cedillo (trads.), Madrid, Akal.

Butler, Judith. (2004). *Precarious Life: The Powers of Mourning and Violence*, London, Verso.

Butler, Judith. (2010). "Introducción: vida precaria, vida digna de duelo", *Marcos de guerra : las vidas lloradas*, Bernardo Moreno Carillo (trad.), Barcelona, Paidós.

Butler, Judith y Nancy Fraser. (2017).*¿Reconocimiento o redistribución? Un debate entre marxismo y feminismo*, Marta Malo de Molina Bodelón y Cristina Vega Solís (trads.), Madrid, Traficantes de Sueños, New Left Review.

Calvo García, Manuel. (1986). "La voluntad del legislador: Genealogía de una ficción hermenéutica", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 3, pp. 113-127. Recuperado de: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/la-volutad-del-legislador-genealoga-de-una-ficcin-hermenutica-0/>. Fecha de consulta: 19 de julio de 2021.

Calvo García, Manuel. (1989). *La teoría de las pasiones y el dominio del hombre: genealogía de la hermenéutica moderna del control social*, Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza.

Calvo García, Manuel. (1993). "La protección del menor y sus derechos", *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Vol. 1, No. 2, pp. 177-200.

Calvo García, Manuel. (1994). *Los fundamentos del método jurídico : una revisión crítica*, Madrid, Tecnos.

Calvo García, Manuel. (2001). "Poder, fuerza e integración social en la teoría sociológica de Talcott Parsons", en: García Amado, Juan Antonio (org.) *El derecho en la teoría social: Diálogo con catorce propuestas actuales*, Madrid, Dykinson, pp. 95-126.

Calvo García, Manuel (org.). (2003). *El tratamiento de la Violencia de Género en la Administración de Justicia*, Madrid, Centro de Documentación del Consejo General del Poder Judicial. Recuperado de: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/ca/Temes/Funcionament-dels-Tribunals/Percepcion-social-de-la-justicia/El-tratamiento-de-la-violencia-domestica-en-la-administracion-de-justicia>. Fecha de consulta: 19 de julio de 2021.

Calvo García, Manuel. (2006). "Análisis socio-jurídico de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género", *Trabajo. Revista iberoamericana de relaciones laborales*, No. 17, pp. 105-31.

Calvo García, Manuel. (2008). "Positivismo jurídico y transformaciones del derecho", *Teoría y metodología del Derecho. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Vol. 2, Madrid, Dykinson.

Calvo García, Manuel. (2010). "¿Cabe el enfoque sociojurídico en la teoría del derecho?", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Vol. 44, pp. 371-94.

Calvo García, Manuel. (2014). "La reforma "anunciada" de la Ley de Seguridad Ciudadana: un nuevo giro de tuerca a la reforma de los derechos", en: Betrán, Raúl Susín y María José Bernuz Beneitez (coords.) *Seguridad(es) y derechos inciertos*, Zaragoza, Prensas Universitarias, pp.109-140.

Calvo García, Manuel, y Teresa Picontó Novales (eds). (2014). *Valoración de las medidas de conciliación de la vida familiar y personal y la vida laboral según la regulación de la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial.

Calvo García, Manuel. (2016). "Derechos sociales : algunas propuestas para seguir avanzando en tiempos de incertidumbre", en: Abad Castelos, Montserrat, María Cruz Llamazares Calzadilla, y María Eugenia Rodríguez Palop (Eds.) *Políticas económicas y derechos sociales*, Madrid, Dykinson, pp. 145-173.

Descartes, René. (2005) [1649]. *Las pasiones del alma*, Tomás Onaindia (trad.), Madrid, Edaf.

Donzelot, Jacques. (1998). *La policía de las familias*, José Vázquez Pérez y Umbelina Larraceleta (trads.), Vol. 22., Valencia, Pre-Textos.

Foucault, Michel. (1978). *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*, Aurelio Garzón del Camino (trad.), Madrid, Siglo XXI.

Foucault, Michel. (2005). *Hermenéutica del sujeto*, Horacio Pons (trad.), Madrid, Akal.

Foucault, Michel. (2007). *Nacimiento de la biopolítica*, Horacio Pons (trad.), México, FCE.

Foucault, Michel. (2008). *Seguridad, territorio, población*, Horacio Pons (trad.), Madrid, Akal.

Friedan, Betty. (2009). *La mística de la feminidad*, Magalí Martínez Solimán (trad.), Madrid, Cátedra (Obra original publicada en 1963).

Gracia Ibáñez, Jorge. (2021). "Algunos apuntes acerca de la contribución del Profesor Manuel Calvo a la introducción y consolidación de la sociología jurídica en España", *Oñati Socio-legal Series*, Vol. 11, No. 3. Recuperado de: <https://doi.org/10.35295/osls.iisl/0000-0000-0000-1190>. Fecha de consulta: 19 de julio de 2021.

Graeber, David. (2012). *En deuda: una historia alternativa de la economía*, Joan Andreano Weylan (trad.), Barcelona, Ariel.

Hardt, Michael, y Antonio Negri. (2005). *Imperio*, Alcira Bixio (trad.), Barcelona, Paidós.

Hobbes, Thomas. (1980). *Leviatán o La materia, forma y poder de un estado eclesiástico y civil*, Manuel Sánchez Sarto (trad.), México D.F., FCE. (Obra original publicada en 1651)

Lazzarato, Maurizio. (2013). *La fábrica del hombre endeudado. Ensayo sobre la condición neoliberal*, Horacio Pons (trad.), Buenos Aires, Amorrortu.

Locke, John. (1959). *An Essay Concerning Human Understanding*, Alexander Campbell Fraser (ed.), New York, Dover. (Obra original publicada en 1689)

Lorey, Isabell. (2016). *Estado de inseguridad. Gobernar la precariedad*, Raúl Sánchez Cedillo (trad.), Madrid, Traficantes de Sueños.

Maquiavelo, Nicolás. (2014). *El Príncipe*, Ángeles J. Perona (trad.), Madrid, Cátedra. (Obra original publicada en 1513)

Maravall, José Antonio. (1981). *La cultura del Barroco: análisis de una estructura histórica*, Barcelona, Ariel.

Read, Jason. (2009). "A Genealogy of Homo-economicus: Neoliberalism and the Production of Subjectivity", *Foucault Studies*, No. 6, pp. 25-36.

Rivera Cusicanqui, Silvia. (2018). *Un mundo ch'ixi es posible: ensayos desde un presente en crisis*, Buenos Aires, Tinta Limón.

Royo Fraguas, Raúl. (n.d.). *Historia conceptual de la alienación" I: la filosofía política moderna* [manuscrito].

Serrano González, Antonio. (1986). *Michel Foucault: sujeto, derecho, poder*, Zaragoza, Secretariado de Publicaciones.

Spinoza, Baruch. (1986). *Tratado teológico-político*, Atilano Domínguez (trad.), Madrid, Alianza.

Stimilli, Elettra. (2020). *Deuda y culpa*, Antonio Martínez Riu (trad.), Barcelona, Herder.

Valverde, Mariana. (1996). "'Despotism' and Ethical Liberal Governance", *Economy and Society*, Vol. 25, No. 3, pp. 357-72.

Vila-Viñas, David. (2014). *La gobernabilidad más allá de Foucault. Un marco para la teoría social y política contemporáneas*, Zaragoza, Prensas Universitarias.

Vives, Luis. (2019). *Tratado del alma*, Joan Luis Ontañón Arias (trad.), Madrid, Cátedra. (Obra original publicada en 1538).

TRASCENDIENDO EL DERECHO Y ACORTANDO DISTANCIAS UNA RELECTURA DE MANUEL CALVO GARCÍA DESDE LAS CIENCIAS SOCIALES

Claudia Sandra Krmpotic[1]
ORCID: 0000-0001-8969-9345
Correo electrónico: claudia.k@conicet.gov.ar

Elda Ivonne Allen[2]
ORCID: 0000-0003-4447-5051
Correo electrónico: alleneivonne@gmail.com

Resumen

El artículo es un reconocimiento a la obra de Manuel Calvo García desde la mirada de las Ciencias Sociales. Calvo García nos introduce en un camino alternativo para comprender las articulaciones entre el derecho y la realización de fines sociales. Junto a otros, trabajó para que los nuevos conceptos pasen al dominio público, habilitando relecturas críticas a partir de profesionales y académicos diseminados por diversos países y continentes. El programa del Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati en España, del que formó parte, ilustra cabalmente un proceso de innovación basado en el encuentro de saberes e intersecciones disciplinarias. Si bien el programa de Oñati se ha convertido en un *think tank* ampliando redes sociotécnicas, publicaciones y formación de posgrado, la idea de realización social del derecho que Calvo García expuso en dicho marco, lejos de cristalizarse, se renueva continuamente.

A modo de ensayo, la reflexión transita por dos vías: la experiencia personal y su proyección en distintos espacios institucionales. Primero, abordamos algunos conceptos

[1] Doctora en Servicio Social (PUC-SP, Brasil) con un Postdoctorado Interdisciplinar en Ciencias Humanas (UFSC, Brasil). Magister en Ciencia Política (UNSAM, Argentina). Licenciada en Servicio Social (UBA, Argentina). Investigadora del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET). Profesora-Investigadora en las Universidades Nacionales de Buenos Aires y de La Matanza, Argentina.

[2] Licenciada en Trabajo Social (UNLU, Argentina). Asesora en la Dirección General de Responsabilidad Penal Juvenil, del Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina.

básicos, la relación entre sujeto abstracto y empírico y entre valores cálidos y fríos, a través de una interpretación en sentido hermenéutico. Luego, asociamos significaciones y autores a fin de ilustrar su potencial en la intersección con las ciencias sociales. En dicho recorrido identificamos cómo estos incidieron en la trayectoria profesional y científica, personal y colectiva de las autoras, promoviendo la conformación de una especialidad disciplinar como el Trabajo Social Forense.

Palabras clave: enfoque socio jurídico del derecho, Manuel Calvo García, ciencias sociales, trabajo social forense, Argentina.

TRANSCENDENDO A LEI E REDUZINDO AS DISTÂNCIAS UMA RELEITURA DE MANUEL CALVO GARCÍA A PARTIR DAS CIÊNCIAS SOCIAIS

Resumo

O artigo é um reconhecimento do trabalho de Manuel Calvo García a partir da perspectiva das Ciências Sociais. Calvo García nos apresenta uma forma alternativa de entender as articulações entre a lei e a realização de fins sociais. Junto com outros, ele trabalhou para trazer novos conceitos para o domínio público, permitindo releituras críticas por profissionais e acadêmicos de diferentes países e continentes. O programa do Instituto Internacional de Sociologia Jurídica de Oñati em Espanha, do qual foi membro, é uma boa ilustração de um processo de inovação baseado no encontro de saberes e intersecções disciplinares. Embora o programa de Oñati tenha se tornado um *think tank*, expandindo redes socio-técnicas, publicações e treinamento de pós-graduação, a ideia da realização social do direito que Calvo García apresentou neste marco, longe de cristalizar, é continuamente renovada.

Na forma de um ensaio, esta reflexão segue dois caminhos: a experiência pessoal e sua projeção em diferentes espaços institucionais. Primeiro, abordamos alguns conceitos básicos, a relação entre sujeito abstrato e empírico e entre valores quentes e frios, através de uma interpretação em sentido hermenêutico. Logo, associamos significados e autores a fim

de ilustrar seu potencial na intersecção com as ciências sociais. Nesta trajetória identificamos como eles influenciaram a carreira profissional e científica, pessoal e coletiva dos autores, promovendo a formação de uma especialidade disciplinar como o Trabalho Social Forense.

Palavras chave: enfoque sócio-jurídico do direito, Manuel Calvo García, ciências sociais, trabalho social forense, Argentina.

TRANSCENDING LAW AND SHORTENING DISTANCES
A RE-READING OF MANUEL CALVO GARCÍA FROM SOCIAL SCIENCES

Abstract

The article is a recognition of the work of Manuel Calvo García from the point of view of the Social Sciences. Calvo García introduces us to an alternative way to understand the articulations between law and realise social goals. Together with others, he worked to bring new concepts into the public domain, enabling critical re-readings by professionals and academics from different countries and continents. The program of the Oñati International Institute for the Sociology of Law in Spain, of which he was a member, fully illustrates a process of innovation based on the meeting of knowledge and disciplinary intersections. While the Oñati program has become a think tank expanding socio-technical networks, publications and postgraduate training, the idea of the social realisation of law that Calvo García put forward in that framework, far from crystallising, is continually renewed.

In the form of an essay, this reflection follows two paths: personal experience and its projection in different institutional spaces. First, we address some basic concepts, the relationship between abstract and empirical subject and between warm and cold values, through an interpretation in a hermeneutic sense. Second, we associate meanings and authors, illustrating their potential in the intersection with the social sciences. In this process, we identify how they influenced the professional and scientific career, both personal and collective, of the authors, promoting the creation of a disciplinary speciality such as Forensic Social Work.

Keywords: the socio-legal approach in law, Manuel Calvo García, social sciences, forensic social work, Argentina.

1. Introducción

Conocimos a Manuel Calvo García en su rol de Director Científico del Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, España (IISJ). En una breve pero maravillosa estancia a comienzos del año 2004, exploramos su obra entre tantas otras lecturas apasionadas en la biblioteca del Instituto. En la Residencia Antia y por las calles de Oñati - una villa medieval situada en un valle rodeado por montañas y bosques y un microclima perfecto para estudiar, procesábamos todas las novedades que la visita nos ofrecía, y bosquejábamos las maneras de compartir e incidir en los cambios que en materia de políticas públicas de protección a la niñez eran absolutamente necesarios en la Argentina. Por entonces, trabajábamos en temas vinculados a la protección de la infancia, trayectorias familiares y justicia juvenil, en barrios críticos del Conurbano Bonaerense (Provincia de Buenos Aires).

Argentina iniciaba el nuevo siglo con la crisis del 2001, cimbronazo que motivó la búsqueda de otros parámetros de interpretación científica y de herramientas técnicas como legales a los fines de responder, por un lado, a la demanda social e institucional, y por otro, a la demorada concreción de los propios compromisos asumidos por la Argentina en el marco de acuerdos supranacionales suscriptos. Las innovaciones en la legislación representaban un cambio de mentalidad, en ese momento un "*tsunami*" frente a modelos fuertemente enraizados. La nueva institucionalidad parecía sustentarse en una inflación discursiva y operativa; años de sensibilización en materia de derechos no resultaban suficientes para el reordenamiento de las prácticas. Prevalecía confusión y desorientación, temores e inseguridad en los profesionales de las ciencias sociales, quienes percibían en medio de los cambios organizacionales, como los usuarios deambulaban de un servicio a otro, llegando incluso a desistir en sus demandas de atención. Ello se conjugaba con lo que en términos globales se definía como una transición paradigmática en la ciencia, el estado y en el derecho. Esa dinámica en las últimas décadas del siglo XX creó espacios de

controversias, repliegues, y competencia entre epistemologías y conocimientos, que procuraban responder al descrédito de la racionalidad moderna y el alcance de un equilibrio razonable entre regulación social y emancipación. Se identificaron nuevas funciones del derecho en contraste con las funciones tradicionales del modelo jurídico liberal.

Desde nuestra formación de grado y posgrado en Trabajo Social y Ciencia Política, la obra de Calvo García fue fundamental: nos acercó a los temas del derecho de una forma dinámica y comprensible, mientras los aportes desde la sociología jurídica acompañaron -en el momento oportuno- nuestros proyectos de investigación. Su innovador aporte enriqueció la investigación aplicada a la problemática de la eficacia del derecho en diversos ámbitos del derecho social y de los derechos humanos. La revelación de su propuesta ofrecía pistas para repensar nuestro quehacer profesional y académico.

Mientras la literatura de la disciplina todavía esgrimía aquello de los ojos y oídos del juez para definir un papel reducido del Trabajo Social en la administración de justicia, generamos nuevo conocimiento a partir de estas iniciaciones. Al punto de motivar a otros colegas, promover y avanzar -con el paso de los años- en la consolidación de una especialidad disciplinar como el Trabajo Social Forense, término que hasta entonces se asociaba al recurso de la pericia social, arrinconada en unos límites meramente instrumentales. La empresa movilizó a colegas de diferentes regiones de la Argentina como de países de América Latina, quienes fueron participando más activamente en espacios de intercambio tradicionalmente reservados a los juristas. Permitió además ampliar el horizonte de las políticas y la justicia, al tiempo del auge de la perspectiva internacional de los derechos humanos y del derecho regulatorio que acompaña el papel de los Estados postindustriales.

¿Qué es lo importante de un jurista, académico e investigador como Calvo García? Precisamente lo que aquí queremos resaltar a partir de estas reflexiones *in memoriam*: aperturas en lugar de clausuras, sin idealizaciones ni orientaciones modelisticas, reconociendo los antagonismos y tensiones sin eliminarlas, ni procurando reducir a la fuerza la incertidumbre y la ambigüedad de nuestro tiempo. Y si bien el IISJ como los

grupos universitarios de los que participó se han convertido en *think tanks*, ampliando redes sociotécnicas, publicaciones y posgrados, la idea de realización social del derecho que Calvo García expuso, lejos de cristalizarse, se renueva continuamente.

En lo que sigue, presentamos una selección de conceptos fundamentales de su obra para interpretarlos con un sentido hermenéutico, asociando significaciones y autores, e identificando cómo estos incidieron en nuestra trayectoria profesional y científica, personal y colectiva.

2. Derecho, gobernabilidad y fines sociales

Calvo García nos introduce en un camino alternativo para comprender las articulaciones entre el derecho y la realización de fines sociales. Seleccionamos algunas viñetas conceptuales a fin de acercar su pensamiento e ilustrar su potencial en la intersección con las ciencias sociales:

"La teoría analítica y, en general, la teoría positivista del derecho representan tanto una opción epistemológica como la consagración "teórica" de un determinado modelo jurídico, un modelo que podría identificarse como el modelo jurídico liberal" (Calvo García, 2010: 381).

En esta primera cita, Calvo García analiza aspectos de la cultura jurídica que sirven para comprender su punto de partida. A su entender, ambas teorías construyen un concepto de derecho profundamente estatalista, racional y formal, según el cual el Estado monopoliza en la práctica las fuentes sociales del derecho y su aplicación. Las formas jurídicas desarrolladas como fundamento y sostén del estado-nación alientan el monopolio de la producción y aplicación del derecho por parte del Estado, así como el carácter unitario del ordenamiento legal, supeditándose además a las exigencias de neutralidad de la ideología liberal.

Consecuentemente, el derecho se representa como un sistema excluyente y capaz de organizar autónomamente presupuestos de legitimidad de sus prácticas y sus discursos. No sólo excluye las pretensiones de validez jurídica del derecho natural sino además niega -por diversas razones- la consideración de derecho a cualquier sistema jurídico de base consuetudinaria o a los surgidos de instituciones internacionales o estructuras de gobernabilidad global. No es de extrañar que los planteos desde el pluralismo jurídico y las nuevas formas jurídicas de la mundialización, con expresión en distintos instrumentos internacionales de notable influencia local, son propuestas con impacto en nuestra Región que acompañan las revisiones de la teoría del derecho desde una perspectiva socio-jurídica.

Esta relación ha sido destacada entre otros por Sousa Santos (2009), Galligan (2007) y Tamanaha (1997), quienes también incluyen en las redes de actores a las organizaciones de la sociedad civil.

"El Estado, por medio del derecho, fija las líneas de intervención políticas con fines de integración social y promueve regulativamente los valores e intereses que deben orientar las relaciones sociales" (Calvo García, 1994: 269).

La configuración que denominamos Estado social -a diferencia del Estado liberal- asume una actitud positiva hacia lo social. Surge con fuerza la dimensión social en las definiciones del derecho, lo que conlleva el análisis del derecho como hecho, como realidad fáctica, programática, vivencial y social, mediante nuevos parámetros a partir de la incardinación de lo jurídico en la sociedad como dato definitorio.

Si bien este tipo de derecho se ha desarrollado sobre todo en relación con la economía y el derecho en los Estados de bienestar, en la actualidad se amplía a otros riesgos sociales. Se podría afirmar que el mantenimiento del orden social y la corrección de situaciones disfuncionales o peligrosas para una razonable estabilidad social determina la utilización del derecho con fines coercitivos, preventivos y como medio de integración. Se alude a un modelo de "derecho regulativo", que representa el tipo de derecho predominante

en los Estados post-industriales, lo que ha llevado incluso a identificar un nuevo modelo de "Estado regulativo".

El enfoque socio jurídico del derecho parte de considerar las normas legales como un fenómeno social además de jurídico; fáctico, complejo, dinámico, contingente y relativo. Ello influenciará la generación de una malla conceptual como de una investigación que se funda en una perspectiva interdisciplinar en los aportes de la psicología individual y social, la lingüística, el trabajo social, la antropología, la sociología, la historia, la filosofía, etc.

Por su parte, la utilización del derecho como instrumento para la realización de fines de integración y política social, conlleva dos consecuencias importantes: la primera de orden cuantitativo, con una tendencia hacia una ampliación normativa procurando abarcar gran cantidad de situaciones y ofrecer regulación y tratamiento. La segunda es de orden cualitativo, ya que dicha legalización genera un nuevo tipo de derecho "administrativizado" (Calvo García, 1994). Ello supone importantes transformaciones al procurarse la traslación de la lógica burocrática y el modo de operar del sistema político hacia la aplicación del derecho. Prácticas burocráticas y jurídicas se solapan: la racionalidad formal de la norma con que opera el sistema jurídico debe articularse con una racionalidad organizacional y material propia del funcionamiento político-administrativo. En el primer caso, la eficacia se define por el seguimiento de las reglas, y en el segundo por el logro de resultados o la realización de sus funciones.

"Desde las iniciativas, hasta la concreción de los fines del derecho promocional dependerán de criterios que desbordan el estricto marco de la ciencia jurídica y se adentran en otros conocimientos expertos e incluso motivaciones políticas" (Calvo García, 1994: 269).

Así, la política X que brinda herramientas y recursos para efectivizar el derecho X, queda condicionada al albur de la práctica de los operadores encargados de llevar a cabo su implementación y cumplimiento (policía, funcionarios judiciales, profesionales y administrativos, etc.) y por lo tanto de su forma de trabajar, de sus *habitus* profesionales y

sociales. De esta manera, las transformaciones del derecho y la pérdida de autonomía de lo jurídico suponen la incorporación de nuevos expertos, con competencia en el espacio del no-derecho de la decisión jurídica. Estos nuevos expertos cuyo saber procede de las ciencias humanas y sociales, deben estar dispuestos a negociar modos e interpretaciones, acercándose al saber de los juristas para determinar la aplicación de la ley.

Hay una ostensible distancia que debe resolverse superando los cuestionamientos a la competencia de los juristas para completar económica, psicológica o socialmente el contenido de normas jurídicas que regulan aspectos de la vida de los individuos. Del lado de los juristas se requiere una reflexividad y reconocimiento de la necesidad de auxilio de las ciencias sociales y humanas para una eficaz aplicación del derecho. El enfoque que nos trae Calvo García obliga a modelar, a dotar de nuevos matices la labor y el horizonte de expectativas ante los nuevos operadores jurídicos. Es imprescindible, además, dar publicidad a los actuales requerimientos legales, administrativos y de gestión profesional a las organizaciones civiles y la ciudadanía, a fin de ajustar expectativas mutuas y adecuar las prácticas entre usuarios y efectores de los servicios socio jurídicos.

"Los ordenamientos jurídicos contemporáneos proporcionan recursos para la resolución de disputas. No existe un único procedimiento jurídico para la resolución de conflictos, así en los sistemas jurídicos contemporáneos se han desarrollado sistemas como las defensorías del pueblo, actos de conciliación y otros; pero el recurso por excelencia para la resolución de disputas en el ámbito jurídico es la adjudicación o resolución judicial" (Calvo García, 2005: 123).

Como sabemos el Estado contemporáneo facilita normas y medios judiciales coercitivos para resolver las disputas entre partes privadas o de la propia sociedad con los demás, evitando la venganza privada. Se pone fin a un proceso contradictorio mediante decisión judicial basada en las normas preexistentes del sistema jurídico. No obstante, la referencia nos interpela respecto de los llamados medios alternativos de resolución de conflictos, procedimientos en principio extrajudiciales, aunque pueden tener formas híbridas, como el arbitraje, la negociación o la mediación, que entraron con fuerza en el

panorama de la resolución de conflictos a partir de los 60'. Reflejan la tendencia hacia la desjudicialización y el auge del informalismo que podría vincularse, por una parte, con la propia evolución del derecho, más también con las crisis de la administración de justicia, en la pérdida de confianza social e ineficacia en su funcionalidad, además de las sospechas de corrupción que atañe a las instituciones públicas en general. Su implementación revela un menor coste, rapidez, y una auténtica solución del conflicto en la medida que las partes asumen un mayor protagonismo y -eventualmente- compromiso en dicha resolución.

Pero ¿se resuelve el conflicto? Retomamos a Manzanos Bilbao (1998) cuando sostiene que una de las funciones centrales actuales del derecho frente a los diversos conflictos sociales (laborales, fiscales, bélicos, ecológicos, familiares, mercantiles, étnicos, etc.) no es la resolución de estos, sino la regulación normativa de las condiciones en las que se producen con el fin de neutralizar alguno de sus efectos y normalizar su percepción. Las formas de regulación de conflictos tanto resolutivas como regulativas, no han incidido aún en su alcance preventivo encaminado a reducir efectivamente la conflictividad.

Al respecto, Christie (2014) ha llamado la atención acerca de una paradoja: los conflictos se han transformado en pertenencia de otras personas, principalmente abogados, y han sido redefinidos en interés de esas otras personas. A fin de cuentas, el camino judicial es una solución civilizada, aunque dista de ser integral por cuanto excluye a sus protagonistas y sus estilos de vida. Los conflictos se arrebatan a las partes, se desechan, se desvanecen y se tornan invisibles. La parte más significativa de lo sustraído es el conflicto en sí mismo en lugar de los bienes originalmente arrebatados a la víctima o a ella restituidos. La disminución de la conflictividad actual, más allá de los condicionamientos actuales dados por la desigualdad y el empobrecimiento de nuestra sociedad, radica en hacer funcionar al conflicto como experiencia de aprendizaje y pertenencia. Una llave de entrada que las ciencias sociales debieran explorar con más empeño.

3. Acortando distancias

Magris (2008: 82) ha señalado que:

> (...) el derecho alienta los valores que él llama fríos (las garantías de los derechos, el respeto a la ley, la aplicación de principios lógicos, etc.) para que los valores cálidos (los sentimientos de amor, amistad, las pasiones, las predilecciones de diferente tipo, etc.) puedan desarrollarse.

Desde las ciencias sociales, y en especial, desde una profesión de cuidados (Abbott & Wallace, 1990) y de trabajo sobre los otros (Dubet, 2006) como es el Trabajo Social, la expresión de Magris adquiere pleno sentido. El enfoque socio jurídico puede colaborar de alguna manera en humanizar la relación de las personas con el derecho, acercando roles y posiciones sociales. La norma no entiende de sentimientos y la distancia de las leyes o las motivaciones parece irresoluble. Incluso se denota una mayor complacencia ante las políticas públicas, aun frente a sus fallas e injusticias, mientras se es menos contemplativo con el funcionamiento de la justicia, las normas legales, su aplicación y control. Sobre la política y las políticas apenas se discute su moralidad, en cambio sí, respecto del papel de la justicia.

Si bien la administración de justicia enfrenta problemas morales, "este tribunal es un tribunal de derecho, no de moralidad, y nuestra tarea ha consistido en buscar, y nuestro deber es aplicar después, los principios pertinentes de la ley a la situación que analizamos y que es única", sostendrá la jueza Fiona Maye, en el texto literario *La ley del menor* (McEwan, 2015: 35). Ello no anula las tensiones y contradicciones entre los sentimientos y valores propios y el rol institucional, colocando a los operadores de la justicia frente a dilemas y encrucijadas.

También en la tarea judicial se estará limitado para juzgar a los otros. Magris (2006) nos lleva de nuevo al punto inicial. En un excelente artículo publicado en el *ABC* de España, señala que:

> (...) ninguna norma general puede entender -y por lo tanto juzgar- los sentimientos, las pulsiones, las contradicciones que están en la base de cada gesto criminal. (...) Calificar el homicidio o el hurto como delitos no basta para entender los diversos motivos por los cuales diversas personas los cometen, pero quien apela a motivaciones inefables del ánimo para desenfocar la gravedad de esos delitos entiende aún menos a las personas

> que los cometen. El legislador que castiga la corrupción en las concesiones públicas es un artista que sabe imaginar la realidad, porque en esa corrupción no sólo ve la abstracta violación de una norma sino, por ejemplo, los equipamientos defectuosos con los que -a causa de esa corrupción- se ha dotado a un hospital, en lugar de los más eficaces que el hospital habría tenido gracias a unas concesiones correctas. Detrás de ese crimen hay enfermos peor curados, individuos concretos que sufren.

La racionalidad de la ley y su formalismo hacen a la aridez del derecho; sin embargo, nos recuerda a Shakespeare en *El mercader de Venecia*, cuando Porcia salva la vida de Antonio mediante la frialdad lógica en el apego a la letra formal de la ley. En síntesis, serán los valores fríos los que permiten a los hombres de carne y hueso cultivar personalmente sus propios valores y sentimientos cálidos.

La perspectiva sociojurídica del derecho en su intersección con las ciencias sociales también nos permiten acortar distancias entre el sujeto abstracto y el sujeto empírico, ese ser humano único e insustituible en contraste con su generalización que abarca a varios, muchos e incluso a toda la humanidad (como ocurre con el enunciado de los derechos del hombre). García de la Cruz Herrero (1998) señala que no se puede legislar en base a sujetos abstractos e intentar llevar a la práctica esa normativa sin traducirla a la realidad social de los sujetos empíricos. Si tratamos a las personas concretas en base a normas construidas con perfiles estandarizados, cercenamos su integridad y desgarramos el tejido social en que está inmerso el sujeto afectado, antes, durante y después de finalizar el proceso judicial. Si bien es un precio que hay que pagar por vivir en sociedades muy numerosas donde la gestión ha de ser estandarizada, la cantidad no está reñida con la calidad de la administración de la *res* pública.

En esta visión cuenta la función social del derecho, es decir, como dato socialmente generado, encontrando allí la articulación entre la investigación del derecho y la investigación en las ciencias sociales. Un diálogo ventajoso, tanto para las investigaciones sobre derecho y sociedad, como para la propia teoría del derecho. Efectivamente, la teoría del derecho puede tener utilidad para las investigaciones sociojurídicas pues los conceptos de la teoría jurídica son una buena base para clasificar y

dar sentido a los datos sociales, pero es limitada si quiere mostrarnos qué ocurre en la práctica, ni es lo suficientemente compleja como para explicar toda la riqueza que implica la gran variedad de fenómenos jurídicos; necesita ser complementada con la consideración sobre el funcionamiento del derecho en la diversa variedad de situaciones sociales en las que nos lo encontramos.

El enfoque permite acortar distancias a través de la investigación sociojurídica, cuyas bases no radican apenas en integrar la metodología de las ciencias sociales a la investigación en derecho, sino en diferenciarse de la bien establecida criminología en orden a construir una comprensión teórica del sistema legal en el entramado más amplio de la estructura social y sus instituciones (Banakar & Travers, 2005).

Al derecho se lo ha mirado con hastío y crítica pues muchas veces resulta ineficaz cuando la justicia llega demasiado tarde y no impide mayor sufrimiento, o cuando se equivoca y sus sentencias requieren ser revisadas. Sin embargo, en los límites de las normas sociales y legales se despliegan, si no todos, casi todos los problemas de relevancia moral imaginables. Volvemos al problema del orden social y la función antropológica del derecho.

Desde una lectura crítica del presente, Supiot (2007) advierte que los lamentos sobre la degradación de la cohesión social no son más que una triste mascarada cuando se busca horadar la función constituyente del derecho, privando a los hombres de puntos de apoyo capaces de dar un sentido común a la acción de cada uno. Preocupado por el incremento de la intervención estatal y de la justicia, señala el riesgo que encuentra cuando la ley es desplazada por el contrato y la negociación bajo el supuesto de igualdad y libre suscripción, en el pasaje de reglas sustanciales a reglas de negociación. Desregulación, contractualización y diversificación del régimen jurídico conllevan paradójicamente un debilitamiento del poder estatal, como del guardián de los pactos en el sistema jurídico. Resalta la homogeneización del espacio normativo a escala mundial, y, hacia abajo, una reterritorialización bajo la figura de contratos especiales y jurisdicciones locales, en realidades altamente desiguales. En definitiva, un mundo

> (...) donde cada uno no se vea obligado por sus compromisos sino en la medida en que le convenga, es un mundo en donde la palabra ya no vale nada. Una sociedad basada en tales premisas solo puede volverse más violenta y cada vez más policíaca. Es también un mundo donde los más débiles, que pagan el precio más alto, dejan de concederle el menor crédito a la palabra política y el menor valor a las leyes (Supiot, 2007:156).

4. Sentar las bases de una especialidad

A poco del regreso de nuestra breve estancia en el IISJ, comenzamos a trazar, tejer, imaginar un nuevo entramado conceptual que pudiera estructurar una definición alternativa del Trabajo Social socio jurídico. Los aprendizajes de Oñati se conjugaron con nuevas lecturas de colegas especialmente norteamericanos quienes ofrecían un camino consolidado en torno del *Forensic Social Work*. ¡Y pues, allí estaba el hallazgo! Si el Trabajo Social Forense (en adelante TSF) asume la premisa que los problemas sociales radican en contextos socio legales, y se define por su participación en toda aquella circunstancia en que se encuentre involucrado un derecho, entonces desde allí se podría pensar en una tarea profesional que se amplía y diversifica más allá de la administración de justicia; los ahora problemas socio legales requerirían un diagnóstico ampliado, y las leyes se meterían en todos los servicios sociales. Y, una vez más, ¡Calvo García nos venía como anillo al dedo! De la mano de la perspectiva sociojurídica podíamos ampliar el núcleo duro de la nueva especialidad integrando productivamente los servicios de justicia y las políticas públicas, procurando conceptualmente una articulación dinámica, virtuosa, y por cierto, también competitiva.

Los espacios de no-derecho pasaban a jugar un papel de relevancia relacionados con fines y estrategias políticas, sociales y económicas. Y si bien son objetivos que están más allá del derecho, se realizan por medio de él (Bodelón & Picontó Novales, 1998). Interesan los encadenamientos de las acciones de los actores, muchas veces con efectos no deseados o perversos, hasta frustrando sus objetivos. Precisamente, ello abre el paso para las ciencias sociales en restablecer la transparencia de las acciones, su trazabilidad, integrando en un enfoque situacional la acción jurídica, social y los resultados. Estos

cambios interpelan aspectos que hacen al conocimiento teórico y empírico en torno de conflictos sociales y obligan a revisar las prácticas que realizan los estamentos responsables de la política social, criminal y de seguridad, con una mirada sociojurídica.

Así, la intervención sociojurídica en la perspectiva del Trabajo Social nos coloca frente al reconocimiento que nuestra labor puede pensarse también como producción de conocimiento, sea con fines forenses o periciales, o con fines de investigación. En cualquier caso, se deberá atender la dimensión ética, en lo que respecta al problema de la distancia óptima (teórica, emocional, de creencias, etc.), el peso de las asimetrías en función del rol profesional y el puesto de trabajo, como las derivadas de la condición sociocultural.

Asimismo, si bien la realidad institucional y social presentan restricciones, al mismo tiempo habilita a los profesionales a proyectarse como promotor de las adecuaciones que hoy día requieren las normas y los marcos teórico-metodológicos en la construcción del objeto judicial como de intervención pública. Y si bien, TSF participa en procesos despersonalizantes, también le concierne la posibilidad de promover el cambio en sentido inverso. Así podemos visualizar su papel colaborando en la accesibilidad de la población a través del recorrido burocrático, como en la accesibilidad cultural vinculada a los procesos de interacción social, comunicativos, habilitantes.

El Trabajador Social cuenta con habilidades y conocimientos para: a) recuperar la complejidad empírica de las situaciones conflictivas; b) captar y analizar las intersubjetividades en juego; c) reconocer las expresiones de los vínculos asimétricos y jerárquicos e identificar las distintas formas de interpretar la justicia y el bienestar; y d) detectar las representaciones como los artefactos físicos, discursivos y corporales implicados. En la dimensión de los discursos y la construcción de significados, uno de los aspectos a resaltar refiere al papel del TSF en el acercamiento de los ciudadanos a las normas jurídicas y su administración.

Valiéndonos de la interpretación de Entelman (1991) respecto de los tres niveles que conforman y transforman el discurso jurídico, los trabajadores sociales se ubican en el

segundo nivel de producción de discurso jurídico, junto al resto de los profesionales instrumentadores del primer nivel, y participan también del tercer nivel, el de las relaciones sociales más próximas, en su capacidad de recabar y recuperar, ordenar e interpretar la necesidad y demanda social dirigida tanto al sistema político como de administración de justicia.

El enfoque sociojurídico del derecho permitió alcanzar una revisión en torno de bien social (políticas públicas) y bien jurídico (leyes), lo que localmente, se presentó por primera vez en la Conferencia pronunciada en el XXII Encuentro Nacional de Magistrados y Funcionarios de la Justicia de Menores y Familia, (que se realizó en Neuquén en 2003). Profundizamos el debate sobre algunas exigencias de la posición jurídica como la veracidad, objetividad e imparcialidad, que reelaboramos en términos de competencia, objetividad posicional, validez técnica, reconocimiento y legitimidad. También reformulamos la pericia social incorporando los parámetros de eficacia del derecho en términos de arbitraje y resolución de conflictos (Krmpotic, 2013; Krmpotic & Ponce de León, 2012).

Estos alcances se proyectaron en actividades de difusión y formación de posgrado local y regional (Krmpotic & Ponce de León, 2015). Desde la acreditación de la primera carrera de Especialización en Trabajo Social Forense en la Universidad Nacional del Comahue (en 2010) en la que asesoramos y ejercemos la docencia, le siguió la Especialización en la Universidad Nacional de La Pampa (en 2018), mientras se encuentra avanzada la propuesta de formación de especialistas por la Universidad Nacional del Litoral en convenio con la Universidad Nacional de Rosario.

Hemos participado de tres obras que son fundamentales para comprender la movilización generada en el colectivo profesional que ha apoyado procesos e instancias de autosuperación técnica y ética. Nos referimos a los dos volúmenes del texto Trabajo Social Forense (Krmpotic, Marcón & Ponce de León, 2020; Krmpotic & Ponce de León, 2012), y a la edición del Diccionario Internacional de Trabajo Social en el ámbito socio-jurídico (Amaro & Krmpotic, 2016) editado en español por Nova Casa Editorial (Barcelona), y en

portugués por Autografía (Río de Janeiro), obra que ha reunido aportes de colegas de América Latina, Estados Unidos y Europa, y contó con el beneplácito de organizaciones profesionales representativas (FITS América Latina y el Caribe, FITS Europa y el Consejo General del Trabajo Social de España).

Por su parte, la conformación de Trabajo Social Forense en Red creado en 2017, y del cual somos parte del grupo promotor, tuvo una presencia significativa durante la pandemia del COVID-19 con el desarrollo de encuentros de discusión y lineamientos para la labor en el campo socio jurídico en diversas regiones del país. Asimismo, el enfoque proveyó de base conceptual a seis proyectos de investigación acreditados en las Universidades Nacionales de La Matanza y de Buenos Aires desde 2003, y un programa conjunto entre dichas Universidades argentinas, la Universidad de La República de Uruguay, y la Universidad Federal de Santa Catarina de Brasil.

Un reciente trabajo ilustra cabalmente el potencial de la investigación sociojurídica, con una caracterización y análisis del conjunto de intervenciones profesionales con niños víctimas y victimarios, en el caso de un Cuerpo Técnico Auxiliar de la Provincia de Buenos Aires (Allen & Krmpotic, 2020). Allí se analiza el corpus de solicitudes de intervención asentadas en los registros del Cuerpo entre 2008 y 2016, que alcanzó un universo de 9223 solicitudes distribuidas entre diferentes requirentes. Ello permitió conocer no sólo la conflictividad que dio origen a las solicitudes-demandas, sino también el universo de atención y el rol de la especialización por disciplina.

Asimismo, estos avances tuvieron impacto en el ejercicio profesional y la representación profesional. El enfoque socio jurídico permitió fundamentar los aportes de otras disciplinas en, para el caso, la Asociación Argentina de Magistrados y Funcionarios de la Justicia de Menores y Familia. Las profesiones auxiliares alcanzaron una presencia cada vez más activa en la organización, lo que se refleja en el cambio de denominación cuando en 2008 cambia a Asociación Argentina de Magistrados, Funcionarios y Profesionales de la Justicia de Niñez, Adolescencia y Familia.

Asimismo, se crea una vicepresidencia institucional y académica a cargo de una Trabajadora Social. Ello derivó en experiencias intensas de trabajo en torno del principio de justicia amigable a nivel nacional, del Mercosur y participando luego desde el Trabajo Social en el Grupo Internacional de Trabajo, creado ad-hoc en 2015. Esta tarea en el ámbito de la Asociación Internacional de Magistrados de la Juventud y la Familia, culmina con la elaboración de las Directrices sobre los niños en contacto con el sistema de justicia en 2017 (Allen & Marcón, 2016).

5. A modo de cierre

"¡Les va a interesar!" nos decía alguien cercano respeto de la lectura de Calvo García y la propuesta del IISJ. ¡Y vaya que nos ha interesado! Oñati, Calvo García y su obra, la investigación sociojurídica y la consolidación de una especialidad profesional anudan hitos, recuerdos, presente y futuro, que acompañan el desarrollo del patrimonio científico y el acervo de las prácticas profesionales, algunas de las cuales describimos en primera persona.

Manuel Calvo García junto a otros colegas trabajaron para que los nuevos conceptos pasen al dominio público, habilitando relecturas críticas a partir de profesionales y equipos diseminados por diversos países y continentes. El programa de Oñati ilustra cabalmente un proceso de innovación basado en el encuentro de saberes e intersecciones disciplinarias.

Para la especialidad del Trabajo Social Forense, la perspectiva sociojurídica ha sido particularmente influyente, permitiendo reconstruir desde una lógica social la tarea pericial, así como participar de los debates y experiencias en torno de formas alternativas de resolución de conflictos. Se constituyó en una guía no lineal para el fortalecimiento de nuestras prácticas profesionales en ámbitos de la justicia, no apenas de los tribunales, sino definida como un sistema de justicia, es decir, integrado por los procesos y organizaciones judiciales y autoridades, servicios y personal de áreas jurídicas y no jurídicas -tribunales, policía, servicios sociales, de salud, y otros servicios relacionados- que necesariamente

requieren compatibilizar criterios para alcanzar un cierto equilibrio entre el sujeto empírico y el sujeto abstracto. En lo común a ellos radica la finalidad de los derechos humanos. Siguiendo a Ignatieff (2001) dicho objeto es la protección de la agencia humana, esto es, de la facultad de la acción; es decir, un sujeto que actúa deliberadamente y por tanto consciente, responsable de sus acciones. No en el fluir indiferenciado de vivencias en la vida cotidiana, sino cuando ésta se ve conmovida, cuando un malestar o conflicto altera ese ritmo cotidiano y produce una dislocación tal que moviliza el pedido de ayuda, de intervención.

El contexto adversarial caracteriza la intervención sociojurídica. Los conflictos interpersonales o colectivos encierran pequeñas o grandes tragedias. El derecho intenta escapar a lo trágico mediante soluciones razonables. Solo que ahora será un conjunto diverso de operadores jurídicos que articulen sus argumentos en favor de una razonabilidad más íntegra y efectiva en términos de los bienes protegidos, sociales como jurídicos.

Referencias bibliográficas

Abbott, Pamela Ann & Claire Denise Wallace. (1990). *The Sociology of the Caring Professions*, Londres, The Falmer Press.

Allen, Elda Ivonne & Claudia Sandra Krmpotic. (2020). "Intervenciones profesionales con niños víctimas y victimarios. El caso de un Cuerpo Técnico Auxiliar en la Provincia de Buenos Aires, Argentina", en: Krmpotic, Claudia Sandra, Osvaldo Marcón & Andrés Ponce de León (coords.) *Trabajo Social Forense. Producción de conocimiento con fines de investigación y arbitraje*, Buenos Aires, Espacio Editorial.

Allen, Elda Ivonne & Osvaldo Marcón. (2016) "Los niños en la justicia. Tendencias en el debate internacional", en: Amaro, Sarita & Claudia Sandra Krmpotic (coords.) *Diccionario Internacional de Trabajo Social en el ámbito socio-jurídico,* Barcelona, Nova Casa Editorial.

Amaro, Sarita & Claudia Sandra Krmpotic (orgs.). (2016). *Diccionario Internacional de Trabajo Social en el ámbito socio-jurídico*, Barcelona, Nova Casa Editorial.

Banakar, Reza & Max Travers. (2005). *Theory and Method in Socio-Legal Research*, Great Britain, Hart Publishing.

Bodelón, Encarna & Teresa Picontó Novales (coords). (1998). *Transformaciones del Estado y del Derecho Contemporáneos. Nuevas perspectivas de la Investigación Socio-Jurídica,* Madrid, Dykinson.

Calvo García, Manuel. (1994). *Los fundamentos del método jurídico. Una revisión crítica*, Madrid, Tecnos.

Calvo García, Manuel. (2005). *Transformaciones del Estado y del Derecho,* Bogotá, Universidad Externado.

Calvo García, Manuel (2010). "¿Cabe el enfoque socio-jurídico en la teoría del derecho?", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Vol. 44, pp. 371-394.

Christie, Nils. (2014). *Vida social, un lenguaje para interpretar. Textos escogidos*, Buenos Aires, Editores del Puerto.

Dubet, François. (2006). *El declive de la institución. Profesiones, sujetos e individuos en la modernidad*, Barcelona, Gedisa.

Entelman, Ricardo. (1991). "Discurso normativo y organización del poder", en: Marí, Enrique Eduardo, Carlos Maria Cárcova, Diego Javier Duquelsky Gómez , Ricardo Entelman, Eros Roberto Grau, Hans Kelsen, Michel Van de Kerchove, Ost François, Marcelo Raffin & Alicia Enriqueta Carmen Ruiz (auts.) *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.

Galligan, Denis. (2007). *Law in Modern Society*, Oxford, OUP-Clarendon Law Series.

García de la Cruz Herrero, Juan Jose. (1998). "El axioma liberal individuo-sociedad y sus consecuencias para el control formal", en: Añón Roig, Maria Jose (coord.) *Derecho y Sociedad*, Valencia, Tirant lo Blanc.

Ignatieff, Michael. (2001). *Los derechos humanos como política e idolatría*, Barcelona, Princeton University Press / Paidós Ibérica.

Krmpotic, Claudia Sandra. (2013). "El Trabajo Social forense como campo de actuación en el arbitraje de lo social", *Trabajo Social Global. Revista de Investigaciones en Intervención Social*, Vol. 3, No. 4, pp. 37-54.

Krmpotic, Claudia Sandra & Andrés Ponce de León. (2012). *Trabajo Social Forense. Debate y perspectivas*, Buenos Aires, Espacio Editorial.

Krmpotic, Claudia Sandra & Andrés Ponce de León. (2015). "Training Specialists in Forensic Social Work. An Experience of Cross-cultural Education in Latin America", *Social Dialogue*, International Association of Schools of Social Work, Vol. 3, No. 12, pp. 6-9.

Krmpotic, Claudia Sandra, Osvaldo Marcón & Andrés Ponce de León. (2020). *Trabajo Social Forense. Producción de conocimiento con fines de investigación y arbitraje*, Buenos Aires, Espacio Editorial.

Magris, Claudio. (2006). "Los poetas fueron los primeros legisladores", *Diario ABC*, Madrid, 27 de febrero de 2006. Recuperado de: <https://www.abc.es/cultura/abci-claudio-magris-poetas-fueron-primeros-legisladores-200602270300-142530788462_noticia.html>. Fecha de consulta: 15 de julio de 2021.

Magris, Claudio. (2008). Literatura y Derecho. Ante la ley, México D.F., Sexto Piso.

Manzanos Bilbao, César. (1998). "El derecho como mecanismo de control frente a los conflictos sociales", en: Añón Roig, Maria Jose (coord.) *Derecho y Sociedad*, Valencia, Tirant lo Blanc.

McEwan, Ian. (2015). *La ley del menor*, Zulaika, Jaime (trad.), Barcelona, Anagrama.

Sousa Santos, Boaventura de. (2009). *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Madrid-Bogotá, Trotta-Ilsa.

Supiot, Alain. (2007). *Homo juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*, Buenos Aires, Siglo XXI Ed.

Tamanaha, Brian Z. (1997). *Realistic Socio-Legal Theory: Pragmatism and a Social Theory of Law*, Oxford, Oxford University Press.

SOBRE LA TEORÍA DEL DERECHO EN PERSPECTIVA SOCIOJURÍDICA EN HOMENAJE A MANUEL CALVO GARCÍA

Ignacio Aymerich Ojea[1]
ORCID: 0000-0001-7818-4872
Correo electrónico: ignacio.aymerich@uji.es

Resumen

Este artículo trata de rendir homenaje al Profesor Manuel Calvo sobre la base de la exégesis de dos trabajos suyos donde reivindica una reorientación sociojurídica de la teoría del derecho y de otro trabajo donde analiza el análisis de impacto regulatorio. Se revisan las limitaciones de la teoría del derecho dominante, de corte analítico, las propuestas de superación que ofrece Calvo y se examinan los nuevos desarrollos normativos sobre mejora regulatoria como una ocasión para el desarrollo de la sociología jurídica contemporánea.

Palabras clave: teoría del derecho, sociología jurídica, análisis de impacto regulatorio.

SOBRE A TEORIA DO DIREITO A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA SÓCIO-JURÍDICA

Resumo

Este artigo tenta homenagear o Prof. Manuel Calvo na base de uma exegese de duas das suas obras onde reivindica uma reorientação sócio-jurídica da teoria do direito e outra onde analisa a análise do impacto regulatório. As limitações da teoria do direito dominante, de natureza analítica, as propostas de aperfeiçoamento oferecidas por Calvo são revistas e os novos desenvolvimentos normativos sobre o aperfeiçoamento regulatório são examinados como uma ocasião para o desenvolvimento da sociologia jurídica contemporânea.

Palavras chave: teoría do direito, sociologia jurídica, análise de impacto regulatório.

[1] Doctor en Filosofía. Doctor en Derecho. Profesor titular de Filosofía del derecho, Universitat Jaume I. España.

ON THE THEORY OF LAW FROM A SOCIO-LEGAL POINT OF VIEW

Abstract

This article tries to pay tribute to Prof. Manuel Calvo based on the exegesis of two of his works where he claims a socio-legal reorientation of the theory of law and another work where he analyzes the regulatory impact analysis. The limitations of the theory of dominant law, of an analytical nature, the proposals for improvement offered by Calvo are reviewed and the new normative developments on regulatory improvement are examined as an occasion for the development of contemporary legal sociology

Key words: theory of law, legal sociology, regulatory impact assessment.

1. Planteamiento: homenaje a Calvo dando continuidad a su obra

El consejo editorial de la *Revista Latinoamericana de Sociología Jurídica* ha tenido el acierto de dedicar este tercer número a la memoria de nuestro querido compañero Manuel Calvo, que hace ya poco más de un año que nos dejó. Después de haber tenido la ocasión de colaborar con una persona de la valía humana y académica de Manolo a lo largo de tantos años no me perdonaría dejar pasar la oportunidad de rendirle un homenaje del que tengo la sensación de que, por mucho que nos esforcemos, vamos a quedarnos cortos. Me vienen a la memoria muchos momentos compartidos de tipo personal pero en un homenaje académico como este lo propio es que me centre en su obra porque el mejor tributo que podríamos ofrecerle es que algunas de las líneas de trabajo en las que se esforzó a lo largo de su desempeño académico puedan tener continuidad. Y, como intentaré mostrar, una de estas líneas puede potenciar las investigaciones en el campo de la sociología del derecho de forma significativa.

De entre las muchas aportaciones que Calvo ha hecho a la sociología jurídica hay dos referencias sobre las que quiero detenerme y en las que plantea la posibilidad de una teoría socio-jurídica del derecho. La primera es *¿Cabe el enfoque socio-jurídico en la*

teoría del derecho? (Calvo García, 2010), y la segunda, *Positivismo jurídico y teoría sociológica del derecho* (Calvo García, 2014). Aunque parezca desconectada de estas dos aportaciones, hay una tercera que considero muy relevante en esta misma línea, como trataré de mostrar al final. Se trata de *Retorno al derecho regulativo. Implementación y evaluaciones de impacto*. En las líneas que siguen voy a intentar mostrar, al hilo de los argumentos de Calvo, no sólo que merece la pena continuar profundizando en la perspectiva sociológica de la teoría del derecho sino que una de las razones que muestran la insuficiencia del paradigma tradicional de la teoría del derecho y que hacen necesaria su apertura hacia un planteamiento socio-jurídico es, como apuntaba más arriba, una vía prometedora para el desarrollo de la sociología del derecho contemporánea: las evaluaciones de impacto regulatorio.

2. Antecedentes: la reivindicada conexión entre teoría del derecho y sociología jurídica

La teoría general del derecho surge históricamente para dar respuesta a la necesidad de puntos de vista generales, científicos, objetivos, desde los cuales abordar el conocimiento del derecho con independencia del particular ordenamiento jurídico del que podamos estar hablando. Ni es el lugar ni hay cabida en este trabajo para hacer una reconstrucción histórica completa del proceso de génesis de la teoría del derecho pero valgan unas líneas generales. Los juristas se han formado durante largos períodos aprendiendo al observar el ejercicio profesional de algún maestro. Así ocurrió con Cicerón, que aprendió de Quintus Mucius Escévola y con tantos otros discípulos de jurisconsultos en Roma. Responde al mismo modelo con que se organizaba la formación gremial medieval: el aprendiz entra en el taller de algún maestro que le enseña mientras trabaja, hasta que asciende a oficial y, finalmente, a maestro.

Esta educación es puramente práctica: se enseña mientras se hace. Según la distinción aristotélica, esta formación jurídica presupone que el derecho no es una ciencia sino una técnica (saber hacer cosas). Muchas universidades medievales europeas que ofrecían estudios jurídicos impartían, en lo fundamental, derecho romano y derecho canónico. Para la litigiosidad del día a día estaban las normas jurídicas locales pero nadie

imaginaba que estas pudiesen ser objeto de estudio académico porque, en su casuística, resultaba imposible abordarlos desde puntos de vista generales como los que exige la ciencia, algo que sí se consideraba posible en relación al derecho romano y al canónico. En Inglaterra no había apenas estudios universitarios de derecho porque el *common law* no tenía conexión con el derecho romano que aún mantenían los sistemas jurídicos continentales. Con el tiempo comenzó a debatirse el modelo de formación de los juristas, planteado entre dos extremos: la capacitación profesional o su tratamiento como disciplina académica (lo que presupone su reorientación hacia un tratamiento científico).

Aún hoy en Estados Unidos se da el primer modelo: las *Law schools* de las universidades ofrecen posgrados con orientación puramente profesional, aplicada, para lo que no se requiere un grado en derecho previo. En Inglaterra, la formación que tenía lugar en las *Inns of court* o en el sistema gremial posterior, ya en crisis abierta a finales del XVII, fue sometido a crítica durante los siglos XVIII y XIX y es en ese momento donde interviene Austin a favor de la formación académica con su escrito *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia* (1951).

En opinión de Austin (1951), el derecho debe estudiarse como una ciencia (lo que justifica la formación jurídica académica) porque además del conocimiento de las normas particulares vigentes en un territorio y momento concretos (jurisprudencia particular) existe una estructura permanente de todo derecho posible, compuesta por conceptos fundamentales presentes en todos los ordenamientos, y en ese sentido el derecho sí es abordable desde los puntos de vista de validez universal que caracterizan a la ciencia. Esta exigencia de cientificidad está pues en el origen de la teoría del derecho y así lo expondrá también Kelsen siete décadas después en su *Teoría pura del derecho* (2009).

Siendo históricamente precisos, la formación de teoría siempre ha formado parte de la vida del derecho y no puede, por tanto, limitarse a las particulares condiciones que confluyen en los siglos XIX y XX. Como expone Luhmann, “la demanda de teoría ha surgido, por una parte, de la docencia del derecho y, por otra parte de manera preponderante, de la praxis misma” (Luhmann, 2005: 61). La praxis a la que se refiere

Luhmann es la administración de justicia donde una fundamentación consistente de las decisiones de los jueces lleva a la necesidad de formalizar, conceptualizar y dar carácter general a la experiencia proveniente de la resolución de casos. En el caso de la formación de los juristas, la docencia requiere sistematizar el objeto del aprendizaje y este esfuerzo conduce también habitualmente a la generación de teorías en forma de elaboración conceptual de todo el aparato normativo y su presentación ordenada. Pero ninguna de estas dos necesidades explicaría la aparición de la teoría del derecho en los tiempos de Austin. Ese nuevo desarrollo obedece más bien a la influencia de las exigencias de cientificidad que trajo consigo la Ilustración y al auge de las doctrinas positivistas.

Varios autores han señalado esa raíz doctrinal de la teoría del derecho, Calvo entre ellos:

> (...) parece más correcto colegir que la perspectiva doctrinal sería una exigencia de los planteamientos "cientificistas" y formalistas que han predominado en las ciencias jurídicas y en la Teoría positivista del derecho. En cualquier caso, las limitaciones que impone este punto de partida determinan que se pierdan de vista aspectos importantes para la comprensión de los fenómenos jurídicos (Calvo García, 2014: 53).

Efectivamente, bajo esos parámetros se concibe la teoría del derecho, según comenta Peces-Barba, como una especia de "superdogmática" jurídica (Peces-Barba, 1998: 189), esto es, el examen de los diversos ordenamientos jurídicos positivos para extraer de ellos los conceptos de uso común y las condiciones generales de posibilidad de los sistemas jurídicos. Pero con ello "se mutila a la concepción sobre el concepto del derecho de su dimensión crítica, y consiguientemente se acepta sin reacción el material aportado por una reflexión científica muy condicionada por la ideología liberal burguesa" (Peces-Barba, 1998: 189). Es esta una primera limitación que, en sentido estricto, no corresponde tratar en este artículo, pero de la que se ocupan también otros autores, Calvo entre ellos y, como veremos, Ferrajoli.

La segunda limitación es la que deja completamente fuera la capacidad de reflexión crítica de la sociología jurídica o, como lo plantea más abiertamente Habermas, si el derecho se presenta como autoorganización de la comunidad jurídica sobre unas

pretensiones de validez puramente formal, con un contenido ideal, que "choca con los imperativos funcionales de la economía regulada por el mercado y de la administración burocrática, tal autocomprensión normativa suscita, y se ve confrontada con, una crítica articulada en términos de ciencias sociales" (Habermas, 1998: 105). Pero a pesar de que la teoría del derecho que surge sobre esas premisas formalistas tiene estos dos puntos ciegos avanza ignorándolos y, amparada en los presupuestos de la filosofía analítica, se apropia de la teoría del derecho como un imperialismo filosófico y con rechazo al enfoque socio-jurídico (Calvo García, 2014).

No tiene demasiado sentido esa hostilidad hacia la perspectiva sociológica cuando, como recuerda Pompeu Casanovas:

> (...) pese a la no disimulada hostilidad con que las facultades de Derecho han enseñado posteriormente a sus juristas a considerar las cuestiones sociológicas, el estudio teórico de ambas disciplinas es un producto directo del desarrollo de la ciencia de la sociedad y del Estado en el siglo XIX. Dogmática jurídica y Sociología son dos caras de la misma moneda, centradas en el estudio del poder y la organización política de la población en un territorio a la par que se constituían las administraciones, los Estados de Derecho, los códigos y las constituciones modernas (Casanovas, 1999: 24).

Ya Ferrari había insistido igualmente en que la filosofía del derecho y la sociología jurídica derivan de la misma matriz cultural: la filosofía humanista y científica de la Europa contemporánea (Ferrari, 2000)

Pero lo cierto es que esa perspectiva formalista se impone y se generaliza. Como reacción surgen, primeramente, los movimientos antiformalistas (Ihering, Gény) y poco después la sociología jurídica. Y aún cabría añadir a las variantes del realismo jurídico, pero eso nos llevaría a otro debate. Como es sabido, en sus primeros momentos la sociología jurídica (Ehrlich, Kantorowicz) se quiso presentar como la verdadera ciencia jurídica frente a la dogmática, pues no puede haber ciencia acerca de enunciados sobre el deber ser. Pero esa etapa duró poco y pronto los clásicos como Geiger o Weber plantearon la sociología jurídica como otra observación del derecho, no en rivalidad con la dogmática. Desde ese momento se abre la oportunidad de una teoría del derecho capaz de integrar la

perspectiva sociológica, pero hace de esto un siglo y sin embargo ese proyecto no termina de desarrollarse. Y no precisamente por falta de reivindicaciones. No voy a revisarlas todas, pero sí me propongo entresacar algunas significativas.

Como comenta Larenz en relación con Krawietz, su propósito es que la teoría del derecho sea capaz de aclarar la función social del Derecho positivo, que concibe además como una técnica que pone a disposición de los ciudadanos un tipo específico de medios con los que lograr fines determinados (Krawietz, 1992), y "de este modo aproxima la Teoría del Derecho a la Sociología del Derecho" (Larenz, 2001: 181). También Gregorio Robles considera que es posible "un entronque no forzado de la sociología del derecho con la teoría del derecho y, en general, con las ciencias jurídicas tradicionales" (Robles, 1993: 65). MacCormick cree que "La jurisprudencia es, y debe seguir siendo, una aventura conjunta de juristas, filósofos y sociólogos" (MacCormick, 1986: 49). O, en palabras de Bobbio, "nunca como hoy la ciencia jurídica ha sentido tanto la necesidad de establecer nuevos y más estrechos contactos con las ciencias sociales" (Bobbio, 1990: 219).

García Amado, enumerando el conjunto de temas que componen la filosofía del derecho distingue como partes diferenciadas la teoría general del derecho de la filosofía sociojurídica, que sería aquella parte de la filosofía del derecho que atiende a "la interacción entre derecho y sociedad, lo que supone un estrecho parentesco de esta rama con la sociología jurídica" (García Amado, 1994: 140). Aparentemente esa interacción entre derecho y sociedad caracteriza a la filosofía sociojurídica y, por tanto, no afectaría a la teoría general del derecho misma. Sin embargo, más adelante afirma:

> Si la crisis de la metafísica significó el tránsito del predominio de la temática ontológica a la temática epistemológica; si la crisis del positivismo puramente empirista y el auge del positivismo lógico, con su exaltación de la racionalidad formal y lingüística como supremas pautas de racionalidad, conllevaron el predominio de la teoría general del derecho de inspiración analítica, la crisis de los esquemas positivistas a la que en los últimos años se asiste ha significado la búsqueda de nuevos paradigmas explicativos para el derecho (García Amado, 1994: 140-41).

Y así, el autor cree que a partir de los años 80 se inicia el auge de esta perspectiva sobre el derecho. Es decir, que la perspectiva sociojurídica vendría a superar a la teoría general del derecho de inspiración analítica y a ella cabría aplicarle, por tanto, la afirmación de que "cualquier disquisición sobre el ser del derecho que no sea capaz de mantener los ojos abiertos ante el efectivo ser social del derecho termina perdiéndose en especulaciones gratuitas" (García Amado, 1994: 143)

Atienza extiende la conexión no sólo con la teoría del derecho sino incluso con las teorías de la argumentación jurídica, que han estado casi exclusivamente centradas en la discusión sobre cuestiones de tipo normativo cuando buena parte de la argumentación que realmente se desarrolla en los tribunales es argumentación sobre hechos. Cualquier intento de completar esta laguna

> (...) obligaría a considerar que la teoría de la argumentación jurídica no sólo ha de desarrollarse en estrecho contacto con la teoría moral y con lo que normalmente se llama "teoría del Derecho", sino también con la sociología del Derecho, entendida esta última como teoría sociológica y como investigaciones de tipo empírico (Atienza, 1997: 237).

Ferrajoli relativiza la distinción entre hechos y normas que había estado en la base de la separación tajante entre sociología jurídica y teoría del derecho en autores como Kelsen (1992) y estima que en los estados constitucionales de derecho con constitución rígida, que son propios de nuestro tiempo, "de hecho, todos los fenómenos normativos pueden ser considerados simultáneamente como *hechos* (o actos) y como *normas*" (Ferrajoli, 2008: 37-38). Precisamente, las normas pertenecientes a los niveles normativos inferiores también se consideran actos (y como tales virtualmente divergentes) respecto de las normas de nivel superior que regulan su producción. Y a la inversa, los actos normativos pertenecientes a los niveles normativos superiores también se consideran normas.

> La descripción sólo del derecho que (normativamente) debe ser, que realiza la aproximación normativista, ignora el derecho que es, es decir su práctica real. Por su parte, la descripción sólo del derecho que (efectivamente) es, como ocurre con las

> aproximaciones realistas, ignora el derecho que debe ser, es decir su modelo normativo, por ejemplo constitucional. En ambos casos –uno frecuente entre los juristas, el otro entre los sociólogos- tendremos dos imágenes opuestas del derecho, pero ambas parciales y distorsionadas, puesto que una descuida los márgenes de ineficacia de las normas de rango superior y la otra los de legitimidad de las normas de rango inferior (Ferrajoli, 2008: 42-43).

Así, Ferrajoli propone diferenciar, por una parte, tres niveles del discurso o aproximaciones disciplinarias y, por la otra, la teoría del derecho. Esos tres niveles serían la filosofía política (crítica y propositiva) en relación con el derecho, la evaluación del derecho por su coherencia con los preceptos constitucionales y la aproximación sociojurídica, que analiza el mayor o menor grado de cumplimiento efectivo del derecho. Y, "en otro nivel completamente diferente se sitúa la *teoría del derecho,* que es una *teoría formal* que se limita al análisis de los conceptos técnico-jurídicos y de sus relaciones sintácticas" (Ferrajoli, 2008: 50).

Aun cuando pudiera parecer que con este planteamiento se mantiene la separación radical entre sociología jurídica y teoría del derecho (y también la filosofía política y la coherencia constitucional, aunque estos no sean ahora nuestros temas), Ferrajoli, por el contrario, encuentra aquí un vínculo esencial.

> De esta manera, la teoría del derecho, y en especial del estado constitucional de derecho, con las divergencias que comporta entre principios ético-políticos, principios de derecho y práctica jurídica, puede postularse como el lugar en el que es posible recomponer las diferentes fracturas disciplinarias (entre ciencia del derecho, sociología y filosofía) que han marcado la historia de la cultura jurídica moderna (Ferrajoli, 2008: 66).

Recuerda en esto parcialmente a Habermas, quien declara que lo que en este contexto le importa "es la elaboración de un planteamiento reconstructivo que haga suyas ambas perspectivas: la de una teoría sociológica del derecho y la de una teoría filosófica de la justicia" (Habermas, 1998:69).

Son muchos otros los autores que, con diferentes argumentos, reclaman esta vinculación entre teoría del derecho y sociología jurídica. Soy consciente de la injusticia de no citar a muchos de ellos que lo merecerían pero excedería al espacio de este artículo. Me limito a hacer algunas referencias para mostrar que la propuesta de Calvo, de la que me ocuparé a continuación, no es un caso aislado sino que se inserta en una larga serie. Al mismo tiempo, sus consideraciones quedan así contextualizadas en el origen histórico de la teoría del derecho, que he mencionado al comienzo de este apartado.

3. Las propuestas de Calvo sobre la reorientación sociojurídica de la teoría del derecho

Calvo, en primer lugar, no propone la sustitución de la teoría del derecho por una teoría sociológica del derecho (Calvo García, 2010) sino que intenta mostrar las limitaciones de la perspectiva dominante en la primera de ellas y poner de manifiesto cómo pueden superarse esas limitaciones integrando en la teoría del derecho la perspectiva sociojurídica, aunque en otro momento incluso se plantea el desarrollo de una teoría socio-jurídica del derecho en cuanto tal (Calvo García, 2014), siguiendo en esto a Cotterrell. Se apoya para ello en un amplio conocimiento de autores contemporáneos que han venido a reivindicar de uno u otro modo esa apertura de la teoría tradicional, como Tamanaha, Schauer, Twining, Kornhauer, Lacey, Galligan, Hawkins, Offe o Zagrebelsky.

Frente a la breve semblanza histórica trazada en el apartado anterior, Calvo desarrolla un análisis exhaustivo de la evolución de la teoría analítica del derecho desde Austin hasta Raz para poner de relieve dichas limitaciones así como el rechazo tradicional y la deficiente comprensión del punto de vista de la sociología jurídica en la teoría del derecho dominante. Así, por ejemplo, comentando la interpretación de Lacey acerca de una cierta apertura de Hart hacia planteamientos propios de la sociología jurídica pone de manifiesto junto con Cotterrell que este autor no trata de poner de destacar los elementos esenciales del derecho con el instrumental propio de la sociología sino con puntos de vista más próximos a la filosofía especulativa (Calvo García, 2010).

En coherencia con la revisión hecha en el apartado anterior, Calvo considera que la teoría del derecho dominante se limita a una descripción puramente formal del sistema jurídico basada en unas exigencias de cientificidad y neutralidad valorativa que, sin embargo, no cumplen con lo que prometen. En primer lugar, el estrecho punto de vista que se autoexige deja fuera de su consideración algunos elementos esenciales de la praxis jurídica. Coincidiendo con Kornhauser señala cómo dicho punto de vista identifica el derecho con el conjunto de prohibiciones, exigencias, y permisos que prevalecen en la sociedad, más que en las instituciones del régimen jurídico que promulgan, aplican coercitivamente y mantienen el orden jurídico (Calvo García, 2010). Es lo que se ha venido a llamar también la perspectiva puramente *doctrinal* sobre el derecho.

En segundo lugar, la pretensión de la teoría analítica del derecho es ser valorativamente neutral para así poder cumplir con la exigencia de cientificidad que marca su origen. Si se vinculase el concepto de derecho con pretensiones morales de valor, se entiende, se llevaría el debate a posiciones subjetivas y, por tanto, no defendibles como de validez general. Sin embargo, esta neutralidad valorativa no es tal y, más bien, la teoría del derecho eleva a teoría un modelo característico de ordenamiento jurídico que surge de forma contemporánea a las primeras formulaciones de dicha teoría: el modelo jurídico liberal, como consecuencia de los cual se formula un concepto de derecho profundamente estatalista, racional y formal, con monopolio del sistema de fuentes sociales del derecho y su aplicación, vinculado a las instituciones características del modelo político del estado-nación y presuponiendo el carácter unitario del ordenamiento (Calvo García, 2010). Se dejan así fuera fenómenos jurídicos que no quepan en tal concepción del derecho. Con ello, esta teoría del derecho deja de estar en condiciones de explicar fenómenos como el pluralismo jurídico o la mundialización. No puede abarcarse esta amplia fenomenología contemporánea del derecho sin abrirse a las consideraciones sociojurídicas.

También adolece la teoría del derecho de corte tradicional de una alta dependencia del formalismo y del método lógico-deductivo. El normativismo tiene

> (...) en este sentido muchas dificultades de encaje con las transformaciones del derecho vinculadas al desarrollo de los sistemas jurídicos actuales orientados a conseguir objetivos o a realizar fines y valores sociales regulando positivamente el comportamiento de los agentes sociales y estableciendo estructuras burocráticas de carácter público o semi-público como instrumentos de implementación y control. Lo cual, de entrada, supone debilitar la autoridad y rigidez formal de las normas jurídicas en favor de un importante incremento de márgenes de discrecionalidad que, indirectamente, hacen factible el éxito de todo tipo de presiones y circunstancias de oportunidad (Calvo García, 2010: 383).

Aquel modelo metodológico también tiene dificultades para describir las decisiones jurídicas fuera del modelo de la decisión judicial, cuando el derecho contemporáneo se ve exigido a cumplir funciones donde ese esquema resulta insuficiente:

> (...) las burocracias que desarrollan y realizan políticas públicas y sociales tienen que construir las vías y las pautas para realizar los objetivos recogidos en los instrumentos regulativos de un modo razonable. Definir objetivos específicos, *policies* y pautas de actuación para alcanzar los objetivos generales de la legislación es una tarea compleja donde no sólo se tienen en cuenta los fines de la ley sino otros criterios como los de eficiencia y efectividad (Calvo García, 2020: 383).

En síntesis, Calvo coincide con Schauer en la afirmación de que tanto el derecho como el concepto del derecho son construidos y reconstruidos socialmente (Calvo García, 2010). Comparto con Calvo esta convicción y me gustaría con este artículo invitar a continuar este esfuerzo de construir una teoría sociológica del derecho. No pretendo tratar ahora de forma exhaustiva una propuesta de teoría que satisfaga esas exigencias pero sí apuntar algunas líneas fundamentales de la misma. La distinción kelseniana entre ciencias basadas en relación de causalidad y ciencias basadas en relaciones de imputación que marca la frontera entre hechos y normas, colocando con ello a la sociología en el primer terreno como ciencia descriptiva y la teoría del derecho en el segundo al ocuparse únicamente de las normas, deja fuera de consideración que la división entre hechos y normas se genere en el propio nivel social. Se ofrece con ella la imagen del sistema de relaciones sociales como meros hechos y, en el otro extremo, las normas que regulan tales hechos.

Pero como he intentado apuntar en otra parte (Aymerich, 2020), la normatividad no es un orden que se imponga desde fuera a la realidad social sino que ésta es constitutivamente normativa. Lo que muestra el interaccionismo simbólico de Mead es que los conceptos elementales de la descripción social (qué es un individuo, que es la interacción social, cómo se reconocen a sí mismos los individuos y a otros en las interacciones sociales) están configurados a partir de la capacidad de participar en relaciones gobernadas por normas, comenzando por los juegos infantiles en que los niños aprenden qué significa seguir una regla.

Es un caso semejante a la descripción de Wittgenstein, si bien éste se refiere específicamente al uso del lenguaje (Wittgenstein, 2008). Participar en la comunicación lingüística significa que se posee la capacidad para usar las reglas del lenguaje. El hecho de que las personas se comunican en un idioma significa que las reglas de ese idioma son válidas, que están vigentes. Las reglas no son algo que controla desde fuera el orden de la comunicación sino que la existencia misma de la comunicación demuestra la validez de dichas normas. De manera semejante, la normatividad no es algo que mantiene desde fuera un sistema de relaciones sociales organizadas sino que participar en las relaciones sociales implica tener la capacidad de seguir normas, la normatividad es constitutiva de las relaciones sociales y, por tanto, describir las relaciones sociales implica desde el primer momento entenderlas normativamente. La descripción sociológica es ya descripción de normas.

De algún modo se refiere también Luhmann (2005: 70) a esta cuestión cuando discute la muy repetida definición de la sociología jurídica que la identifica como la ciencia que estudia las relaciones entre derecho y sociedad “que encubren el error de que pudiera existir el derecho fuera de la sociedad”. La confusión está ligada a ciertas representaciones de qué significa “la sociedad” que se repiten como tópicos irreflexivamente. Por el contrario, lo que aporta la sociología jurídica es la descripción de cómo la dinámica social genera normas y, dentro de estas, normas jurídicas. Que pueda existir una teoría del

derecho (en ello insiste Luhmann) es el resultado de la diferenciación del subsistema jurídico dentro del sistema de relaciones sociales, de que se pueda

> (...) describir el derecho como un sistema autopoiético y autodiferenciador. Este programa de teoría implica que el derecho mismo es quien produce todas las distinciones y descripciones que utiliza, y que la unidad del derecho no es más que el hecho de su autoproducción: "autopoiesis". De acuerdo con esto, la sociedad debe ser tratada como el entorno social que posibilita y soporta esto (Luhmann, 2005: 85).

En fases históricas donde las normas jurídicas se confunden con las morales, las religiosas, las tradicionales, etc, no es posible una autonomía así del sistema jurídico y, por tanto, tampoco una teoría del derecho en sentido estricto. Pero una teoría sociológica del derecho está en condiciones de describir el proceso de diferenciación social que lleva a esa autonomía del sistema jurídico y, en ese sentido, tiene un punto de vista más amplio que la teoría del derecho dominante.

Ross (2005) había expuesto ya en el prefacio de su obra *Sobre el derecho y la justicia* que las nociones jurídicas fundamentales se deben interpretar únicamente como concepciones sobre la realidad social, sobre la conducta del hombre en sociedad, y en *Teoría de las fuentes del derecho* delimita esa normatividad en el plano individual, en el social-colectivo y en el jurídico (Ross, 1999). Naturalmente, es decisivo que las normas jurídicas sean claramente diferenciables de las otras como presupone también en todos los casos la teoría normativista, analítica, del derecho. Si se parte de esta fenomenología social la descripción del sistema jurídico es viable una teoría del derecho que recoja la aportación de la sociología jurídica o, mejor dicho, una teoría sociológica del derecho. En ningún momento se desdibuja que el plano normativo jurídico se constituye conforme a sus propias pautas.

En esto ya habían insistido clásicos de la sociología como Weber, y así lo refleja el propio Kelsen:

> Por tanto, de acuerdo con tal definición, el objeto de una sociología del derecho es la conducta humana que el individuo actuante ha orientado hacia un orden que considera como "válido"; o dicho de otro modo: el individuo cuya conducta constituye el objeto

> de la sociología del derecho, considera ese orden en la misma forma en que la jurisprudencia normativa considera al derecho (1995: 209).

A esa misma idea se refiere Luhmann:

> Esta situación de la teoría, que paraliza toda la discusión sobre la "legitimidad", se supera si se ve (como sociólogo) la calidad normativa de una comunicación en la facticidad de una expectativa contrafáctica. Una expectativa tiene por lo tanto una pretensión normativa, si su comunicación promete que dicha expectativa se mantendrá también en caso de desilusión (Luhmann, 1985: 92).

Ni Weber ni Luhmann plantean problema alguno para que en la descripción sociológica del derecho la validez de las normas sea definida en los términos en que se define internamente desde la ciencia jurídica, no desdibujan la distinción entre hechos y normas en ningún momento. Como también sostiene Febbrajo (1989: 89), se trata de superar tanto el "reduccionismo jurídico" como el "reduccionismo fáctico" en la aproximación al derecho. Ambas perspectivas "consisten fundamental y simplificadamente en una remoción y en una inadecuada traducción del elemento normativo".

4. La apertura sociológica del análisis de impacto regulatorio

Como decía al comienzo, además de los dos artículos ya comentados de Calvo hay una tercera aportación suya que considero muy relevante de cara a la introducción de la perspectiva sociojurídica en la teoría del derecho. Se trata de *Retorno al derecho regulativo. Implementación y evaluaciones de impacto*, texto que motivó nuestra última ocasión de colaboración profesional antes de su triste fallecimiento. La conexión con los dos artículos ya mencionados está en que además de las insuficiencias del modelo clásico, analítico, de la teoría del derecho que menciona en esas dos obras hay una tercera limitación de dicho análisis que se ha puesto de manifiesto con el desarrollo de todas las iniciativas ligadas a la mejora regulatoria y, en concreto, al análisis de impacto regulatorio.

Calvo, atento siempre a los cambios en el derecho contemporáneo, no dejó de ocuparse de esta nueva tendencia. En primer lugar, el normativismo característico de la

teoría del derecho se presenta como capaz de determinar los criterios de pertenencia al sistema de las normas, pero es imposible que desde su limitada óptica pueda valorar cuándo las normas, por más que cumplan formalmente con unos criterios de validez, se han vuelto excesivas o contraproducentes. Es lo que expresa bien el conocido título de García de Enterría (1999): *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. La superabundancia de normas (además de su baja calidad), por más que formalmente sean normas válidas, es un defecto del sistema jurídico que empieza a intentar controlarse desde dentro del propio sistema.

Efectivamente, el análisis de impacto regulatorio se concreta en una serie de disposiciones que obligan al legislador a considerar los efectos que la producción normativa provoca en el sistema de relaciones sociales y, por tanto, a abrirse a una perspectiva que hasta ahora no contemplaba. En la medida en que los ordenamientos van incorporando este tipo normas el modelo clásico de la teoría general del derecho se ve obligado a asumir el punto ciego con el que describía al sistema jurídico y a abrirse a una perspectiva sociojurídica.

Antes de entrar en el detalle del sentido del análisis de impacto regulatorio hay que reivindicar que esta preocupación por los efectos sociales de la legislación no es nueva y que surgió en el ámbito de la sociología jurídica hace ya un siglo. Efectivamente, Theodor Geiger demostró en una investigación clásica cómo el intento de la legislación alemana de comienzos del siglo XX de equiparar la situación de los hijos ilegítimos (según la terminología que entonces se empleaba) con la de los legítimos condujo a un resultado contrario al deseado: la ley obligaba al padre a pagar a la madre del hijo ilegítimo una pensión que fuese suficiente para alimentarlo, vestirlo, alojarlo y educarlo conforme al nivel social medio en que ella vivía, prohibiendo así que se desentendiese del hijo que había engendrado. Lo que ignoró la ley fueron las estadísticas que mostraban que en la gran mayoría de los casos los hijos ilegítimos tenían padres de extracción social media/alta y madres de extracción social baja, por lo que con esta solución normativa se garantizó a los padres que podían dedicar mucho menos dinero a sus hijos ilegítimos que a los legítimos, perpetuándose con ello la discriminación.

Concluyó Geiger que la producción normativa que ignora la realidad social en que ha de ser aplicada puede ser ineficaz o incluso producir un efecto opuesto al previsto (Geiger, 1920). Más adelante desarrolló su propia metodología sobre el cálculo de la eficacia de las normas jurídicas (Geiger, 1987) y la sociología jurídica ha mantenido desde entonces una atención permanente sobre este tipo de cuestiones. Así, por ejemplo, la actual distinción entre estudios *ex ante* y *ex post* a la regulación que forma parte de la metodología del análisis de impacto regulatorio tiene un claro paralelismo con la distinción hecha por Carbonnier entre lo que él denominó sociología ante-legislativa y post-legislativa (Carbonnier, 1982).

Pero veamos en qué consiste esta nueva exigencia de evaluación de los efectos sociales de la regulación. Me ocuparé en primer lugar de la evolución normativa más destacada y a continuación plantearé el cambio que suponen todas estas iniciativas. El análisis de impacto regulatorio surgió hace unos 50 años vinculado a algunas políticas públicas muy específicas, como los intentos de evaluación de la repercusión de las reformas legislativas o reglamentarias sobre el medio ambiente.

Posteriormente, su ámbito se fue ampliando a otros ámbitos a otros sectores normativos. En esta época la ideología neoliberal (además de alguna limitación metodológica) identifica la capacidad regulatoria estatal como un obstáculo para el libre mercado, lo que influyó en que el análisis de impacto regulatorio (RIA, según sus siglas en inglés) se plantease inicialmente casi en exclusiva como un análisis coste-beneficio, pero como veremos esta perspectiva limitada se ampliaría más adelante. En Estados Unidos, el RIA se hizo obligatorio en 1981 por medio de la Orden ejecutiva 12.291 del presidente Reagan. En este momento el objetivo que orientaba esta medida era la reducción de gastos de la administración estatal y la desregulación, que supuestamente favorecerían un entorno más propicio para los negocios. Por medio de la Orden ejecutiva 12.866 el presidente Clinton amplió el sentido del análisis de impacto regulatorio para incluir no sólo el patrón coste-beneficio sino otros valores que la legislación debería considerar, como su efecto redistributivo y en la equidad, la salud pública, la seguridad y el medio ambiente.

En paralelo con estas nuevas normas se crearon en el ámbito administrativo organismos como la *Government Accountability Office*, una agencia independiente que asesora al Congreso y que recibió el encargo en 1974 de evaluar y analizar los resultados de los programas y actividades del gobierno, incluyéndose aquí la evolución y eficacia de las leyes. Existen además de éste otros organismos independientes, como la *Office of information and regulatory affairs* o el *Congressional research service*, responsables ante las cámaras del Congreso y que cuentan con competencia en la evaluación de la legislación.

En Gran Bretaña se inició un camino semejante en los años 80, también inicialmente ligado al objetivo de la desregulación y con idea de mejorar el entorno normativo para los negocios (Libro blanco -*White Paper*- "Lifting the burdens", 1985). En 1998 el gobierno de Tony Blair introdujo la obligación de realizar un análisis de impacto regulatorio sobre las propuestas legislativas ampliando aquella perspectiva inicial a la consideración de la incidencia de la regulación en el conjunto de la sociedad, y no sólo en el terreno de los negocios. En el Reino Unido existe también un órgano independiente del Gobierno que presta su apoyo a la Cámara de los Comunes, la *National Audit Office*, de un modo parecido a lo ya dicho sobre EEUU. Además, la Unidad de escrutinio prelegislativo, que revisa los proyectos de ley en el marco de la Dirección de comisiones de la Cámara de los Comunes, fue creada tras ponerse de manifiesto la baja calidad de la legislación tras el informe de la Hansard Society de 1992 sobre el proceso legislativo.

El análisis de impacto regulatorio ha sido promovido por diversas organizaciones internacionales. A nivel europeo, los sucesivos tratados de la Unión contienen de manera reiterada disposiciones que provienen, en última instancia, de la muy citada Resolución del Consejo de 8 de junio de 1993 (Official Journal, 1993), la necesidad de incrementar la transparencia en el proceso de elaboración legislativa, de mejorar la accesibilidad de las normas para sus destinatarios y para los operadores jurídicos y de mejorar igualmente la técnica legislativa en toda reforma que se emprenda del sistema vigente. Una primera consecuencia es la política de mejora regulatoria, "*better regulation*", que surge en la UE a raíz del Informe Mandelkern en 2001 (Grupo Mandelkern), creando la Comisión en 2005

un modelo de Evaluación de Impacto normativo para toda la legislación comunitaria. Así, el análisis de impacto normativo está ampliamente institucionalizado en la Unión Europea. Más recientemente la Comisión Europea aprobó la *Agenda de mejora normativa* (*Better regulation agenda),* el 19 de mayo del 2015.

Desde la OCDE también se promueve el *Regulatory Impact Assessment and Analysis* como elemento para la mejora de la gobernanza desde la década de los 90 (OCDE, 2009). El 22 de marzo de 2012, el *Regulatory policy committee* de la OCDE adoptó la *Recomendación del Consejo sobre Política y Gobernanza Regulatoria*, que ha sido muy influyente en las iniciativas adoptadas por muchos estados. Es cierto que la OCDE tiende más al modelo del análisis coste-beneficio y a insistir en la creación de entornos normativos favorables a los negocios, pero la propia naturaleza de la organización explica en parte esta tendencia. El análisis de impacto ha sido también tratado en el Consejo de Europa, que desde los años 90 del pasado siglo comenzó a incentivar la cooperación legal entre los estados miembros para lograr una mejor legislación sobre la base de la evaluación del proceso legislativo. El Consejo de Europa hace especial hincapié en que debería prestarse una atención especial a la evaluación de los efectos de la legislación sobre el ejercicio de los derechos fundamentales, organizando en torno a él un proceso de evaluación y determinando sus requisitos (Karpen, 1999).

Aparte de los casos ya mencionados de Estados Unidos y Gran Bretaña resultaría excesivo hacer un repaso de todas las iniciativas emprendidas en los diferentes estados pero sí quiero resaltar algunos ejemplos relevantes porque al compromiso con el análisis de impacto regulatorio se le ha dado rango constitucional. En Suiza, desde la enmienda a su constitución de 1999, este análisis se ha hecho obligatorio y así lo establece el art. 170: "Evaluación de la efectividad. La asamblea federal deberá asegurar que las medidas son evaluadas en relación a su efectividad". Con ese fin la evaluación *ex post* de la legislación lleva utilizándose bastante tiempo, frente a la relativamente débil institucionalización de la evaluación *ex ante*. A nivel federal se creó el *Control parlamentario de la administración*, un departamento independiente de evaluación, pero la evaluación legislativa suele encomendarse a consultores independientes o a expertos de las universidades (Kellerhals,

2006). Existen normas legales para este tipo de evaluación tanto a nivel nacional como cantonal.

En el caso francés, la reforma de la Constitución llevada a cabo en 2008 modificó el art. 39 para que los proyectos de ley tuviesen que presentarse conforme a un procedimiento que habría de ser desarrollado por ley orgánica. A continuación la Ley Orgánica 2009-43, de 15 de abril de 2009, estableció la obligación de que para todas las leyes se debe elaborar un estudio de impacto regulatorio. Por tanto, como consecuencia de esta reforma la *Conferencia de los presidentes de la primera cámara* denegará la inscripción en el orden del día de aquellos proyectos de ley que no vayan acompañados de un informe de impacto regulatorio (art. 39), que además tiene carácter público. Añadido a esto, al reformarse el reglamento de la Asamblea Nacional en 2009 se reforzó la participación ciudadana, incluso telemáticamente, para que se pudiesen hacer llegar a los diputados observaciones sobre el proyecto pero también sobre el informe de impacto que lo acompaña. Esta nueva posibilidad ha suscitado nuevos debates en la opinión pública francesa con ocasión de la tramitación de varios proyectos de ley (Maïa, 2013).

La evaluación francesa no había contado hasta esta reforma con una base metodológica claramente definida pero desde 2008 el cambio ha sido muy destacable. El impulso para esta reforma fue el informe del *Conseil d'état* de 2006 en el que planteaba la necesidad de poner el nivel de exigencia del análisis de impacto regulatorio en el más alto nivel de la jerarquía normativa como solución a la complejidad del derecho y la falta de seguridad jurídica. Desde el punto de vista organizativo, su institución más influyente es el *Conseil Scientifique de l'évaluation*. En la organización de las unidades y organismos de apoyo dentro de la asamblea, podemos destacar la *Office Parlementaire de l'évaluation de la législation* y una *Office parlementaire de l'évaluation des politiques publiques*. Otros estados han creado también departamentos específicos, pero los han hecho depender directamente del poder ejecutivo. Así, por ejemplo, el *Consejo finlandés de análisis de impacto regulatorio*[2], dependiente de la oficina del primer ministro.

[2] Ver página oficial: <https://vnk.fi/en/council-of-regulatory-impact-analysis>. Fecha de consulta: 10 de marzo de 2021.

Lo destacable de Francia es que con independencia de quién elabore el proyecto de ley (el ejecutivo, habitualmente), el debate se sustancia en el terreno parlamentario donde la publicidad es obligatoria, y por tanto la participación ciudadana no es un trámite formal de consulta a potenciales afectados sino una opción mucho más efectiva. Como afirma Rose-Ackerman (2013: 123),

> (...) la diferencia estriba en que el proyecto que se envía al Parlamento es susceptible de críticas más inteligentes, tanto dentro como fuera de las cámaras en virtud de la evaluación de impacto y de la información que proporciona el gobierno.

Sin llegar a este nivel de compromiso hay iniciativas semejantes en los Países Bajos, Bélgica, Alemania, Austria y otros. En España la Ley 39/2015, de *Procedimiento administrativo común de las administraciones públicas,* en la parte referida al análisis de impacto se hizo, como indica el propio preámbulo de la ley, para atender las recomendaciones incluidas en el informe de la OCDE *Spain: from administrative reform to continuous improvement*, de 2014, sobre mejoras en el ámbito de la mejora regulatoria. También la Ley 40/2015, de 1 de octubre, *de Régimen Jurídico del Sector Público*, en su disposición final tercera introduce reformas profundas en materia de justificación, evaluación, racionalidad y transparencia del proceso normativo, que se concretan en el Real Decreto 931/2017 que se regula la Memoria de análisis de impacto normativo. En resumen, asistimos a una oleada de reformas legislativas que disciplinan el proceso de creación normativa bajo el principio de la optimización de sus efectos sobre el medio social.

Veamos ahora el significado de todas estas reformas. En palabras de Ulrich Karpen, el análisis de impacto regulatorio "constituye un instrumento de evaluación sistemática de los efectos de las normas. Una evaluación es una consulta metodológica acerca del valor y el método de un objeto" (Karpen, 2006: 57). O tal como lo define Susan Rose-Ackerman (2013: 125),

> (...) en esencia, la evaluación de impacto resulta indicativa de la preocupación por la eficacia funcional del Derecho. El Estado debe evaluar las leyes y los reglamentos para determinar qué efectos tendrán sobre el comportamiento humano y si lograrán

> beneficios públicos (…). La evaluación de impacto no se concentra en las propiedades formales del Derecho sino en lo que éste hace, consigue, genera.

Esta preocupación abarca tanto el proceso previo de legislación como los resultados posteriores; el efecto real conseguido por cada reforma normativa. Se busca una legislación eficaz, eficiente y efectiva. La simple existencia de la norma no es garantía para alcanzar sus fines y, en ocasiones, se provocan además efectos no deseados. Se requiere, por tanto, un análisis previo y posterior sobre su necesidad, su impacto y para determinar su efectividad, contribuyendo a su adaptación en un entorno complejo y cambiante, del que surge y sobre el que pretende proyectarse. Se trata de identificar, mejorar y crear metodologías de evaluación y análisis de las normas que constituya un refuerzo a su motivación y justificación, respondiendo a la preocupación por su grado de cumplimiento o la consecución de sus objetivos, estableciendo un sistema de evaluación de efectos y resultados.

La materialización de estos propósitos pasa por fortalecer las memorias e informes previos y los análisis de impacto, ya institucionalizados en muchos países; concienciar sobre la importancia de los mismos y desarrollar metodologías procedimentales más rigurosas, científicas, específicas y sistematizadas tanto de análisis como de evaluación. Como hemos podido ver, también muchos estados cuentan ya desde hace años con instituciones para el apoyo en las tareas de creación normativa y otros organismos encargados de la evaluación de los resultados de la legislación y la presentación de informes sobre su efectividad.

> Según Auby y Perraud (2013: 24):
>
> El método de evaluación de impacto regulatorio comprende las siguientes fases:
>
> - La definición del problema (en términos de riesgo, de necesidades o de oportunidades para mejorar el *status quo*).
> - Una forma de gobernanza que se basa en un proceso de gestación de las normas que sea transparente y controlable, que ponga especial énfasis en las consultas, en el uso de las pruebas empíricas y contrastadas para la preparación de la legislación y que siga los

estándares de validación propios de las ciencias sociales y naturales durante el proceso regulatorio.

- La expresa consideración de múltiples opciones, incluyendo la opción cero o la de no tomar ninguna medida, teniendo en cuenta alternativas que supongan una menor intervención pública en los mercados, medidas de derecho blando o soft-law, acuerdos voluntarios y, desde luego, los métodos tradicionales de "ordeno y mando" (*command and control regulations*).
- Metodologías específicas para el análisis de diferentes opciones regulatorias, como el análisis coste-beneficio, análisis de criterios múltiples y la evaluación comparativa de riesgos.
- Un compromiso de supervisión *ex post* y de revisión de las regulaciones.

Hemos visto en casos como el francés que, por disposición de rango constitucional, la producción legislativa deberá ceñirse a estas exigencias y, por tanto, como paso previo debe demostrarse que existe un problema, que la mejor solución a dicho problema es una nueva norma jurídica (en comparación razonada con otras alternativas), que la norma ha sido calculada para producir como efecto la solución del problema y que pasado el tiempo se evaluará si efectivamente se ha producido el resultado esperado. Todo este proceso debe justificarse y validarse conforme a los patrones de las ciencias sociales y naturales. La teoría del derecho dominante se limitaba a verificar la validez de las normas mediante criterios formales que eran independientes de los análisis causa-efecto sobre la realidad social en que habrían de aplicarse las normas, como bien recalca Kelsen. Pero "si no se identifican claramente los objetivos, las estrategias y los instrumentos regulativos vinculados a esos objetivos y los mecanismos de implementación que aseguren su realización efectiva haciendo frente a las dificultades circunstanciales que puedan surgir, las regulaciones no funcionarán" (Calvo García, 2019: 606).

Creo importante resaltar también que el análisis de impacto regulatorio implica un cambio en el modo de concebir la función de la potestad normativa que es destacable por su repercusión en la calidad democrática del procedimiento. Tradicionalmente, el concepto de soberanía iba ligado a la potestad legislativa. Jean Bodin definía la soberanía como el poder absoluto y perpetuo de una república y es soberano quien tiene el poder de dictar leyes sin

recibirlas de otro. Dentro de esta potestad se incluye también el determinar cuál es el interés público, al cual habrán de someterse otros intereses privados. Por tanto, el legislador soberano tiene el poder unilateral de establecer mediante la ley el interés público.

Sin embargo, como señalan Auby y Perraud, "la evaluación de impacto nos muestra un camino nuevo, una nueva forma de evaluar el interés público" (Auby y Perraud, 2013: 27). Efectivamente, la declaración del interés público pierde aquel carácter unilateral y somete a debate público la cuestión como fase previa a su aprobación. La información con que el legislador cuenta para redactar el proyecto de ley puede ser solo una parte de la información relevante, de manera que otros interlocutores pueden aportar nuevos datos que modifiquen la concepción inicial del interés público, dentro del cambio de paradigma hacia el modelo de la gobernanza.

> La evaluación de impacto regulatorio demuestra que los intereses públicos ya no son producto de la exclusiva voluntad de la Administración, sino de la ponderación y equilibrio entre costes y beneficios. El interés público ya no es algo que la voluntad de la Administración pueda declarar unilateralmente, por puro decisionismo, sino que tiene que justificarse, que construirse (Auby y Perraud, 2013: 28).

Una enmienda a la totalidad a la definición de la norma de Austin como mandato de la autoridad. El punto nodal es que lo decisivo ya no es tanto cómo se determina quién ostenta la potestad normativa sino que se prioriza que la legislación y reglamentación se haga disponiendo del máximo de información relevante posible. En mi opinión, este es uno de los cambios que la sociedad de la información está trayendo al derecho. Pero afecta también a la identificación de las normas válidas en función de la autoridad que las promulga y el respeto al procedimiento establecido de aprobación. Que un reglamento pueda ser anulado por deficiencias en la memoria de impacto regulatorio o que, como ocurre en Francia, un proyecto de ley no se admita a trámite por la misma razón significa que ahora la validez de las normas dependerá también de que se justifique suficientemente que son idóneas para resolver el problema social concreto que motiva su propuesta. Pero eso obliga a considerar la adecuación entre las normas jurídicas y las dinámicas sociales

problemáticas que se intentan abordar. La apertura hacia la sociología jurídica se hace constitutiva.

Se refiere también a ello Luhmann (2005: 78):

> Los síntomas de agobio en el sistema jurídico actual ya han sido muy discutidos. Puede ser que se trate de un fenómeno de transición, resultado de las viejas demandas de exigencia regulativa y de adaptación a las nuevas condiciones. Piénsese, por ejemplo, en la dificultad de dotar de forma jurídica a los problemas de riesgo o a los problemas ecológicos. Pero, ¿cómo se puede formar un juicio sobre estas cuestiones? ¿qué tipo de teoría podría ayudar cuando, por un lado, se reconoce el valor regulatorio del derecho en la sociedad moderna pero, por otro, ya comienzan a perfilarse las modificaciones?.

Efectivamente, la llamada motorización legislativa nos obliga a plantear la pertinencia de una teoría del derecho que describe las normas como pretensiones de validez independientes de las condiciones fácticas de la sociedad pero que a la vez se ven obligadas a modificarse constantemente por la presión de los cambios y los conflictos sociales.

El mejor homenaje que podríamos tributar a Manuel Calvo es dar continuidad a este interés suyo sobre el derecho regulativo y los análisis de impacto, no sólo porque refleja problemas contemporáneos del derecho sino porque la consolidación de la sociología jurídica tiene aquí un claro campo para el desarrollo. Es cierto que, en sus orígenes, el análisis de impacto regulatorio vino ligado a intereses económicos y que buena parte de los esfuerzos metodológicos para concretarlo se hicieron siguiendo el patrón del análisis coste-beneficio que caracteriza a la ciencia económica, pero es incuestionable que el impacto social del derecho abarca un campo de fenómenos mucho más amplio que el que cabe en esa perspectiva y para el cual la historia de la sociología jurídica ofrece toda una tradición de estudios sobre la efectividad del derecho. Frente al muy difundido modelo de análisis de impacto basado en el análisis coste-beneficio Calvo propone desarrollar el impacto social, que considera primordial (Calvo García, 2019).

A mi juicio, la rápida evolución normativa en el campo del análisis de impacto regulatorio (tal como he intentado describirla) puede ser una magnífica ocasión de

especialización para los sociólogos del derecho de hoy. Cuanto más se requieren conocimientos expertos sobre el impacto social de la legislación y la reglamentación más opciones habrá de consolidación para una sociología jurídica que sepa aprovechar esta oportunidad, y la evolución normativa muestra que la demanda de tales análisis será creciente.

Referencias bibliográficas

Auby, Jean Bernard y Thomas Perroud. (2013). *La evaluación de impacto regulatorio. Introducción*, Sevilla, Global Law Press/INAP.

Atienza, Manuel. (1997). *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, 2a reimp., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

Austin, John. (1951). *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, Madrid, Instituto de estudios políticos.

Aymerich, Ignacio. (2020). "El lugar del derecho en las relaciones sociales", en: Añón, María José, Ignacio Aymerich Ojea, Cristina García Pascual, María A. Dalli Almiñana, José Antonio García Sáez, Juan Ramón Fallada García-Valle, Andrés Gascón Cuenca, Ángeles Galiana Saura, Víctor Merino Sancho, Jesús García Cívico, Ángeles Solanes Corella y Javier de Lucas (auts.) *Teoría del derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch.

Bobbio, Norberto. (1990). *Contribución a la teoría del derecho*, Madrid, Debate.

Calvo García, Manuel. (2010). "¿Cabe el enfoque socio-jurídico en la teoría del derecho?", *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, Vol. 44 , pp. 371-394.

Calvo García, Manuel. (2014). "Positivismo jurídico y teoría sociológica del derecho", *Sortuz. Oñati Journal of Emergent Socio-legal Studies*, Vol. 6, No. 1, pp. 46-66.

Calvo García, Manuel. (2019). "Retorno al derecho regulativo. Implementación y evaluaciones de impacto", en: Oliver-Lalana, Angel Daniel (ed.) *La legislación en serio. Estudios sobre derecho y legisprudencia*, Valencia, Tirant lo Blanch.

Carbonnier, Jean. (1982). *Sociología jurídica*, Madrid, Tecnos.

Casanovas, Pompeu. (1999). "Pero, ¿qué demonios es la Sociología del Derecho?", *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, No. 25, Febrero, pp. 22-28.

Comisión Europea. (2015). *Better Regulation Agenda: Enhancing Transparency and Scrutiny for Better EU Law-making*, European Commission - Press release,

Estrasburgo, 19 de mayo de 2015. Recuperado de: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4988_en.htm>. Fecha de consulta: 14 de julio de 2021.

Comité de Política Regulatoria - OCDE. (2012). *Recomendación del Consejo sobre Política y Gobernanza Regulatoria*, Mejores políticas para una vida mejor, 22 de marzo de 2012, París, OECD Publishing. Recuperado de: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Recommendation%20with%20cover%20SP.pdf >. Fecha de consulta: 14 de julio de 2021.

Conseil d' État. (2006). *Rapport public 2006 - Sécurité juridique et complexité du droit*. Vie Publique.

Constitución federal de la Confederación Suiza. 18 de abril de 1999 (Suiza).

Constitución francesa. 23 de julio de 2008 [enmienda] (Francia).

Febbrajo, Alberto. (1989). "Sistemas sociológicos y teoría jurídica. Algunos dilemas de una sociología del derecho «crítica»", en: Bergalli, Roberto (coord.) *El derecho y sus realidades*, Barcelona, PPU, pp. 71-100.

Ferrajoli, Luigi. (2008). "La teoría del derecho en el sistema de los saberes jurídicos", en: Ferrajoli, Luigi, Josep Joan Moreso y Manuel Atienza Rodriguez (auts.) *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

Ferrari, Vincenzo. (2000). *Acción jurídica y sistema normativo. Introducción a la sociología del derecho*, Madrid, Instituto de derechos humanos "Bartolomé de las Casas" / Dykinson.

García Amado, Juan Antonio. (1994). "La filosofía del Derecho y sus temas. Sobre la no necesidad de la "Teoría del Derecho" como sucedáneo", *Persona y Derecho*, No. 31, pp. 109-155.

García de Enterría, Eduardo. (1999). *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Madrid, Civitas.

Geiger, Theodor. (1920). *Das uneheliche Kind und seine Mutter im Recht des neuen Staates: Ein Versuch auf der Basis kritischer Rechtsvergleichung*, München, Schweitzer.

Geiger, Theodor. (1987). *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, Berlin, Duncker & Humblot. (Obra original publicada en 1947)

Grupo Mandelkern sobre Mejora de la Regulación. (2001). *Informe Mandelkern sobre Mejora de la Regulación*, 13 de noviembre de 2001.

Habermas, Jürgen. (1998). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta.

Hansard Society Commission. (1992). *Making the Law: The Report of the Hansard Society Commission on Legislative Process*, Londres, Hansard Society.

Karpen, Ulrich. (1999). *The Obligation to Evaluate the Effects of Laws on the Exercise of Fundamental Rights*, Proceedings of the Council of Europe's legal co-operation and assistance activities (2000-2001), Sounion, Council of Europe.

Karpen, Ulrich. (2006). "La implantación de la evaluación legislativa en Europa", *La Evaluación de las Leyes*, XII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos, VVAA, Pau i Vall, Francesc y Javier Pardo Falcón (coords.), Madrid, Tecnos.

Kellerhals, Christophe. (2006). "La evaluación legislativa en el Cantón de Ginebra: el costo de la comisión externa de evaluación de las políticas públicas", en: Pau i Vall, Francesc y Javier Pardo (eds.) *La evaluación de las leyes. XII Jornadas de la asociación española de letrados parlamentarios*, Madrid, AELPA.

Kelsen, Hans. (1992). "Una fundamentación de la sociología del Derecho", *Doxa*, No. 12, pp. 213-56.

Kelsen, Hans. (1995). *Teoría general del derecho y del estado*, México, UNAM.

Kelsen, Hans. (2009). *Teoría pura del derecho* (4ª ed. 3ª reimp.), Buenos Aires, Eudeba. (Obra original publicada en 1960).

Krawietz, Werner. (1992). *El concepto sociológico del derecho y otros ensayos*, México, Fontamara.

Larenz, Karl. (2001). *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, Ariel.

Ley 39 de 2015. Ley de Procedimiento administrativo común de las administraciones públicas. 2 de octubre de 2016 (España). «BOE» núm. 236, BOE-A-2015-10565.

Ley 40 de 2015. Ley de Régimen Jurídico del Sector Público. 1 de octubre de 2015 (España). «BOE» núm. 236, BOE-A-2015-10566.

Ley Orgánica número 43 de 2009. 15 de abril de 2009 (Francia).

Luhmann, Niklas. (1985). "El enfoque sociológico de la teoría y práctica del derecho", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Vol. 25, No. 1, pp. 87-103.

Luhmann, Niklas. (2005). *El derecho de la sociedad*, México, Herder.

MacCormick, Neil. (1986). *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Dordrecht, Reidel.

Maïa, Jean. (2013). "Panorámica sobre la práctica francesa de los estudios de impacto preparatorios de los proyectos de ley, después de la entrada en vigor de su nuevo marco constitucional y orgánico", en: Auby, Jean Bernard y Thomas Perroud (eds.) *La evaluación de impacto regulatorio*, Sevilla, Global Law Press/INAP.

Official Journal C 166. (1993). *Council Resolution of 8 June 1993 on the Quality of Drafting of Community Legislation*, The Council of the European Communities, 17 de junio de 1993. Recuperado de: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31993Y0617(01)>. Fecha de consulta: 14 de julio de 2021.

Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). (2009). *Regulatory impact analysis: a tool for policy coherence*, París, OECD Publishing.

Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). (2014). Spain: From Administrative Reform to Continuous Improvement, París, OECD Public Governance Reviews, OECD Publishing.

Peces-Barba, Gregorio. (1998). *Introducción a la filosofía del derecho*, 5a reimp., Madrid, Debate.

Real Decreto 931 de 2017. Por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, Ministerio de la Presidencia y para las Administraciones Territoriales (España), 27 de octubre. «BOE» núm. 276, pp. 109376 a 109381, BOE-A-2017-13065.

Robles, Gregorio. (1993). *Sociología del derecho*, Madrid, Civitas.

Rose-Ackerman, Susan. (2013). "Evaluación de impacto y análisis coste-beneficio: ¿qué es lo que implican para la formulación de políticas y reforma del derecho?", en: Auby, Jean Bernard y Thomas Perroud (eds.) *La evaluación de impacto regulatorio*, Sevilla, Global Law Press/INAP.

Ross, Alf. (1999). *Teoría de las fuentes del derecho*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales.

Ross, Alf. (2005). *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba.

UK Parliament - Hansard Society. (1985). *"Lifting the Burden": White Paper*, 16 de julio de 1985.

Wittgenstein, Ludwig. (2008). *Investigaciones filosóficas*, Barcelona, Crítica.

ESTADO REGULATIVO E CONTROLE PENAL NO BRASIL
UMA CONTRIBUIÇÃO A PARTIR DA OBRA DE MANUEL CALVO GARCÍA

Fernanda Bestetti de Vasconcellos[1]
ORCID: 0000-0002-5212-3585
Correo electrónico: fernanda.bestetti@ufrgs.br

Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo[2]
ORCID: 0000-0001-7050-8852
Correo electrónico: rodrigo.azevedo@pucrs.br

Resumo

O presente artigo procura resgatar o conceito de Estado Regulativo, de Manuel Calvo García, para analisar as mudanças recentes nos mecanismos de controle penal no contexto brasileiro. Para tanto, o trabalho está dividido em quatro tópicos, tratando: 1) do direito na sociedade moderna; 2) do surgimento do Estado Regulativo, tal como proposto por Calvo García, e suas características e contradições no Brasil; 3) da relação entre este último e os dilemas da segurança pública e do controle penal no Brasil desde a Constituição de 88; e 4) do momento atual, de ascensão de propostas anti-modernas para o funcionamento das polícias, da justiça penal e das prisões, caracterizadas pela legitimação da violência estatal e da atuação direcionada e seletiva contra determinados grupos sociais.

Finalizamos sugerindo que o bolsonarismo se conecta com as características profundas e duradouras das instituições policiais e judiciais no Brasil, inquisitivas, seletivas, autoritárias, corporativas e refratárias a mecanismos efetivos de controle. Resistir e superar suas propostas regressivas implica em afirmar a opção pela democracia e a inclusão social, com transparência e controle público sobre as instituições.

[1] Doutora em Ciências Sociais pela PUCRS, professora adjunta do Departamento de Sociologia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Brasil.
[2] Doutor em Sociologia pela UFRGS, professor titular da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Brasil.

Palavras-chave: Estado regulativo, controle penal, punitivismo.

EL ESTADO REGULADOR Y EL CONTROL PENAL EN BRASIL UNA CONTRIBUCIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE MANUEL CALVO GARCÍA

Resumen

Este artículo busca rescatar el concepto de Estado Regulador, de Manuel Calvo García, para analizar los cambios recientes en los mecanismos de control penal en el contexto brasileño. Por tanto, el trabajo se divide en cuatro partes, que tratan: 1) el derecho en la sociedad moderna; 2) el surgimiento del Estado Regulador, tal como fue propuesto por Calvo García, y sus características y contradicciones en Brasil; 3) la relación entre este último y los dilemas de seguridad pública y control criminal en Brasil desde la Constitución del 88; y 4) del momento actual, del surgimiento de propuestas antimodernas para el funcionamiento de la policía, la justicia penal y las cárceles, caracterizadas por la legitimación de la violencia estatal y la acción dirigida y selectiva contra determinados grupos sociales.

Concluimos sugiriendo que el bolsonarismo está conectado con las características profundas y duraderas de las instituciones policiales y judiciales en Brasil, que son inquisitivas, selectivas, autoritarias, corporativas y refractarias a mecanismos efectivos de control. Resistir y superar sus propuestas regresivas, implica afirmar la opción por la democracia y la inclusión social, con transparencia y control público sobre las instituciones.

Palabras clave: Estado regulativo, control criminal, punitivismo.

REGULATORY STATE AND CRIMINAL CONTROL IN BRAZIL
A CONTRIBUTION FROM THE WORK OF MANUEL CALVO GARCÍA

Abstract

This article seeks to highlight the concept of the Regulatory State, by Manuel Calvo García, to analyze recent changes in the mechanisms of penal control in the Brazilian context. Therefore, the work is divided into four themes, which deal with: 1) the Law in modern society; 2) the emergence of the Regulatory State, proposed by Calvo García, and its characteristics and contradictions in Brazil; 3) the relationship between the latter and the dilemmas of public security and criminal control in Brazil since the Constitution of the 88; and 4) of the current moment, of the peak of anti-modern proposals for the operation of the police, criminal justice and prisons, characterized by the legitimization of state violence and directed and selective action against certain social groups.

We conclude by suggesting that bolsonarismo is connected with the deep and long-lasting characteristics of police and judicial institutions in Brazil, which are inquisitive, selective, authoritarian, corporate and refractory to effective mechanisms of control. Resisting and overcoming their regressive proposals implies affirming the option for democracy and social inclusion, with transparency and public control over institutions.

Keywords: regulatory State, criminal control, punitiveness.

1. A Racionalização da Vida Social e do Direito na Sociedade Moderna

A racionalização é um "tipo ideal", isto é, uma esquema conceitual construído com objetivo heurístico para analisar a concretude dos fatos sociais. Weber caracteriza a racionalização jurídica como uma manifestação do desenvolvimento peculiar da civilização ocidental, que se insere em um processo geral de racionalização crescente dos diversos âmbitos da vida social.

O tema central da obra weberiana é caracterizar e delimitar um tipo de racionalização que consiste em uma desmistificação, sistematização, especialização e tecnificação crescentes em todos os âmbitos da vida social. Weber não se propõe a emitir juízos de valor positivos ou negativos sobre o processo de racionalização em geral, e especificamente do direito e das consequências que podem resultar do funcionamento de um direito racionalizado. O que lhe interessa é a descrição deste processo e a compreensão dos fatores que o produziram.

Weber acabou por constatar o distanciamento que a excessiva racionalização técnica do sistema jurídico produziu entre os destinatários e usuários do sistema e a lógica interna do próprio sistema jurídico. Embora o conceito de racionalidade seja central na análise weberiana, tem, como já dito, um caráter muito mais descritivo do que valorativo. A centralidade do conceito

> (...) no quiere decir, que Weber sea el "gran defensor" de la racionalidad propia de la sociedad burguesa-capitalista. Antes al contrario, especialmente en sus últimos escritos, Weber denuncia las incoherencias internas de aquella y reivindica la existencia también de la irracionalidad en los distintos ámbitos de la vida moderna (Fariñas Dulce, 1991: 286).

Para reconstruir de forma ideal-típica o desenvolvimento histórico da racionalização do direito, Weber leva em conta fatores tanto de natureza interna à própria estrutura do pensamento jurídico, que exercem uma influência direta sobre o desenvolvimento das qualidades racionais e especialmente formais do direito, como de natureza externa, como as condições políticas e econômicas que exercem uma influência indireta sobre o desenvolvimento da racionalização jurídica.

O aspecto interno da racionalização do direito coincide com o desenvolvimento da formalização jurídica, isto é, de suas qualidades formais: formação de conceitos jurídicos abstratos, criação de relações e instituições jurídicas, generalização e desenvolvimento da sistemática jurídica. Os atores deste processo de formalização foram os juristas

profissionais e universitários influenciados pela recepção do direito romano na Europa medieval.

> Segundo Weber, esta formalização somente foi obtida
>
> (...) merced a la recepción por los juristas italianos de la antigua jurisprudencia romana, producto de una forma política totalmente única que nace como Ciudad-Estado para convertirse en Imperio mundial. Junto con esta recepción han coadyuvado también a ese fin, por supuesto, el "Usus modernus" de los canonistas y pandectistas de la Baja Edad Media y las teorías iusnaturalistas, nacidas del pensamiento cristiano y secularizadas después. Los grandes representantes de este racionalismo jurídico han sido el podestá italiano, los juristas del rey, en Francia, que crearon los medios formales de que el poder real se valió para acabar con la dominación de los señores, los canonistas y teólogos iusnaturalistas del Conciliarismo, los juristas cortesanos y los ilustrados jueces de los príncipes continentales, los monarcómacos y los teóricos del Derecho natural en Holanda, los juristas de la Corona y del Parlamento en Inglaterra, la nobleza profesional de los Parlamentos franceses y, por último, los abogados de la época de la Revolución. Sin este racionalismo no son imaginables ni el Estado absoluto ni la Revolución (Fariñas Dulce, 1991: 290).

O processo de racionalização do direito moderno é a culminância de uma série de etapas históricas, quais sejam: a da criação do direito por revelação carismática; a da criação e aplicação do direito por *honoratiores* jurídicos; e a do outorgamento do direito pelo "império" profano e pelos poderes teocráticos. A última etapa é a do desenvolvimento do direito sistematicamente estatuído e da aplicação jurídica por juristas especializados, com base em uma educação letrada de tipo lógico-formal.

Esta última etapa se consolida com os processos revolucionários do século XVIII, e é melhor representada, enquanto produto legislativo, pelo *Code Civil* francês, na base do qual aparece a concepção do direito como um complexo compacto de normas, logicamente livre de contradições e de lacunas, assim como de qualquer tipo de elementos extra-jurídicos, éticos ou morais. A codificação servirá não somente para a fusão do direito teórico e do direito prático, mas também para, através da intervenção clarificadora do

legislador, colocar fim aos arcaísmos, à divisão do direito e à multiplicidade de costumes locais.

A legitimidade das normas é produto não apenas da produção legislativa por um parlamento legítimo, mas também em virtude de qualidades imanentes: forma específica e única consequente da legitimidade de um direito racionalizado que surge quando decaem a revelação religiosa e a santidade da tradição. O Direito Natural positivado é a forma específica de legitimidade do ordenamento jurídico revolucionariamente criado.

O antagonismo entre princípios formais e princípios materiais é a nota característica do direito moderno. Por um lado, os juristas profissionais contribuíram para a racionalização e sistematização do direito moderno, fazendo com que este fosse calculável em seu funcionamento. No entanto, no âmago do direito moderno aparecem também tendências que favorecem o debilitamento do formalismo jurídico. Weber cita como exemplo deste tipo de tendências materiais a desaparição do direito formal da prova em favor da livre apreciação da prova, conquista do racionalismo patrimonialista frente ao formalismo magicamente condicionado (Fariñas Dulce, 1991).

Da mesma forma, o próprio desenvolvimento interno do pensamento jurídico leva a situações em que, em nome da justiça material, o juiz se vê obrigado a contestar sua racionalidade formal. No caso do direito penal, isto pode ser exemplificado pelo fato de que há a substituição de seu caráter vingativo, punitivo ou retributivo por fins éticos ou utilitários – elementos materiais, e não formais – tendentes à reeducação e reinserção social do condenado. Weber reconhece, portanto, que uma justiça de tipo material, que julga de acordo com o sentimento concreto, ética, política e socialmente condicionada, pode subsistir na sociedade moderna, junto a um direito racional-formal.

Se por um lado o processo de racionalização do direito responde à sua própria lógica interna, as condições externas à sua racionalização dizem respeito às condições econômicas e às condições políticas, com uma incidência indireta das primeiras e direta das segundas.

Enquanto as dominações de tipo teocrático, patrimonial ou principescas fomentam uma racionalização material do direito, a dominação legal faz com que o direito tenda cada vez mais à forma de norma estatuída. Neste sentido, a racionalização burocrática característica do Estado moderno foi um fator que influenciou diretamente na racionalização formal do direito, em sua formulação legislativa, doutrinária e institucional, conduzindo o direito moderno a uma especialização profissional e a uma tecnificação cada vez maior.

O direito racional-formal é, portanto, um produto do mesmo desenvolvimento histórico que originou o Estado moderno e o sistema econômico capitalista. Existiria uma similitude estrutural ou homologia entre os três fenômenos citados, no sentido de serem interpretados por Weber igualmente em termos de racionalidade formal. Essas três dimensões institucionais centrais para a sociedade moderna são o resultado, de um ponto de vista teórico, de um único processo de racionalização, que se realiza em vários setores da vida social moderna. De um ponto de vista metodológico, são concretizações de um procedimento ideal-típico comum, sem nenhuma pretensão de correspondência total com o real curso dos acontecimentos, mais complexo e marcado por contradições e ambiguidades (Fariñas Dulce, 1991).

Assim como o capitalismo, entendido como um sistema econômico baseado na busca do lucro mediante uma atividade racional e continuada, de lucratividade sempre renovada, de rentabilidade e de organização racional do trabalho formalmente livre, somente veio a se constituir no Ocidente na época moderna, também foi somente nas modernas sociedades ocidentais que surgiu um Estado como organização política baseada em uma constituição racionalmente estabelecida, com um direito racionalmente estatuído e uma administração de funcionários especializados guiada por regras racionais positivadas. A relação entre estas três dimensões institucionais da modernidade ocidental é caracterizada como de interconexões mútuas ou de condicionamentos recíprocos (afinidades eletivas), e não de dependência unilateral.

Na medida em que os indivíduos passam a interagir em contextos cada vez mais impessoais, como mercados e burocracias, o respeito impessoal e a igualdade formal tornam-se fonte de solidariedade comunitária, mas também de hostilidade e suspeita. No lugar do associado e do estranho, característicos das sociedades tradicionais, surge a figura abstrata do "outro". Segundo Mangabeira Unger,

> A distinção entre estranhos e associados nunca chega a desaparecer completamente no liberalismo. Persiste sob a forma de fixações nacionais, étnicas e locais e, acima de tudo, como um contraste entre o mundo público do trabalho e a vida privada da família e da amizade. Ainda assim, a impessoalidade da esfera pública e o caráter comunitário da esfera privada estão sempre mudando de posição (Mangabeira Unger, 1979: 156).

Os indivíduos passam então a obedecer normas relativamente estáveis de interação por acreditarem que isto lhes seja mutuamente vantajoso, e não por participarem da mesma noção de verdade e virtude. Ao ocuparem um lugar determinado nos vários grupos especializados aos quais pertencem, as funções que exercem e o modo como as exercem determinam os anseios e necessidades, bem como os meios ao seu dispor para satisfazê-los. Neste sentido, "o supremo interesse da cada indivíduo pela imagem da sua personalidade torna-se o pivô da ordem social; é este interesse que o leva, e até mesmo o força, a controlar as suas paixões desordenadas" (Mangabeira Unger, 1979: 158).

As peculiaridades da consciência e da existência individual na sociedade liberal moderna é dada, portanto, por um conjunto peculiar de interdependências entre três fatores: a multiplicidade de grupos expressivos, paralelamente à diminuição da área de vida individual que cada um desses grupos abrange; o desaparecimento da nítida distinção entre associados e estranhos, já que a ordem social torna-se uma associação de interesses com base na necessidade que os indivíduos têm de obterem aprovação mútua; por fim, os ideais passam a opor-se cada vez mais à realidade.

O universalismo, a associação de interesses e a separação entre o ideal e a realidade têm dois efeitos principais sobre o consenso, ameaçando a possibilidade de um acordo extensivo sobre a correção ou virtude dos arranjos sociais, e desencorajando o

indivíduo a aceitar a existência do acordo como sinal de que se descobriu o que é bom ou o que é certo. Assim, "as pessoas podem compartilhar de certos fins ou interesses, mas não podem transformar em comunidade o grupo a que pertencem" (Mangabeira Unger, 1979: 179).

Desmascaradas como frutos das circunstâncias e da tradição, a moralidade e a preferência convencionais perdem a aparente inevitabilidade e obrigatoriedade; doravante, devem ser medidas segundo algum padrão independente. No entanto, já não existem padrões para a avaliação das convenções aceitas, já que até mesmo a revelação religiosa passa a ser encarada como experiência da consciência individual, com a qual o Estado e a legitimidade da ordem social nada tem a ver. Segundo Unger, "o enigma essencial da sociedade moderna é como justificar a existência de um consenso sem autoridade, estabilidade sem convicção, ordem sem justificação" (Mangabeira Unger, 1979: 181). Responder a este enigma é essencial para compreender o lugar do direito e do Estado na sociedade liberal moderna.

A partir do momento em que a experiência de vida social passa pela injustificabilidade da ordem existente e pela perda de confiança nas tradições, passa-se a buscar estabelecer limites à arbitrariedade dos governantes. Uma das formas mais importantes deste esforço é a luta pela instituição de um Estado de Direito, caracterizado pelo seu compromisso com a generalidade e a autonomia individual.

Em sentido amplo, o Estado de Direito é definido pelas noções de neutralidade, uniformidade e previsibilidade, na medida em que o legislador deve manifestar a sua vontade através de regras gerais, é impedido de punir ou de favorecer diretamente certos indivíduos e, portanto, de mantê-los sob o seu imediato controle pessoal. O administrador, por sua vez, lida com os indivíduos somente dentro dos limites estabelecidos por regras que ele mesmo não faz. Para que o administrador atue dentro dos limites estabelecidos pelas leis, deve haver ainda outra instituição com autoridade final para determinar o que as leis significam. Esta autoridade é o Poder Judiciário (Mangabeira Unger, 1979).

Em um sentido mais estrito, o conceito de Estado de Direito diz respeito também ao próprio método de legislação, no sentido de que as leis sejam feitas por um método com o qual todos tenham motivo para concordar em seu próprio interesse. Neste sentido, a ordem jurídica deve possuir autonomia substantiva, isto é, deve representar um equilíbrio entre grupos competidores, e não a corporificação dos interesses e ideais de uma facção em particular.

Em ambos os conceitos (amplo e estrito), o Estado de Direito é o arranjo institucional que visa resolver o dilema da sociedade liberal, assegurando a impessoalidade do poder. No entanto, a sua capacidade de atingir este objetivo depende de duas premissas cruciais: a primeira é que os tipos mais importantes de poder possam ser concentrados no governo (monopolização). O governo deve manter-se acima ou fora do sistema de categorias sociais, através da seleção democrática e do controle das autoridades públicas. A segunda é a possibilidade de moderar-se o poder de maneira eficaz mediante o uso de regras (legalidade), criando um anteparo entre o cidadão privado e o administrador ou o juiz.

No entanto, ambas as premissas básicas do Estado de Direito mostram-se, em grande medida, fictícias. Primeiro porque nunca foi verdadeiro na sociedade liberal que todo poder significativo seja reservado ao Estado, o que pode ser facilmente demonstrado pelo fato de que as hierarquias que mais diretamente afetam a situação do indivíduo são as da família, do local de trabalho e do mercado.

Quanto à premissa que corresponde ao princípio da legalidade, é igualmente duvidosa sua eficácia. Todo método de legislar acaba por tornar certas opções mais prováveis do que outras, todo sistema legal representa, por si mesmo, determinados valores, incorporando certa idéia de como o poder deve ser distribuído na sociedade e de como resolver os conflitos.

2. O Estado Regulativo

A crise dos ideais liberais de organização social, representada pelas duas grandes guerras mundiais, dá origem a novas possibilidades de fundamentação das relações entre Estado e sociedade, na linha do que Manuel Calvo García denomina Estado Regulativo. É possível afirmar que o modelo passou a ser implementado a partir da depressão econômica ocorrida nos anos 1930, pela necessidade de regulação do sistema econômico, quando o governo norte-americano se orientou para políticas de correção e restauração das próprias regras do mercado. Esta onda de regulação econômica configurou-se em um suporte considerado fundamental para o posterior período de prosperidade vivido pela sociedade norte-americana, o que acabou por gerar o apoio social ao intervencionismo econômico estatal.

O processo de regulação social desenvolveu-se através da atividade intervencionista estatal, direcionada para fins de proteção à saúde e à segurança; meio ambiente; proteção diante de novos riscos tecnológicos e naturais; superação das discriminações na educação, no emprego e no acesso à moradia. A regulação social aproxima-se do fenômeno mais geral da legislação compulsória e promocional do *welfare state*, assim como o direito regulativo associa-se ao seu desenvolvimento (Calvo García, 2007).

Ainda que o processo de regulação social pela intervenção estatal tenha gerado um alto rendimento político, o Estado passou ser obrigado a ampliar sua estrutura regulativa: as demandas sociais estiveram voltadas para a que o Estado assumisse funções assistenciais, de modo a garantir condições mínimas para o bem-estar social e políticas sociais gestadas direta ou indiretamente pelo Estado. Paralelamente a este processo, a estrutura jurídica também teve de ser ampliada, uma vez que o Direito passa a ser cada vez mais utilizado como instrumento para a promoção de valores e interesses sociais.

> Cada vez são mais os preceitos que não apenas buscam proteger ou garantir mediante normas proibitivas as regras “espontâneas” do jogo social e, desdobrando uma lógica

> normativa nova, procuram fomentar, promover e assegurar certos valores e interesses sociais mediante o estabelecimento de obrigações para os poderes públicos e a legalização das relações sociais (Calvo García, 2007: 8).

A utilização do Direito com fins de regulação social teve como consequência, para além da ampliação de mecanismos penais tradicionais, a crescente utilização de mecanismos de intervenção preventiva, os quais buscam atuar sobre as causas geradoras do risco social. Neste sentido, as políticas de segurança acabam por ampliar as prerrogativas do sistema de controle tradicional, o qual é desdobrado em novos instrumentos regulativos de controle, relacionados a uma dinâmica de intervenção preventiva articulada a partir de definições bastante variadas de risco.

> O endurecimento ou a ampliação dos espaços de controle tradicional costuma apoiar-se em situações de alarme social – reais ou fictícios -, nos quais obtém sua fonte de legitimação. No caso espanhol, inicialmente, foi o terrorismo. Posteriormente, a droga e as políticas de imigração jogaram um papel equivalente na construção de "riscos sociais" orientados a legitimar o endurecimento das políticas de segurança e controle social que, pouco a pouco, tendem a se generalizar e a se separar das causas que justificaram seu excepcional desdobramento (Calvo García, 2007: 11).

Em matéria penal, uma das características do Estado Regulativo é a tipificação de delitos de perigo abstrato, ou seja, delitos cuja conduta não se caracteriza por um dano direto, mas por colocar em risco de dano um determinado interesse individual ou coletivo. É o caso, por exemplo, de legislações que criminalizam a conduta de dirigir sob o efeito de álcool, ou que criminalizam a posse ou o porte de arma de fogo, mesmo que no primeiro caso nenhum acidente ocorro, ou, no segundo, a arma não seja utilizada. São leis que se legitimam em nome da prevenção ao risco, utilizando a punição.

A realização de políticas de intervenção e promoção de valores e normas sociais através da utilização do Direito leva o sistema jurídico a uma abertura que possibilita a sua produção através de uma racionalidade político-burocrática, que tem como consequência primeira a inauguração de um processo de explosão legislativa. Com a ampliação de

normas criadas, passa a ser necessária (segunda consequência) a ampliação significativa de mecanismos burocráticos responsáveis pela realização do Direito Regulativo. A necessidade de criação de normas que regulamentem o desenvolvimento das atividades da estrutura burocrática criada para colocar em prática o direito regulativo apresenta-se como o próximo estágio do processo.

VER ANEXO I

Figura 1 – Estrutura de Reprodução do Direito Regulativo

A partir do processo de abertura do sistema jurídico a uma racionalidade político-burocrática, as normas proibitivas deixam de ser o único instrumento utilizado pelo sistema e surgem, concomitantemente, novas formas de controle que promovem a transformação na estrutura do Direito. Esta transformação é produzida pela descentralização dos ordenamentos atuais para o Direito Administrativo, acompanhado da substituição da dinâmica de adjudicação tradicional do sistema jurídico pela realização de políticas regulativas.

> A "regulação" converte-se na expressão paradigmática desse novo Direito cuja realização efetiva exige a concorrência das vontades políticas e dos meios materiais, normativos e institucionais adequados para alcançar os fins e objetivos estabelecidos regulativamente. O Direito orientado para fins introduz no sistema jurídico a flexibilidade característica das formas modernas de organização, o qual vai supor o enfraquecimento da autoridade e a rigidez formal das normas jurídicas a favor de um importante incremento da discricionariedade e as aberturas do Direito para todo o tipo de pressões sociais e políticas e, em geral, aos critérios de oportunidade (Calvo García, 2007: 21-22).

De acordo com Calvo García, o Direito Regulativo converteu-se no tipo predominante nos Estados Contemporâneos, sendo influenciado por critérios de tipo material, econômico, político, técnico, e isso determina o aumento da complexidade regulativa e das dinâmicas jurídicas. Essa influência implica na complexidade dos

problemas regulamentados, bem como dos fins perseguidos pelo Direito Regulativo, fazendo com que seja necessária a incorporação de outros saberes técnicos ao conteúdo jurídico. A existência de conteúdos não jurídicos nos problemas regulamentados/administrados pelo Direito Regulativo, incompreensíveis ao conhecimento dos juristas, implica numa perda substancial de autonomia do campo jurídico, ao mesmo tempo em que dá a ele a capacidade de "assumir a existência de espaços de "não-Direito" e dimensões informais nas dinâmicas jurídicas atuais" (Calvo García, 2007: 35).

Outro autores também identificam que o controle social na modernidade recente também passou por um processo de transformação: a complexificação da sociedade, a partir da modificação de estruturas sociais e das dinâmicas em que os laços sociais são constituídos, impôs a necessidade do desenvolvimento de novos modelos de controle social. Para Young e Beiras e Lazo, o conceito de "atuarialismo" reflete o momento em que a modernidade recente volta suas preocupações mais para a redução de danos do que para a produção da justiça, no sentido da prevenção do risco (Young, 2002; Rivera Beiras e Lazo, 2005).

A tendência contemporânea de gestão dos riscos sociais através de cálculos probabilísticos, ou atuariais, supõe uma mudança de paradigma que abandona o discurso correcionalista próprio do *welfare state* e desconsidera os modelos anteriores de controle do delito. O paradigma atuarial abandona o projeto disciplinar da penalização, considerado incapaz de promover a prevenção da criminalidade, cuja responsabilidade deixa de ser colocada na sociedade e passa a ser individualmente atribuída. "A eliminação das causas sociais do delito restaura a responsabilidade do indivíduo sobre seus atos e isso produz também efeitos sobre o castigo" (Rivera Beiras e Lazo, 2005: 233).

O modelo atuarial de gestão de riscos também produz efeitos no sistema de justiça criminal: passa a ser dada mais atenção para elementos que determinem o pertencimento do indivíduo a um determinado grupo social, considerado perigoso, do que para elementos mais concretos em torno da culpabilidade individual. Assim, as penas aplicadas passam a

ser acrescidas por elementos referentes à pertença a determinados grupos sociais, caracterizados como promotores de risco.

A difusão das informações, possibilitada pelo desenvolvimento dos diferentes meios de comunicação e pela acessibilidade de uma parcela substancialmente maior aos mesmos, assim como o crescimento das taxas de delito como furto, roubo e crimes sexuais, teve entre suas consequências uma opinião pública cada vez mais preocupada com a criminalidade. A dinâmica de legitimação da justiça penal (baseada em critérios atuariais) ocorre a partir desta mesma opinião pública e é acompanhada de ações de prevenção à criminalidade nos espaços comunitários. A comunidade passa, então, a adotar um rol de medidas de manejo do risco e este processo produz a descentralização do modelo moderno de controle do delito.

As atividades voltadas para o combate à criminalidade em nível comunitário também podem ser verificadas pela contratação de serviços de vigilância privada, pela utilização de mecanismos de segurança (como alarmes, grades e trancas) e através de técnicas baseadas no patrulhamento comunitário.

A figura abaixo procura demonstrar, de modo resumido, o processo de desenvolvimento social contemporâneo até aqui mencionado, que tem como uma das suas características mais marcantes a utilização de uma legislação que busca regular as relações interindividuais e prevenir os riscos.

VER ANEXO II

Figura 2 - Processo de Desenvolvimento da Sociedade Moderno-Recente e do Direito Regulativo

3. Estado Regulativo, Segurança Pública e Controle Penal no Brasil

A disseminação da sensação de crescimento do risco de vitimização nos mais diversos grupos sociais é um fenômeno contemporâneo. Acompanhados desta sensação, estão o aumento dos sentimentos de insegurança e medo, comuns em sociedades que passaram por um processo de individualização e reformulação das estruturas e laços sociais (Giddens, 1993, 2000 e 2003; Beck, Giddens e Lash, 1997; Beck, 1998; Young, 2002).

No caso específico da sociedade brasileira, o processo dinâmico de transformação da sociedade, vivenciado de forma mais intensa a partir das últimas décadas, possibilitou, em um primeiro momento, a afirmação de direitos coletivos a grupos até então inferiorizados na estrutura social, o que, em teoria, representou a consolidação de modelos de inclusão social no contexto nacional. No entanto, a sociedade brasileira continuou apresentando-se, na prática, de forma extremamente desigual, tanto no que se refere à renda, quanto ao exercício de direitos civis, políticos e sociais (Botelho e Schwarcz, 2012).

O aumento expressivo da criminalidade violenta no Brasil a partir dos anos 80 provocou um crescimento do interesse de diversos grupos sociais sobre o tema da segurança pública. Acompanhada desta relevância, a ideia de solução do problema da criminalidade a partir do aumento de penas de prisão e criminalização de condutas sociais, passou a ter cada vez mais apoio popular.

A opção pela inflação e endurecimento penal, percebidos como legítimos por grande parte da sociedade, encontra-se bastante difundida em contextos contemporâneos ocidentais, experimentados pelos estados democráticos. A existência de um sentimento de insegurança, ou mesmo a existência de uma situação específica de risco, costuma produzir a demanda social voltada para o endurecimento penal progressivo, que tende a ser rapidamente satisfeita pelos governos (Calvo García, 2007; Young, 2002; Silva Sánchez, 2002).

O que se quer apontar aqui é que, ainda que o processo de modernização da sociedade brasileira tenha contornos muito próprios e seus estágios ocorram com características diversas dos de grande parte dos países desenvolvidos, a adesão ao endurecimento penal, seja pelo aumento de penas ou criminalização de novas condutas, está inserida em um contexto mais amplo que, ainda que apresente diferenças nacionais, possui como similaridade a tendência a utilizar os mecanismos oferecidos pelo Direito Penal na tentativa de solucionar de forma rápida problemas sociais que, quando acirrados, se transformam em conflitos violentos. Neste sentido, acredita-se ser possível incluir o Brasil em um contexto de crescente utilização de instrumentos regulativos como uma forma de intervenção estatal voltada para assegurar ou efetivar direitos assistenciais e redistributivos, assim como para a realização de certos valores e objetivos sociais básicos (Calvo García, 2007), mas também de incremento do controle penal.

Tal fenômeno pode ser caracterizado como de populismo punitivo, ou de "governo através do crime", nos termos apresentados por Larrauri (2006: 15):

> Este modelo ha sido sustituido por una nueva "cultura del control" (Garland, 2001a) o más gráficamente por una época caracterizada por un "populismo punitivo" (Bottoms, 1995: 39). En opinión de este último autor, populismo punitivo se refiere a cuando el uso del derecho penal por los gobernantes aparece guiado por tres asunciones: que mayores penas pueden reducir el delito; que las penas ayudan a reforzar el consenso moral existente en la sociedad; y que hay unas ganancias electorales producto de este uso.
>
> En la misma línea, diversos autores afirman que se ha pasado de un modelo que perseguía el orden social a través del Estado social (*social welfare*) a un modelo que persigue este objetivo a través del control social (*social control*) (Beckett/Western, 2000). Aun con distinta expresión pero redundando en la misma idea se esgrime el concepto popularizado por Simon (1997) que ha denominado a este proceder, de afrontar los problemas sociales con el recurso prioritario al sistema penal, "gobernar a través del delito" (*governing through crime*).

No entanto, como apontam Silveira Campos e Ghiringhelli de Azevedo (2020: 17), a partir de um levantamento de toda a legislação em matéria penal e processual penal aprovada no Brasil de 1988 até 2016,

> (...) os dados apontam para a continuidade da ambiguidade das respostas da elite política para as escolhas de política criminal no pós-democratização. Tal variedade se constitui muitas vezes através do recurso simbólico do penal, que se mostra como parte importante/integrante das políticas criminais brasileiras na legislação mais punitiva ou na criminalização de novas condutas. Encontra-se uma grande variedade de opções de política criminal, que oscilam no plano das normas entre uma coexistência igualitária e ampliadora de direitos (universalista) combinada com uma tendência punitiva e hierarquizante (sob o discurso da prevenção situacional muitas vezes). Nosso argumento, portanto, aponta no sentido de pensar na coexistência desses princípios, ao invés de pensar estas políticas e tendências como opostas.

Percebe-se, portanto, a coexistência entre uma legislação mais igualitária (universalista), que visou ampliar direitos e garantias fundamentais dos acusados, com uma política de endurecimento penal. Esta constatação abre perspectivas para uma agenda de pesquisa, que tanto busque avaliar empiricamente o impacto destas reformas legais no sistema de justiça criminal, especialmente nas taxas de encarceramento e de aplicação de penas e medidas alternativas, quanto qualifique o instrumental analítico para dar conta das especificidades do caso brasileiro.

De outro lado, é importante reconhecer que a gramática da utilização do Direito Penal para a criminalização de condutas que atentam contra direitos fundamentais de grupos sociais discriminados ou historicamente submetidos a contextos de opressão e violência tem sido uma das ferramentas utilizadas por movimentos sociais progressistas para garantir o reconhecimento pública de suas demandas por justiça e tratamento igualitário. Como sustenta Masiero (2021: 48),

> (...) muito embora o escopo, a implementação e a eficácia das disposições sobre crimes de ódio possam variar em cada país, as leis de combate aos crimes de ódio – e mais especificamente, as estruturas que vêm junto com essas leis para aumentar as penas têm um valor importante no que concerne à sua capacidade de expressar a condenação

> coletiva aos preconceitos; para enviar uma mensagem assertiva aos agressores; para transmitir uma mensagem de apoio às vítimas e às comunidades estigmatizadas; para fortalecer a confiança dos membros mais descontentes e vulneráveis socialmente aos sistemas judiciais; e para reconhecer os maiores prejuízos causados pelas agressões de ódio.

4. Respostas reativas, respostas adaptativas, respostas regressivas ou anti-modernas de controle do crime

Se até 2018 a característica das relações entre o Estado e a sociedade no Brasil, por meio da utilização da legislação penal, é a da ambiguidade, num gradiente que vai desde medidas puramente caracterizadas como de populismo punitivo (Lei do Crimes Hediondos) até reformas que buscaram ampliar o exercício de direitos e garantias (Emenda Constitucional 45, que ampliou e deu maior independência às defensorias públicas estaduais), a situação se modifica, no plano federal, com a eleição de Jair Bolsonaro e a consolidação de uma bancada parlamentar claramente punitivistas e refratária à garantia de direitos fundamentais (bancada da bala).

De todo modo, as características que constituem as expressões atuais de populismo punitivo autoritário, assim como os discursos nos quais se assentam e que promovem, variam de acordo com as mediações de particularidades históricas, institucionais, sociais e culturais de cada sociedade. No período contemporâneo, enquanto em certos países o terrorismo e a questão migratória foram fatores chave, o que se chama de "violência urbana" e a temática da segurança pública, aliados à corrupção, se tornaram questões centrais no Brasil.

Todavia, a importância atribuída à questão da violência e ao controle do crime não foi inaugurada nesse momento no país. Mudanças no padrão de criminalidade brasileira, que podem ser remetidas à década de 80, já haviam impulsionado o aumento do crime e da violência letal (Misse, 2011). Resistências e disputas corporativistas nas polícias, ademais, obstaculizaram maiores possibilidades de efetivar, concretamente, reformas capazes de

alinhar a atuação policial à democracia recém estabelecida. Naquele momento, o histórico de deterioração das instituições prisionais também já era exposto por pesquisadores (Campos Coelho, 2005) – e, mais tarde, essas condições, aliadas às arbitrariedades cometidas por agentes penitenciários, contribuíram para gestar o que, atualmente, se tornaram potentes coletivos criminais (Dias, 2011; Cipriani Rodrigues, 2019). Em suma, em grau maior ou menor, o Brasil redemocratizado seguiu sob a vigência de um "autoritarismo socialmente implantado" (Pinheiro, 1997: 47).

Já a partir do início dos anos 2000, a atuação de governos vinculados à tradição da esquerda brasileira (de forma inédita) não deu conta de costurar uma efetiva concepção de segurança pública, associada à consolidação de direitos sociais e ao funcionamento republicano dos órgãos responsáveis pela persecução criminal (Ghiringhelli de Azevedo e Cifali, 2016). Em que pese o engendramento de políticas relevantes, a falta de continuidade em sua implementação, a ausência de reformas estruturais no âmbito da segurança, a permanência do superencarceramento e, em certa medida, o reforço a respostas punitivas por parte do Estado (por exemplo, diante das demandas de movimentos sociais), coexistiu com o progressivo crescimento dos crimes violentos e de sua visibilidade – por meio não só da TV, mas das interfaces virtuais em expansão.

Juntos, esses fatores contribuíram tanto para o descrédito generalizado na capacidade do controle do crime por parte dos atores estatais – reforçando a noção, identificada por Garland (2014: 243), de que "nada funciona" – quanto para a pulverização, entre a população, de uma ampla "consciência do crime". Adicionalmente, quando somados à exposição e ao escrutínio midiático de variados casos de corrupção, essas questões foram ao encontro da tendência global de crise de representatividade política.

De acordo com Ghiringhelli de Azevedo e Bestetti de Vasconcellos (2019), boa parte da descrença dos brasileiros no sistema político e nas instituições sociais resulta das limitações dos governos democráticos para oferecer respostas efetivas para a criminalidade violenta, cujo aumento resvala não só no "aborrecimento acumulado que o crime representa para a vida diária" (Garland, 2014: 347), mas também em experiências de vitimização real,

ainda que consideravelmente matizadas de acordo com uma gama de marcadores sociais (manifestando-se como violência estatal ou não estatal, sobre a propriedade ou a vida, por exemplo).

As temáticas da violência e da segurança pública estão presentes no debate público e eleitoral há décadas, mas tanto têm se polarizado consideravelmente, quanto sua importância só cresceu nos últimos anos. Portanto, não surpreende que, no país, os altos índices de homicídio[3] tenham sido marcadamente incorporados ao debate dos candidatos à presidência e aos governos estaduais no processo eleitoral de 2018 – com sua abordagem oscilando entre a proposição de alternativas técnicas de combate à violência e uma abordagem essencialmente populista.

Essa última, em que pese punitivista e usualmente imbricada em aspectos morais e relacionados aos valores (neoconservadorismo) – o que amplifica o alcance desses discursos na consciência de senso comum – também toca concretamente na experiência do crime e dos assaltos, do medo de ameaças à propriedade e à integridade física. Essa configuração faz emergir novas respostas institucionais ao crime – não apenas de adaptação, simbólicas ou de negação, nos termos de Garland (2014), mas agregadas em torno de um eixo abertamente anti-moderno, contrário à racionalização e à humanização.

Não se pode falar, com a dimensão conferida por Garland (2014), em "aguda descontinuidade" (2014: 44) diante do "credo da modernidade penal" (2014: 103) no contexto brasileiro, na medida em que o controle do crime nunca foi executado "de forma monopolística" (2014: 98) pelo Estado, que sempre conviveu com uma ampla demanda social por justiça privada. Ademais, porque não só muitas dessas manifestações envolvem agentes estatais, como também os processos modernizantes jamais adquiriram consenso entre agências e atores envolvidos com o controle do crime – antes disso, compreenderam um intenso campo de disputas entre as tentativas de incorporação de ideais calcados nos direitos humanos e a resistência a reformas que poderiam concretizá-los.

[3] De acordo com a OMS, em 2016 o Brasil tinha o nono maior índice de homicídios para cada 100.000 habitantes no mundo (Global Health Observatory data repository, n.d.).

Portanto, a afirmação de uma "ruptura significativa" (Garland, 2014: 57) com instituições e práticas modernas de controle do crime é, no contexto brasileiro, controversa – da mesma forma que a chegada do neoliberalismo no país, já na década de 90, não significou um rompimento nos padrões identificados por Garland (2014), mas a agudização de uma problemática crônica, em um contexto no qual nunca existiu nada além de um "arremendo de *welfare state*" (Lopes de Souza, 2008: 22).

Tampouco se pode falar, em nosso contexto, de inversão nos padrões de uso do aprisionamento: de acordo com relatório produzido pelo Depen, o aumento do número de pessoas privadas de liberdade ocorre de forma constante desde o início da década de 90 (Infopen[4], 2017). Ainda assim, elementos centrais da obra de Garland (2014) –como a ambivalência diante do dilema político– estão presentes no Brasil, e medidas adaptativas e de negação têm sido empregadas ao longo de diferentes gestões governamentais (Ghiringhelli de Azevedo e Cifali, 2016).

Diante da permanência de elementos que compõem o conjunto de respostas no campo do controle do crime – variável, todavia, quanto à proporção assumida por cada uma delas – sugere-se a existência de uma inflexão, articulando elementos característicos do padrão tradicional de funcionamento institucional no país com outros, que assumem novos contornos. Como resultado, predominam respostas reativas, com base no endurecimento penal e no punitivismo, mas que convivem com respostas adaptativas – como a distinção entre a punição do criminoso e o controle do crime (que passa a ser partilhado com a sociedade), a "política das vítimas", o foco nas consequências do crime em detrimento de suas causas e a tendência à privatização da segurança pública. Com elas, coexistiria a ascensão de uma terceira possibilidade de resposta oficial, agregada em torno de um eixo abertamente anti-moderno e contrário à racionalização e à humanização do sistema penal, que ocupa um maior espaço no debate público a partir da ascensão do "bolsonarismo".

[4] O Infopen é um sistema de informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro. O sistema, atualizado pelos gestores dos estabelecimentos desde 2004, sintetiza informações sobre os estabelecimentos penais e a população prisional.

Calcado em propostas regressivas em termos de um direito penal expressivo e que opera por intermédio de uma estigmatização deliberada, o eixo anti-moderno lança mão de sinais que são utilizados para a caracterização do delinquente em nível público, bem como de mecanismos punitivos que transcendem a atribuição da pena com vistas à retribuição. Em tal sentido, no âmbito das instituições policiais, por exemplo, percebe-se uma inclinação para o afrouxamento dos mecanismos de controle e o reforço à violência das polícias.

De um lado, essa constatação pode ser verificada numericamente: de acordo com os dados do Monitor da Violência (parceria entre o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, o Núcleo de Estudos da Violência da USP e o G1), 3.330 pessoas foram mortas pelas polícias no ano de 2015. Em 2018, por sua vez, esse total chegou a 6.160, o que representa um aumento de 84,9%. De outro lado, emergem situações de valorização, estímulo e mesmo incentivo a essa violência – não apenas na opinião pública, mas nos discursos e práticas institucionais.

Corroborando com a aparente radicalização das medidas anti-modernas, Jair Bolsonaro, o atual presidente, se elegeu com propostas para a segurança pública que incluíam penas corpóreas, como a castração química, conferindo utilidade à punição que ultrapassa o caráter retributivo típico às respostas de negação. Sua defesa do estabelecimento da "legítima defesa de fato", do direito generalizado à posse de arma de fogo e ampliado ao porte, imbrica respostas reativas às de cunho anti-moderno.

5. Considerações Finais

A caracterização do contexto contemporâneo apresentada por Manuel Calvo-García, de consolidação de um Estado Regulativo, que avança no Brasil tanto no contexto dos governos militares quanto no período de transição e consolidação democrática inaugurado na década de 80 do século XX, continua sendo uma ferramenta conceitual válida para compreender as mudanças nas relações entre Estado e sociedade no Brasil. Especificamente no âmbito penal, percebe-se a ampliação da legislação penal, assim como

a criação de mecanismos processuais e institucionais para dar maior efetividade às previsões legais.

As questões colocadas pela ascensão do bolsonarismo e sua defesa de mecanismos anti-modernos de controle punitivo, assim como sua tendência de aparelhamento e fragilização dos mecanismos institucionais de processamento e responsabilização criminal colocam novas questões para o debate, e colocam para o campo de pesquisas sociocriminológicas uma agenda de pesquisa em que se torno necessário acompanhar o impacto desta tendência, para além de sua dimensão discursiva, na reestruturação normativa e nas práticas de funcionamento das agências de controle (polícias, sistema de justiça, prisões), assim como sua maior ou menor capacidade de impactar ao longo do tempo os incipientes avanços verificados nas últimas décadas de democracia.

Por hora, se pode avançar a hipótese de que o bolsonarismo se conecta com as características profundas e duradouras das instituições policiais e judiciais no Brasil, inquisitivas, seletivas, autoritárias, corporativas e refratárias a mecanismos efetivos de controle. E seu maior ou menor sucesso e permanência vão depender da capacidade dos setores progressistas e democráticos da sociedade brasileira em retomar o fio da construção de instituições democráticas, republicanas e inclusivas aberto pelas promessas inconclusas da Constituição de 1988.

Referências bibliográficas

Beck, Ulrich, Anthony Giddens e Scott Lash. (1997). *Modernização Reflexiva: política e tradição estética na ordem social moderna*, São Paulo, Editora da Universidade Estadual Paulista.

Beck, Ulrich. (1998). *O que é a globalização?*, São Paulo, Paz e Terra.

Bestetti de Vasconcellos, Fernanda. (2015). *Punir, Proteger, Prevenir? A Lei Maria da Penha e as limitações da administração dos conflitos conjugais violentos através da utilização do Direito Penal* [Tese de Doutorado em Ciências Sociais], Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Porto Alegre.

Botelho, André e Lilia Moritz Schwarcz. (2012). "Introdução – Cidadania e direitos: aproximações e relações", em: Botelho, André e Lilia Moritz Schwarcz (orgs.) *Cidadania, um projeto em construção: minorias, justiça e direitos*, São Paulo, Claro Enigma.

Calvo García, Manuel. (2007). *Transformações do Estado e do Direito*, Porto Alegre, Ed. Dom Quixote.

Campos Coelho, Edmundo. (2005). *Oficina do diabo e outros estudos sobre criminalidade*, Rio de Janeiro, Record.

Cipriani Rodrigues, Marcelli. (2019). *Os coletivos criminais de Porto Alegre entre a "paz" na prisão e a guerra na rua* [Dissertação de Mestrado], Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da PUCRS.

Dias, Camila Caldeira Nunes. (2011). *Da pulverização ao monopólio da violência: expansão e consolidação do Primeiro Comando da Capital (PCC) no sistema carcerário paulista* [Tese de Doutorado em Sociologia], São Paulo, Departamento de Sociologia - Universidade de São Paulo.

Fariñas Dulce, Maria José. (1991). *La Sociología del Derecho de Max Weber*, Madrid, Editorial Civitas.

Garland, David. (2014). *A cultura do controle: crime e ordem na sociedade contemporânea*, Rio de Janeiro, Revan.

Ghiringhelli de Azevedo, Rodrigo e Ana Cláudia Cifali. (2016). "Seguridad pública, política criminal y penalidad en Brasil durante los gobiernos Lula y Dilma (2003-2014). Cambios y continuidades", em: Sozzo, Máximo (org.) *Postneoliberalismo y penalidad en América del Sur*, Buenos Aires, CLACSO.

Ghiringhelli de Azevedo, Rodrigo e Fernanda Bestetti de Vasconcellos. (2019). "Populismo e segurança pública", *Blog Faces da Violência*, 18 de janeiro de 2019, São Paulo, Folha de S. Paulo.

Giddens, Anthony. (1993). *A Transformação da Intimidade: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas*, São Paulo, Editora da Universidade Estadual Paulista.

Giddens, Anthony. (2000). *Mundo em descontrole*, Rio de Janeiro, Record.

Giddens, Anthony. (2003). *A Constituição da Sociedade*, São Paulo, Martins Fontes.

Global Health Observatory data repository. (n.d.). *Homicide Estimates by Country*, World Health Organization, Last updated: 2021-02-09, Disponível em: <http://apps.who.int/gho/data/view.main.VIOLENCEHOMICIDEv>. Acesso em: 10 Maio 2021.

Infopen. (2017). *Levantamento nacional de informações penitenciárias*, Brasília, Ministério da Justiça e Segurança Pública - Departamento Penitenciário Nacional.

Larrauri, Elena. (2006). "Populismo punitivo… y cómo resistirlo", *Revista Jueces para la Democracia*, No. 55, pp. 15-22.

Lopes de Souza, Marcelo José. (2008). Fobópole: *o medo generalizado e a militarização da questão urbana*, Rio de Janeiro, Bertrand Brasil.

Mangabeira Unger, Roberto. (1979). *O Direito na Sociedade Moderna – Contribuição à Crítica da Teoria Social*, Rio de Janeiro, Ed. Civilização Brasileira.

Masiero, Clara. (2021). *Direito Penal Antidiscriminatório*, Florianópolis, Emais.

Misse, Michel. (2011). "Crime organizado e crime comum no Rio de Janeiro: diferenças e afinidades", *Revista de sociologia e política*, Curitiba, Vol. 19, No. 40, pp. 13-25.

Pinheiro, Paulo Sérgio. (1997). "Violência, crime e sistemas policiais em países de novas democracias", *Tempo Social*, Vol. 9, No. 1, pp. 43-52.

Rivera Beiras, Iñaki e Gemma Nicolás Lazo. (2005). "La crisis del *Welfare* y sus repercusiones en la cultura política europea", em: Rivera Beiras, Iñaki (coord.) *Política Criminal y Sistema Penal: Viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Barcelona, Anthropos, pp. 219-254.

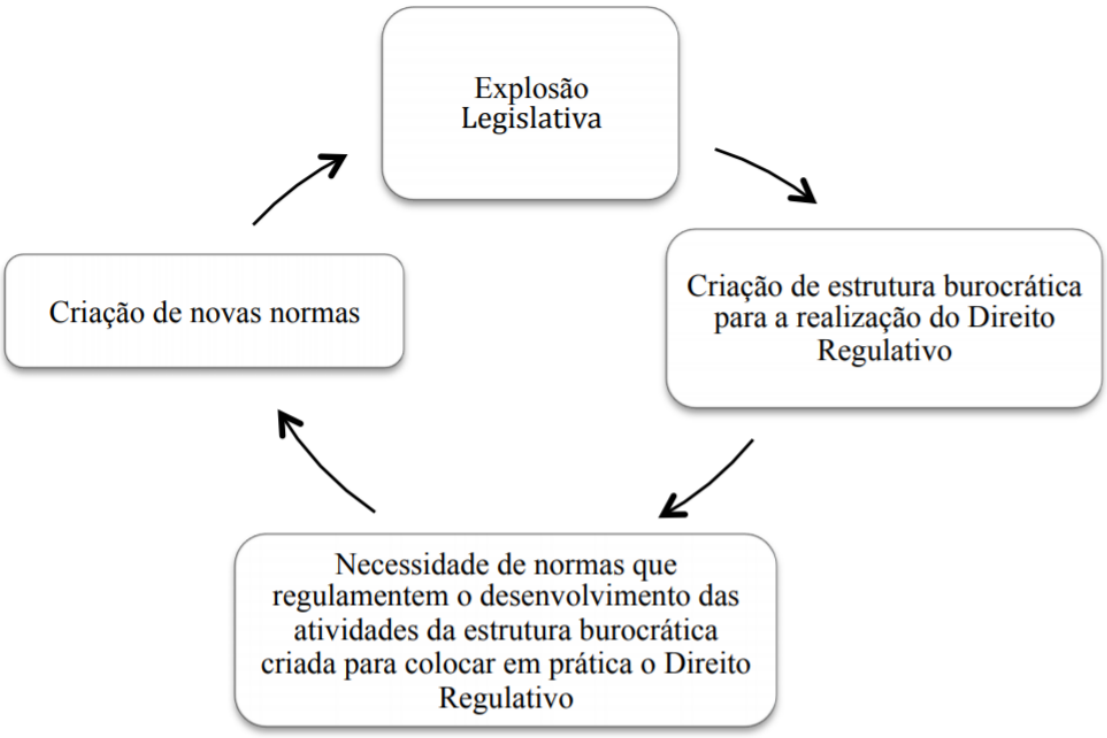
Silva Sánchez, Jesús-María. (2002). *A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*, São Paulo, Revista dos Tribunais.

Silveira Campos, Marcelo da e Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo. (2020). "A Ambiguidade das Escolhas: política criminal no Brasil de 1989 a 2016", *Revista de Sociologia & Política*, Vol. 28, No. 73.

Young, Jock. (2002). *A Sociedade Excludente: Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*, Rio de Janeiro, Revan.

ANEXO I

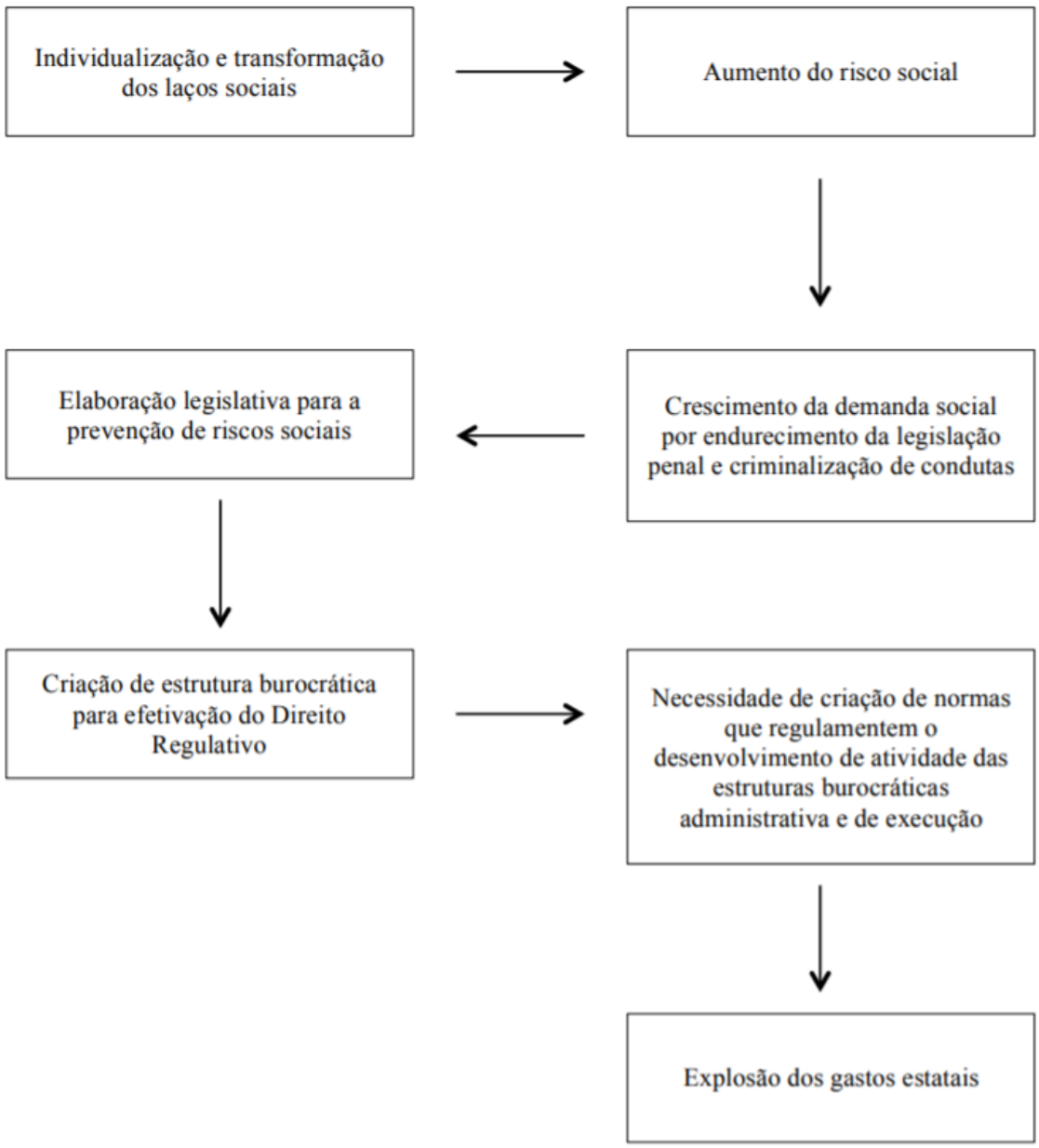
Figura 1 – Estrutura de Reprodução do Direito Regulativo



Fonte: Bestetti de Vasconcellos (2015: 44).

ANEXO II

Figura 2 - Processo de Desenvolvimento da Sociedade Moderno-Recente e do Direito Regulativo



Fonte: Bestetti de Vasconcellos (2015: 47).

A AGENDA PÓS-PANDEMIA: ESTADO E NOVOS PADRÕES DE INTERVENÇÃO (En memoria de Manuel Calvo García)

José Eduardo Faria[1]
ORCID: 0000-0002-2228-8119
Correo electrónico: jose.faria@estadao.com

Resumo

Se a epidemia ocorre em espaços territoriais, *ergo*, a pandemia é transterritorial, o que dificulta seu combate. Com a pandemia, os Estados nacionais se revelaram despreparados para lidar com uma crise de saúde pública e os organismos multilaterais tiveram dificuldades para desenvolver uma inteligência coletiva, ao menos na fase inicial. Ambos – Estados nacionais e órgãos multilaterais – também evidenciaram a tensão entre liberdade de mercado, que acarreta desigualdades, e democracia, que é igualitária. E mostram que instituições concebidas para tempos normais não sabem lidar com incertezas.

Palavras-chave: Estado keynesiano, social-democracia, Estado schumpeteriano, liberalismo, constitucionalismo de exceção.

LA AGENDA POST-PANDEMIA: ESTADOS Y NUEVOS MODELOS DE INTERVENCIÓN (En memoria de Manuel Calvo García)

Resumen

Si la epidemia ocurre en espacios territoriales, *ergo*, la pandemia es transterritorial, lo que dificulta su combate. Con la pandemia, los estados nacionales no estaban preparados para lidiar con una crisis de salud pública y las organizaciones multilaterales tenían dificultades

[1] Professor titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Chefe do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da USP.

para desarrollar una inteligencia colectiva, al menos en la fase inicial. Tanto los estados nacionales como los organismos multilaterales también destacaron la tensión entre la libertad de mercado, que implica desigualdades, y la democracia, que es igualitaria. Y muestran que las instituciones diseñadas para tiempos normales no saben cómo lidiar con la incertidumbre.

Palabras clave: Estado keynesiano, socialdemocracia, Estado schumpeteriano, liberalismo, constitucionalismo de excepción.

THE POST-PANDEMIC AGENDA: STATE AND NEW INTERVENTION MODELS (In memory of Manuel Calvo García)

Abstract

If the epidemic occurs in territorial spaces, *ergo*, the pandemic is trans-territorial, which makes it difficult to combat it. With the pandemic, national states were unprepared to deal with a public health crisis and multilateral organizations had difficulties to develop a collective intelligence, at least in the initial phase. Both - national states and multilateral organizations – algo highlighted the tensions between market freedom which entails inequalities, and democracy, which is egalitarian. And they show that institutions designed for the normal times do not know how to deal with uncertainty.

Keywords: Keynesian State, social democracy, Schumpeterian State, liberalism, state of emergency.

1. Introducción

Ao chegar à Europa no começo de 2020, a pandemia da COVID-19 impactou principalmente os países europeus que haviam adotado políticas de austeridade fiscal impostas por governos ultraliberais, dada a obsessão em assegurar a solvência estatal e o

desprezo à definição de prioridades no campo social. Por um lado, os sistemas de saúde desses países haviam sido minados pela conversão de atividades essenciais do poder público em serviços ou negócios privatizados. Por outro, apesar da tragédia humanitária, vários ministros da Economia resistiram às propostas de revisão das funções do Estado e à adoção de medidas emergenciais de expansão de gastos, reafirmando as virtudes de uma economia de mercado liberta de constrangimentos jurídicos.

Em outras palavras, louvaram as virtudes de uma economia desregulamentada – portanto, destituída de esfera deliberativa. Trata-se de uma economia baseada na premissa de que o indivíduo cuida de si e que o interesse individual é o centro da motivação do ser humano. Igualmente, trata-se de uma economia onde a regra é a exploração ilimitada da conjuntura, com os agentes tentando maximizar todas as vantagens possíveis de curto prazo, ao mesmo tempo em que fazem vistas grossas a suas responsabilidades para com os outros e para a comunidade. A ideia é que, quanto mais o mercado é desregulamentado, desburocratizado e imune a eventuais intervenções do poder público, mais o interesse individual e a dinâmica do mercado propiciam crescimento e, por consequência, satisfação das necessidades sociais.

2. Rawls e a ideia de liberalismo

O mesmo que ocorreu na Europa, com a chegada da pandemia, também aconteceu no Brasil e em vários outros países da América Latina, como Colômbia, Peru e Argentina. Desde a virada da década, os governos com orientação liberal vinham propondo, em nome da "liberdade econômica", um sem número de medidas desregulamentadas, desburocratizantes e supressoras de direitos. Baseado num fundamentalismo de mercado, esse amplo e ambicioso processo de desconstitucionalização, deslegalização e desburocratização tinha um denominador comum. Valorizando a preservação absoluta da liberdade de mercado e relegando questões relativas a direitos compensatórios das desigualdades sociais, ele parecia ser orientado programaticamente mais por gestores de fundo de investimento de bancos privados preocupados com seus bônus do que por ministros da Economia preocupados com o bem comum e o bem-estar da coletividade.

Apesar de apresentarem como liberais, entendendo o mercado como deflagrador de uma ordem espontânea cujas leis naturais levam inexoravelmente ao progresso e à riqueza, esses ministros canonizavam o liberalismo econômico extremado, em detrimento do liberalismo político democrático. Trata-se de um entendimento peculiar, que privilegia uma concepção de liberalismo inteiramente desconectada da vida política. Por esse motivo, esses ministros "*soi disant*" liberais jamais ouviram falar de um pensador liberal do porte de John Rawls (1921 y 2002), por exemplo. Ou seja, não souberam da existência da existência de um dos mais importantes teóricos do liberalismo político contemporâneo político, principalmente na segunda metade do século 20, que foi marcada por um forte confronto entre socialdemocracia e liberalismo deflagrado, entre outros fatores, pelos problemas econômicos e financeiros causados pela crise do petróleo da década de 1970.

Foi esse o período em que o professor de filosofia política da Harvard University, publicou *Uma Teoria da Justiça*[2] (Rawls, 2000), livro que aprofundou o pensamento liberal ao justificar a conciliação da ideia de responsabilidade governamental com o respeito à liberdade dos cidadãos. À época, Estados Unidos e Europa Ocidental estavam presos a uma tensão entre crise de governabilidade e crise de legitimidade e a teoria e a prática políticas se revelavam incapazes de conciliar as ideias de liberdade e de igualdade. Até então, a história mostrara que as experiências que priorizaram à liberdade tinham relegado para segundo plano a justiça social, enquanto as experiências que deram primazia ao igualitarismo culminaram com a corrosão das liberdades públicas. Para Rawls, essa incapacidade de conciliação era um falso dilema.

Suas ideias não constituíram em unanimidade, mas houve consenso de que *Uma Teoria da Justiça* (Rawls, 2000) era um dos maiores trabalhos da filosofia política já apresentados nos Estados Unidos. A obra, que trata do que Rawls chama de "teoria da justiça como equidade", discute as condições de existência e sobrevivência de uma sociedade justa e estável integrada por cidadãos livres e iguais; a necessidade de certos

[2] Esta obra foi publicada originalmente em inglês com o título "*A THEORY OF JUSTICE*" pela Harvard University Press.

padrões de igualdade; e a valorização da tolerância, da autonomia dos indivíduos e da igualdade com relação a direitos básicos nas democracias modernas. Ao propor um liberalismo igualitário, Rawls afirma que a liberdade de cidadãos livres e iguais implica um senso de justiça, por ele definido como a capacidade de entender e agir com base numa cooperação social encarada em termos equitativos.

A determinação dos termos equitativos dessa cooperação envolve a ideia de contrato social como ideia reguladora da vida política – mais precisamente, da ordem legal necessária para a efetivação dos direitos não apenas civis, mas, também, sociais, como os trabalhistas, os previdenciários e os assistenciais. E, para que esse labor cooperativo seja legítimo e se dê em conformidade a regras democráticas, é necessário projetar a posição original dos cidadãos livres e iguais no momento do contrato social. Daí a necessidade de um nível mínimo de educação, renda e condições de saúde para que todos os cidadãos possam exercer plenamente sua liberdade na prática da cooperação. E isso depende não apenas de liberdades formais previstas pela Constituição, afirma Rawls, mas, igualmente, de funções governamentais alocativas, de estabilização, de transferência e distributivas. Funções essas implementadas por políticas públicas que defendam o emprego por meio do estímulo da demanda, impeçam a manipulação de preços pela concentração de poder econômico e assegurem um mínimo social que complemente a renda dos mais pobres.

"As maiores expectativas daqueles em melhor situação são justas se, e somente se funcionam como parte de um esquema que melhora as expectativas dos membros menos favorecidos da sociedade", diz Rawls (2000: 79-80) no capítulo relativo aos fundamentos institucionais da justiça distributiva. Em suma, esse pensador liberal não confunde liberalismo com um contexto em que as forças de mercado possam agir de modo indiscriminado. A seu ver, a ideia de liberdade é indissociável da ideia de uma igualdade obtida pela distribuição equitativa da educação, pela garantia de uma segurança mínima em face de doenças e desemprego, pelo uso de instrumentos como o imposto de renda negativo, pelo combate aos monopólios e pela multiplicação de oportunidades de emprego.

3. O papel do Estado: subsidiário ou regulador

Nos países latino-americanos, como Brasil, Argentina, Peru e Colômbia, as ideias de Rawls ajudam a compreender o alcance e os objetivos não explicitados de leis concebidas por ministros da Economia com o objetivo de assegurar a chamada "liberdade econômica". Entre outras passagens dignas de nota, essas leis afirmam que, no exercício das atividades econômicas, o Estado terá somente uma intervenção "subsidiária" e "excepcional". Esta passagem, particularmente, colide com as Constituições desses países, de modo taxativo, ela estabelece que o Estado é a, particularmente, gente normativo e regulador da atividade econômica, atribuindo-lhe, entre outras, as funções de fiscalização, incentivo, planejamento e financiamento.

A rigor, são concepções excludentes sobre o papel do Estado. Sendo que fica evidente, além do mais, o flagrante desprezo, por parte dos autores dessa lei, pelo papel da Constituição como marco normativo com base no qual poderes, órgãos e agentes públicos e políticos podem gerir a vida social e econômica. Ao partir da premissa de que governar é cortar gastos, é desconstitucionalizar e deslegalizar, é flexibilizar direitos e desonerar obrigações previdenciárias das empresas, é desregulamentar e privatizar, o viés programático ultraliberal das chamadas leis da "liberdade econômica" na prática tendem a corroer a distinção entre o público e o privado. No limite, é como se submetesse o primeiro ao segundo, esquecendo-se de que as ideias de interesse público e bem comum vão muito além da simples interação entre ações privadas. Ao se preocupar basicamente com a eficiência alocativa de recursos e ao priorizar a não intervenção estatal, na perspectiva da chamada "análise econômica do direito", desenvolvida a partir da visão neoclássica da economia que há algum tempo caracteriza a Universidade de Chicago, esse viés programático tende a encarar o livre jogo de mercado como superior até mesmo aos princípios, às determinações e às garantias estabelecidas pela Constituição.

Na hierarquia das leis, contudo, é inadmissível que qualquer lei, mesmo as chamadas "leis da liberdade econômica", esteja acima da Constituição. E as Constituições desses países, apesar das críticas que sempre receberam, têm o mérito de explicitar que

política pública e gestão privada podem ter objetivos e valores distintos, ainda que os critérios de eficiência e competência sejam essenciais nos dois tipos de ação. Também deixam claro que um programa econômico – independentemente de ser social-democrata ou liberal - não pode ser implementado e executado fora dos marcos normativos postos pelo Estado, marcos esses que na ordem jurídica do mercado envolvem o direito das obrigações contratuais, o direito da responsabilidade civil, o direito do consumidor, o direito da concorrência e o direito regulatório.

Além disso, as propostas de redução da intervenção estatal a uma dimensão meramente "subsidiária" e "excepcional" encerram dois outros problemas. De um lado, elas são um contrassenso, por ser incompatível com o desafio que o poder público tem de enfrentar para induzir investimento, criação de valor e renda em períodos de crise, como é o caso do que ocorre hoje. Trata-se de um contexto de isolamento social e, por tabela, de redução do nível de atividade econômica. O que, por consequência, afeta o sistema financeiro, comprime receitas fiscais, aumenta a pressão por maios gastos públicos e agrava as tensões sociais. De outro lado, no modelo federativo em vários países latino-americanos a atuação mais direta do poder público no combate às desigualdades sociais se dá por meio dos governos locais e dos governos regionais.

Desse modo, quando a equipe econômica propõe uma redução drástica do alcance das funções fiscalização, incentivo e planejamento do Estado, ao mesmo tempo em que o presidente da República que a nomeou invoca a liberdade individual como princípio supremo para criticar as limitações impostas por Estados e municípios no direito de ir vir para preservar a saúde pública, ela não colide apenas com a Constituição no plano formal. Também não se limita a corroer a lógica do modelo federativo de estrutura político-administrativo da maioria dos países latino-americanos. Vai muito além no plano substantivo, na medida em que reduz repasses aos governos municipais e estaduais, deixando-os praticamente sozinhos na tarefa de garantir oferecer acesso a hospitais públicos e de minimizar o sofrimento num período de muita dor, ansiedade, tristeza e depressão.

4. A pandemia e o constitucionalismo de exceção

Neste momento em que quase todos os países começam a discutir uma agenda para a retomada do crescimento econômico pós-pandemia, custa crer, seja no plano político, seja no plano ético, que o governo brasileiro não seja capaz de identificar como a responsabilidade pela saúde de todos os cidadãos está conectada com as liberdades públicas. Ao afirmar que as estratégias de isolamento social e confinamento impostas por vários Estados e municípios atenta contra a liberdade individual, ele demonstra não compreender que, deixar de impedir o comportamento irresponsável de alguns, que insistem em circular e em não usar máscara, acaba colocando em perigo a vida dos outros.

Custa crer, igualmente, que sua equipe econômica, presa a um dogmatismo fiscal e incapaz de compreender a necessidade de um Estado ativo e indutor para que os mercados voltem a funcionar em tempos de crise, mais uma vez esteja desprezando formas de cooperação, bem como o diálogo social entre empregadores e empregados. Não teve criatividade, celeridade - e, principalmente, vontade - de formular uma rede de proteção social de curto prazo. Limitou-se a enfatizar que a "salvação nacional" poderia ser assegurada por meio de uma economia de mercado assentada na desoneração da iniciativa privada. No desmonte dos mecanismos institucionais de inclusão e promoção de justiça social. Na mercantilização de bens e serviços públicos. E na liberdade de iniciativa e na apropriação de seus resultados.

Banalizando a urgência do presente implícito na ideia de um direito de exceção - ao qual em princípio corresponderia uma temporalidade de exceção- (Ferreira, 2019) e cada vez mais seduzida pela ideia de que algumas medidas emergenciais adotadas em nome do combate à COVID-19 seriam úteis demais para serem deixadas de lado após a pandemia, a equipe econômica do governo também flertou com o desejo de tornar permanentes eventuais restrições – e até violações - de alguns direitos básicos. Primando pelo voluntarismo e pela lógica do imediatismo, também voltou a recorrer a decretos e medidas provisórias para tentar enxugar a ordem jurídica que disciplina o mercado.

E, agora, vem mais uma vez tentando aproveitar as dificuldades econômicas causadas pela pandemia para retomar ideias antigas, como, por exemplo, (a) promover cortes de servidores públicos, colidindo desse modo com a burocracia profissional do Estado em tempos de uma crise de saúde pública e de uma crise econômica, (b) privatizar o ensino público, convertendo-o em mercadoria ofertada por grupos privados com ações negociadas em bolsa, (c) reduzir ainda mais os direitos trabalhistas, a ponto de cogitar a contratação de trabalhadores com baixa proteção jurídica sob a justificativa de minimizar o alcance do desemprego, (d) propor congelamento de aposentadorias e pensões, sem reposição da inflação; e) manter a tendência de redução significativa de recursos para fiscalização de segurança e saúde no trabalho, trabalhistas, de combate ao combate ao trabalho escravo e de verificações de obrigações trabalhistas; f) cortar o orçamento da educação para transferir recursos para obras eleiçoeiras; g) promover uma abertura econômica radical num mundo em que a pandemia está levando os Estados nacionais a reduzir a cooperação internacional baseada num liberalismo extremo, voltando a atenção às demandas locais e regionais, às normas trabalhistas e à proteção do meio ambiente, e (h) recriar um imposto sobre movimentações financeiras cobrado tanto nos pagamentos quanto nos recebimentos – um tributo que, por seu efeito em cascata, prejudica as cadeias de produção mais longas, distorce os valores de bens e serviços e agrava a ineficiência do sistema tributário brasileiro.

Justificadas em nome do estímulo às forças de mercado num período de adversidade econômica e baixa coesão social, no limite algumas dessas medidas estreitam ou esvaziam os marcos legais que estabelecem as obrigações e definem os espaços de ação e regulação do poder público. Também esvaziam os mecanismos de assistência social do Estado, ao mesmo tempo em que dificultam o acesso dos cidadãos aos tribunais, com o objetivo de defender direitos previstos pela Constituição. E ainda minam a possibilidade que os cidadãos têm de atuar politicamente sobre suas condições sociais de vida, como se restasse para os mais desfavorecidos apenas e tão somente o direito de dormir sob viadutos e marquises.

5. A agenda pós-pandemia

Quando a COVID-19 passar e o país tomar consciência da distância entre os problemas socioeconômicos por ela acarretados e a efetividade das leis em vigor, o ultraliberalismo da equipe econômica do atual governo terá de voltar para as gavetas de onde jamais deveria ter saído e a rediscussão do papel do Estado nacional e dos direitos estará na ordem do dia. A meu ver, cinco pontos, entre outros, constituem condição necessária - ainda que não suficientes – para tornar esse debate responsável e consequente.

5. 1. Normas, instituições e direito

Em primeiro lugar, não se pode perder de vista que normas, intervenções regulatórias e instituições de direito desempenham papéis essenciais no livre jogo de mercados cada vez mais transterritorializados (Thornhill, 2018). São decisivas para enfrentar as inevitáveis falhas de mercado. Para preservar a propriedade material e imaterial. Assegurar o cumprimento das cláusulas pactuadas entre as partes nos diferentes tipos de contratos antes da pandemia. Balizar o processo de reequilíbrio das relações entre os agentes econômicos por negociação direta ou por mediação. E coibir a concentração e o abuso do poder econômico.

5. 2. Políticas públicas estruturais

Em segundo lugar, face ao crescente desemprego dos trabalhadores menos qualificados, do aumento recorde do trabalho informal e do avanço da pobreza extrema, hoje integrada por 13,8 milhões de pessoas, também não se pode esquecer que pertencer a uma ordem jurídica é, igualmente, fruir do reconhecimento da condição humana. E isso não se limita a estratégias de assistencialismo, políticas focalizadas e outros programas sociais compensatórias. Pelo contrário, exige políticas públicas de caráter social, industrial, ambiental, científico e tecnológico coerentes com a resposta dada durante a pandemia à questão sobre o que era mais sensato e racional à época – gastar para controlar a pandemia ou gastar para compensar uma economia paralisada?

5. 3. A recuperação da ideia de planejamento

Em terceiro lugar, acredito ser necessário recuperar o quanto antes duas ideias fundamentais, que, nas últimas décadas, foram desprezadas e relegadas pelo "curto prazismo" implícito na pretensa hegemonia de economistas ultraliberais.

A primeira ideia é a de planejamento, ou seja, um processo de mobilização de capitais e de distribuição ótima de recursos e de meios a partir de objetivos dados, cuja fixação decorre de uma vontade política orientada por um projeto. E como a implementação desse projeto muda conforme as circunstâncias sociais e econômicas, exigindo um permanente processo de revisão e ajustamento de metas e instrumentos, a segunda ideia é de estratégia de médio e longo prazo. Exige, assim, uma institucionalidade nova, quase em nada semelhante à que existiu no século passado. Em face das mudanças socioeconômicas, o planejamento não pode ser rígido – pelo contrário, implica um grau de flexibilidade, além de monitoramento e avaliação.

A segunda ideia a ser retomada é no sentido de que a política econômica não trata apenas e tão somente de juros, câmbio e política fiscal. Ou seja, a ideia a ser recolocada na agenda é de que a política econômica, além de interagir em áreas como educação, tecnologia, política agrícola e infraestrutura, envolve ainda ações e programas capazes de promover uma mudança estrutural nos padrões de produção. Envolve, igualmente, a concepção e implantação de um corpo adequado de políticas econômicas em condições de criar um horizonte de longo prazo para o crescimento e para a reindustrialização com gradação tecnológica do país, que hoje apresenta graves limitações em matéria de infraestrutura, logística e formação, qualificação e capacitação de pessoas.

Os tempos em que autores como Karl Mannheim e Gunnar Myrdal discutiam se o planejamento limita o exercício da liberdade de iniciativa num determinado período, obrigando uma sociedade a se subordinar a opções políticas tomadas no passado, e também se o planejamento compulsório para o poder público e o planejamento indicativo para a

iniciativa privada poderiam conviver, já ficaram para trás. Eram tempos em que economistas como Raul Prebish, Celso Furtado, Aníbal Pinto trabalhavam com a distinção entre o que chamavam de centro e periferia e sociólogos como Fernando Henrique Cardoso (2020) discutiam a ideia de desenvolvimento dependente[3]. Em que, ao elaborar um plano de desenvolvimento e de indução ao crescimento, a administração pública tinha de enfrentar problemas e dilemas que exigiam capacidade de gerir a complexidade social, as interdependências e externalidades negativas sob condições de baixo grau de qualidade de informações técnicas, dados estatísticos e diagnósticos.

Ainda que sejam vulneráveis a contingências e efeitos negativos não previstos nem mensuráveis, os mecanismos essenciais à formulação do planejamento e à orientação da construção de políticas públicas melhoraram significativamente nas últimas décadas. É certo que com isso elas ampliaram significativamente o campo de ação e o rol de possibilidades dos responsáveis pelo planejamento. Ao mesmo tempo, contudo, entretanto abriram o paradoxo inerente a essa ampliação – ou seja, quanto mais se sabe, menos se sabe. Quanto mais se aprende, maior é o desconhecimento sobre os riscos e as incertezas do futuro.

Os mecanismos essenciais à elaboração de diagnósticos e à formulação do planejamento foram beneficiados pelo advento de sistemas mais eficientes de coleta de informações, de modelos matemáticos, de processos de construção de cenários, de análises de impacto regulatório, de cálculos mais precisos da taxa esperada de retorno de projetos e de técnicas de identificação de riscos. Ou seja, situações em que alguns possíveis desenlaces de fatos futuros e suas probabilidades podem ser entrevistas ou cogitadas[4]. E,

[3] Ver, nesse sentido, dois antigos papers de Fernando Henrique Cardoso (2020), escritos em 1970 para seminários acadêmicos no Center For Inter-American Affairs e Fondatione Luigi Einaudi, "Alternativas políticas na América Latina" e "Industrialização, dependência e poder na América Latina".

[4] A ideia de risco se contrapõe à ideia de incerteza, que se refere a situações em que não é possível conhecer as probabilidades e desfechos futuros relevantes ou seja, em que é impossível ter qualquer presunção. A distinção entre risco (com probabilidade mensurável) e incerteza (que não pode ser medida) foi apontada pelo economista americano Frank Night (1972). A distinção é retomada mais tarde por John Maynard Keynes (1983) afirma que o risco pode ser comprovado por meio da teoria da probabilidade, enquanto a incerteza se baseia apenas em estimativas subjetivas. O denominador comum do pensamento de ambos é que, nas situações de profunda incerteza, pouco adianta os economistas atribuírem probabilidades arbitrárias a cenários e contextos que advirão de processos inteiramente imprevisíveis.

para a implementação de um plano, como subsequente alinhamento da burocracia pública a ele, a importância da noção de estratégia é óbvia.

Diante da inevitabilidade de riscos e incerteza, por um lado, e do paradoxo acima mencionado, por outro, é possível para os planejadores operar com múltiplas alternativas? Como evitar que o conhecimento técnico, que é vital para a formulação de planos consistentes, seja comprometido por modelos simplificados de avaliação das tensões e condicionamentos políticos, jurídicos e institucionais inerentes aos processos sociais e econômicos? De que modo alcançar as metas previstas pelos planos? De que modo coordenar as ações necessárias à sua consecução? Em que período de tempo? E com que nível de investimento?

5. 4. Estado, função e negócio

Em quarto lugar, é necessário retomar a ideia de que, no Estado moderno, há uma enorme diferença entre o que é *função* e o que é *negócio*. A função do planejamento no âmbito do Estado, por exemplo, pressupõe a noção de obrigações e responsabilidade da parte do poder público, seja em matéria de desenvolvimento e crescimento econômico, seja no plano da prestação de serviços essenciais e formação de capital humano e social.

Algumas atividades estatais podem até ser privatizadas, configurando transferências de negócios para novos controladores. No entanto, isso não acontece com as obrigações e com os deveres do poder público. Eles estão na essência da noção de direitos. Em outras palavras, há determinadas funções que cabem apenas e tão somente ao poder público – e se isso for revelado, o avanço do privatismo comprometerá a própria razão de ser do Estado.

5. 5. A tensão entre capitalismo e democracia

Por fim, o quinto ponto anda esquecido das discussões sobre políticas públicas, ainda que tenha sido debatido em larga escala nas décadas finais do século passado, no

contexto das lutas pela ampliação dos direitos sociais e da igualdade de oportunidades, por políticas de ação afirmativa e correção das desigualdades socioeconômicas – contexto esse que, de algum modo, é o contraponto histórico da contribuição de John Rawls (2000) para o que chamava de "justiça como equidade", como já foi dito anteriormente. Trata-se da tensão estrutural inerente à relação entre capitalismo e democracia representativa.

Ambos têm como denominador comum o direito ao exercício da livre vontade, seja ele político, combinando sufrágio universal e garantias fundamentais - seja ele econômico, envolvendo o direito de cada um de fazer a própria escolha em matéria de negociação de bens, serviços, capital e venda da força de trabalho.

A tensão decorre do fato de que o capitalismo é, sabidamente, um processo cuja força motriz é a continuação de uma acumulação sem fim. É por esse motivo que o ultraliberalismo padrão *guedesiano* defende que a acumulação capitalista seja mantida tão desimpedida quanto possível de restrições legais e constrangimentos determinados por critérios de ordem política.

Também é isso que explica sua obsessão pela desconstitucionalização de direitos e pela recorrente defesa de uma intervenção regulatória estatal de caráter meramente "subsidiária" e "excepcional", como preveem as chamadas "leis da liberdade econômica" editadas nos últimos anos e por vários países latinoamericanos. Nesse sentido, como já afirmava Habermas (2001 e 1999) há mais de duas décadas, cada passo em direção à desjuridificação e desregulamentação dos mercados significa ao mesmo tempo uma "despotencialização" ou, de modo mais preciso, uma autolimitação do poder político como o meio para implementar decisões coletivas vinculantes.

Já a democracia representativa, por responder a interesses definidos com base no voto universal, em eleições periódicas livres e na regra de maioria, propicia a imposição de limites à lógica capitalista e ao jogo financeiro, com o objetivo de assegurar algum equilíbrio entre enriquecimento privado e justiça distributiva. Com base na premissa de que no espaço público os cidadãos concebem determinados valores que acabam definindo o que

entendem por justiça, como atendimento das necessidades básicas de todos, produção de determinados bens públicos, a ideia de democracia representativa pressupõe políticas governamentais destinadas a aumentar a igualdade de oportunidades, a promover igualdade distributiva e a corrigir disparidades sociais. O que, por consequência, aumenta a participação do setor estatal na economia, alterando a relação entre bens privados e bens públicos, em favor destes últimos.

5. 6. Os riscos da democracia iliberal

A partir do voto universal e da regra de maioria, a democracia representativa tem assim uma dimensão igualitária, lastreada nos princípios de que todos são iguais entre si e de que não existe liberdade efetiva sem garantias fundamentais – garantias essas que dependem de que o poder público cumpra suas funções básicas. Por seu lado, o capitalismo é marcado pela desigualdade em termos de resultados, uma vez que a acumulação dos vitoriosos no livre jogo de mercado tem como contrapartida a geração de uma legião de derrotados.

Desse modo, quando a economia travar ou passa por períodos de estagnação, a circulação de riquezas diminui. A receita de taxas e impostos cai. Políticas públicas são canceladas em nome da austeridade fiscal. E a situação de incerteza e insegurança sociais daí decorrentes abre caminho, pelo voto, para concepções regressivas de ordem pública. Para a degradação do debate político. E para a ascensão de um populismo nacionalista e autoritário desenfreado, que tem desapreço pelas liberdades públicas, menospreza a pluralidade inerente a uma sociedade democrática, desqualifica o diálogo como meio de resolução de divergências e construção de acordos e mobiliza a população contra inimigos reais ou inventados, encarando a democracia de modo plebiscitário.

6. Conclusão

Esse é o cenário que estamos assistindo nos Estados Unidos, em alguns países do Leste Europeu e também no Brasil. E o perigo é que ele vem tendendo, entre nós, a

descambar numa espécie de autoritarismo dissimulado ou furtivo, que tem sido chamado de *democracia iliberal*. Ou seja: um regime na qual regras e procedimentos democráticos são utilizados por políticos e por grupos autoritários com o objetivo de reduzir as mediações institucionais, minar garantias fundamentais, corroer liberdades públicas, inviabilizar juridicamente eventuais resistências e liquidar com os direitos das minorias. Enfim, de alterar as regras democráticas com base nas quais se elegeram, com o objetivo de se manter no poder. Isso pode ser visto com clareza no atual governo brasileiro. Se de um lado tem recorrido a instrumentos do regime democrático em busca de uma tinta de legitimidade, de outro jamais escondeu sua propensão por "uma concepção de poder fundada em técnicas de transgressão do muito de fragilidade e de brechas que há na ordem política e no pacto implícito na Constituição de 1988" (Souza Martins, 2020).

Inversamente, quando a acumulação por poucos é muita, a mobilidade social ascendente acaba sendo travada e o exército de desvalidos aumenta, corroendo, por consequência, o que resta das bases da estabilidade da sociedade. O que se tem então são instituições políticas que tendem a ser capturadas e controladas por conglomerados empresariais e grupos financeiros. Ou seja, uma espécie de plutocracia, cuja insensibilidade aos problemas de exclusão culmina na barbárie ou no estado hobbesiano da natureza implícitos nas ideias ultraliberais de que cada indivíduo deve cuidar de si mesmo e de que eventuais medidas de proteção dos excluídos não passam de paternalismo injustificado[5]. Ideias essas cujo denominador comum seria, no limite, uma versão contemporânea de darwinismo social, em que vencem apenas os mais fortes.

Nos dois casos, a democracia e o direito saem perdendo. Neste período de baixa coesão social, erosão das normas de cooperação, incerteza política e estagnação econômica, como fazer com que o regime democrático e os direitos sobrevivam? Como evitar que fracassem? Este é, a meu ver, o desafio da agenda pós-pandemia.

[5] No dia 15/09/20, a manchete do jornal *Folha de S. Paulo* dava a dimensão do que afirmo (Pupo e Resende, 2020). A manchete do concorrente, *O Estado de S. Paulo*, foi no mesmo sentido (Bomfim, Cimino e Toledo, 2020).

Referências bibliográficas

Bomfim, Emanuel, Adriana Cimino e Gustavo Toledo. (2020). "'Notícia No Seu Tempo': Economia propõe congelar aposentadoria para criar Renda Brasil, fogo no Pantanal consome 64% de parque estadual e maioria dos partidos diz ser a favor do fim da reeleição", *O Estado de S.Paulo*, São Paulo, edição de 15 de setembro de 2020.

Cardoso, Fernando Henrique. (2020). *A construção da democracia: estudos sobre política*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira.

Ferreira, António Casimiro. (2019). *Sociologia das Constituições. Desafio crítico ao constitucionalismo de exceção*, Porto, Vida Económica Editorial.

Habermas, Jürgen. (2001). "A constelação pós-nacional e o futuro da democracia", *A Constelação Pós-Nacional*, São Paulo, Littera Mundi.

Habermas, Jürgen. (1999). "Nos limites do Estado", *Folha de São Paulo* (Macedo, José Marcos, Trad.), São Paulo, edição de 18 de julho de 1999. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/mais/fs18079905.htm>. Acesso em: 20 Maio 2021.

Keynes, John Maynard. (1983). *Teoria geral do emprego, do juro e da moeda*, Cruz, Mário R. da (trad.), São Paulo, Nova Cultural. (Obra original publicada em 1936)

Night, Frank Hyneman. (1972). *Risco, incerteza e lucro*, Cantuaria, Hunfredo (trad.), Rio de Janeiro, Editora Expressão e Cultura, 1972. (Obra original publicada em 1921)

Pupo, Fábio e Thiago Resende. (2020). "Governo quer decreto para cortar R $10 bi de carentes", *Folha de S.Paulo*, São Paulo, edição de 15 de setembro de 2020.

Rawls, John. (2000). *Uma Teoria Da Justiça*, Pisetta, Almiro e Lenita Maria Rímoli Esteves (trads.), 2a tiragem, São Paulo, Martins Fontes. (Obra original publicada em 1971)

Rawls, John. (2011). *O liberalismo político*, Vita, Alvaro de (trad.), São Paulo, Martins Fontes. (Obra original publicada em 1993)

Souza Martins, José de. (2020). "Religião e a 'teoria da boiada'", *Valor Econômico, Eu& Fim de Semana*, 25 de setembro de 2020.

Thornhill, Chris. (2018). "Politics becomes Law", *The Sociology of Law and the Global Transformation of Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press.

SOCIOLOGIA AMBIENTAL DO DIREITO: HORIZONTES, APLICAÇÕES E PERSPECTIVAS[1]

Marcio Henrique Pereira Ponzilacqua[2]
ORCID: 0000-0002-3494-6537
Correo electrónico: marciorique@usp.br

Leonardo Mattoso Sacilotto[3]
ORCID: 0000-0002-7969-1558
Correo electrónico: lmsacilotto@gmail.com

Resumo

Analisa-se a Sociologia Ambiental do Direito (SAD) enquanto perspectiva teórica e transdisciplinar para os estudos sociojurídicos. Pretende discutir os horizontes, aplicações e perspectivas da SAD enquanto modelo teórico e aplicar para os estudos jurídicos em chave de leitura socioambiental transversal. O escopo da SAD é desenvolver habilidades para a reflexão sociológica e existencial do direito ambiental, propiciando a um só tempo desenvolvimento das competências técnico-jurídicas e de abordagem crítica mediante o subsídio de bases teórico-metodológicas específicas e interseccionais. Os elementos descritivos implicam na consideração da dialeticidade, dinamicidade, processualidade recursiva e conflituosidade próprias do campo ambiental, em chave de leitura sociojurídica. Os enfoques preferenciais são os direitos socioambientais e as vulnerabilidades presentes nas tensões e conflitos em torno das apropriações do patrimônio natural, inclusive em seu caráter simbólico. A perspectiva adotada pode ser tanto a do direito interno (ordenamentos jurídicos nacionais) quanto de análises comparativas com base em ordenamentos distintos, em que os elementos suscitados possam ser considerados relevantes para análise em termos

[1] O artigo ora apresentado consiste em revisão, atualização e ampliação de texto apresentado por ocasião no X Congresso Internacional da ABraSD (Associação Brasileira de Sociologia do Direito), havido em Recife – Brasil, de 2019, e sediado na Universidade Federal do Recife e na Universidade Católica de Pernambuco.

[2] Professor Associado da Universidade de São Paulo (USP), Livre-docente em Sociologia do Direito pela Universidade de São Paulo (USP) e Doutor em Política Social pela Universidade de Brasília (UnB).

[3] Doutorando em Política Científica e Tecnológica na Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP) e Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo (USP).

elucidativos.

Palavras-chave: sociologia ambiental do direito, sociologia do direito, direito socioambiental, metodologia, transdisciplinaridade.

SOCIOLOGÍA AMBIENTAL DEL DERECHO: HORIZONTES, APLICACIONES Y PERSPECTIVAS

Resumen

Se analiza la Sociología Ambiental del Derecho (SAD) como una perspectiva teórica y transdisciplinar para los estudios sociojurídicos. Se pretende discutir los horizontes, aplicaciones y perspectivas del SAD como modelo teórico y aplicarlo a los estudios jurídicos en una lectura socioambiental transversal. El alcance del SAD es desarrollar habilidades para la reflexión sociológica y existencial sobre el derecho ambiental, proporcionando al mismo tiempo el desarrollo de habilidades técnico-legales y un enfoque crítico a través del subsidio de bases teórico-metodológicas específicas e interseccionales. Los elementos descriptivos implican la consideración de la dialéctica, el dinamismo, la procesualidad recursiva y los conflictos inherentes al campo ambiental, en clave de lectura sociojurídica. Los enfoques preferidos son los derechos socioambientales y las vulnerabilidades presentes en las tensiones y conflictos en torno a las apropiaciones del patrimonio natural, incluido su carácter simbólico. La perspectiva adoptada puede ser tanto de derecho interno (ordenamientos jurídicos nacionales) como de análisis comparativos basados en diferentes sistemas, en los que los elementos planteados pueden considerarse relevantes para el análisis en términos de aclaración.

Palabras claves: sociología ambiental del derecho, sociología del derecho, derecho ambiental, metodología, transdisciplinariedad.

ENVIRONMENTAL SOCIOLOGY OF LAW: HORIZONS, APPLICATIONS AND PERSPECTIVES

Abstract

The Environmental Sociology of Law (Sociologia Ambiental do Direito – SAD) is analyzed as a theoretical and transdisciplinary perspective for socio-juridical studies. It intends to discuss the horizons, applications and perspectives of SAD as a theoretical model and apply it to legal studies in a transversal socio-environmental reading. The scope of SAD is to develop skills for sociological and existential reflection on environmental law, providing at the same time the development of technical-legal skills and a critical approach through the subsidy of specific and intersectional theoretical-methodological bases. The descriptive elements imply the consideration of dialecticity, dynamism, recursive processuality and the conflictual character inherent in the environmental field, in a socio-juridical perspective. The preferred approaches are socio environmental rights and the vulnerabilities that exist in the tensions and conflicts surrounding appropriations of natural heritage, including its symbolic character. The perspective adopted can be either domestic law (national legal systems) or comparative analysis based on different systems, in which the elements raised can be considered relevant for analysis in terms of clarification.

Keywords: environmental sociology of law, sociology of law, socioenvironmental law, methodology, transdisciplinarity.

1. Introdução

No livro inaugural sobre a Sociologia Ambiental do Direito (Pereira Ponzilacqua, 2015b), houve a ocasião de explicitar alguns conceitos ou noções axiais que a orientam, bem como o método de investigação proposto. Serão retomados aqui para efeito de elucidação da abordagem.

A Sociologia Ambiental do Direito (SAD) consiste num "campo ou segmento da Sociologia do Direito que se ocupa especificamente dos conflitos socioambientais em sua

perspectiva sociojurídica" (Pereira Ponzilacqua, 2015b: 37). Não tem a pretensão nem de suplantação nem de fragmentação das ciências imediatamente envolvidas, como o Direito, a Sociologia ou as Ciências Sociais, o que afinal combate porquanto tenha o escopo de integração, nem tampouco pretende-se como ciência ou disciplina autônoma. Sua abordagem compreende aqueles fenômenos igualmente considerados pela Sociologia do Direito, tais como a nomogênese, a consolidação, os horizontes de aplicação das normas ambientais e sua eficácia. Pelo que se apresenta mais como método investigativo e de complexidade do que como divisão científica.

A ideia de um direito cristalizado, positivista, monolítico e autorreferenciado é enfrentada sob o paradigma da complexidade. A necessidade de olhares múltiplos e multifacetados sobre o objeto ambiental compele à reflexão sobre a produção do direito e sobre o próprio saber que conduz e suas consequências socioambientais.

O primeiro pressuposto que a SAD considera é que as elaborações jurídicas ou sociojurídicas são essencialmente consideradas sob prismas acentuadamente antropocêntricos. E os direitos da natureza precedem mesmo às organizações humanas e suas compleições sociais. Ou seja, a humanidade e o direito que produz devem ser subordinados a pressupostos metanormativos e apriorísticos, do substrato existencial e das cadeias ecológicas de que depende direta ou indiretamente.

Neste sentido, a perspectiva é abrangente e integrativa no sentido de considerar os vínculos antropossociais, a existência ecoplanetária. Revela tanto as possibilidades de integração, como, em sentido dialético, as fissuras sociais e desintegrações (Pereira Ponzilacqua, 2015b).

Por se tratar de proposta epistemológica de alcances globais, a pretensão pode se confundir igualmente como um risco, tão combatido pelas ciências em geral, que é o da impossibilidade de análise em razão de perspectiva demasiado ampla. Todavia, as ciências, em razão da necessidade de especialidade de consideração de seus objetos e de sua funcionalidade, acabaram por incidir no oposto, que é ausência quase completa de

percepção holonômica. Torna-se extremamente particularizada e perde em visão panorâmica. A solução, neste sentido, é o enfeixamento típico do olhar de complexidade. Sem perder o ponto de vista do observador ou seu lugar de observação, que parte das especializações e disciplinamentos científicos, ir abrindo os feixes de consideração e observação gradativamente. Cabe aqui o que os ambientalistas traduzem como um adágio de suas práticas: "pensar localmente, agir globalmente; pensar globalmente, agir localmente". Ou seja, retomar as vias de acesso do todo para as partes e das partes para o todo, naquilo que é possível e de acordo com os condicionantes da visão do observador. Pelo que é perspectiva eminentemente fenomenológica: sujeito e objeto são considerados como elementos essenciais e indissociáveis para a concreção e elucidação metodológica. Nem ênfase demasiadamente objetiva, externa e 'material', nem ênfase demasiadamente subjetiva, interna e 'idealista'. Busca-se a composição de ambas, em dialogia, como aliás fazem os principais métodos de investigação humanos e sociais contemporâneos e de larga aceitação científica ou humanística, tais qual a fenomenologia de Husserl (2010) e Edith Stein (1998) (Pereira Ponzilacqua, 2019); o estruturalismo construtivista de Bourdieu (1979) (Lebaron, 2012; Pereira Ponzilacqua, 2018). Mais do que todos, reportamos aqui ao Método da Complexidade de Edgar Morin (1997 e 1999). São perspectivas que se propõe superar o dualismo sujeito-objeto em ordem de uma concepção mais integrada e complexa das relações sociais humanas e ambientais.

2. Elementos teóricos-descritivos e horizontes

Os horizontes da SAD são bastante amplos. Haja vista a complexidade e variedade dos temas tratados, sempre com foco na perspectiva socioambiental, abre-se longa possibilidade de considerações, aprimoramentos conceituais e aplicações. Todavia, esse universo vasto e aparentemente ilimitado é circunscrito pelos elementos teóricos descritivos a imprimir caminho de análise a SAD, a saber: 1) Os direitos socioambientais; 2) As vulnerabilidades socioambientais. Portanto, a vastidão inicial acaba por se mostrar bem mais focada quando se têm esses horizontes de aplicação. A elucidação destes dois elementos acaba por imprimir caminhos ou roteiros bem demarcados de análise, ao modo de *senderos*. Ou seja, observados os elementos teórico-descritivos a SAD torna-se bastante

orientada e ganha em especificidade de abordagem.

Os direitos socioambientais são aqui entendidos na perspectiva ampla da vertente socioambientalista dos movimentos sociais. Ou seja, a conjugação das pretensões ecológicas com a qualidade de vida das sociedades humanas. Toma-se como convergentes devastação da natureza e a pauperização dos indivíduos ou coletividades humanas. Por certo que isso está muito longe de acusar a pobreza como causa dos problemas ambientais. Ao contrário, concebe-se as questões socioambientais como integradas. Elas são entendidas como os processos relativos à pauperização social decorrentes dos processos de precarização de trabalho e de tecnicismos desregrados e aos processos de degradação ambiental. Em geral, as causas são comuns e podem ser encontradas, grosso modo, nas formas ensejadas pelo modelo exploratório moderno, que se instalou segundo uma ótica produtivista do capitalismo, que também assolou e pervadiu mesmo os países que se opunham ao capitalismo, notadamente no sentido de precarização e exploração do trabalho e da natureza.

A análise das vulnerabilidades socioambientais, por sua vez, permite construir um quadro mais preciso dos agentes e envolvidos nas questões socioambientais, sejam os que sofrem agressões ou ameaças de caráter ambiental, seres vivos ou não, indivíduos ou coletividades, sejam os agressores. Permitem também desmistificar os jogos e disputas em torno dos capitais associados aos conflitos socioambientais, pela constatação da 'geometria' de sujeitos imersos nas questões socioambientais. Não se trata apenas de inferências, mas de quadros estatísticos, elementos factuais, evidências concretas que permitem, elas sim, conceber as diversas e complexas redes de atuações que interferem na expropriação de comunidades e ambientes.

Na forma dicionarizada, *vulnerável* significa o que corre risco, que é ameaçado, ou é passível de destruição, dano ou que pode ser ferido ou magoado; aquilo que tende a ser magoado, danificado ou derrotado; aquilo que é frágil. As vulnerabilidades referem se tanto os 'vulneráveis', que são os *sujeitos passivos*, individuais ou coletivos da relação de degradação/destruição socioambiental, quanto aqueles que propiciam ou se aproveitam das

vulnerabilidades, os *sujeitos ativos*, que são os agressores ou ameaçantes (potenciais agressores).

Os *conteúdos ou modos* das vulnerabilidades são *diversos*: a vulnerabilidade pode ser constatada em situações concretas muito distintas, em perspectivas macro e microssociais ou sistemáticas, desde que subsumidos às noções típicas da VS, isto é, situações concretas que possam real ou potencialmente causar danos aos sujeitos passivos, e cujos efeitos produzam prejuízos sociais e ambientais constatáveis, quer presentes, quer iminentes.

Os *nexos causais* das VS também devem ser analisados no âmbito dos conteúdos apresentados. Para cada conteúdo, há causas e efeitos diversos. Estão concatenados explícita ou implicitamente. As VS estão impregnadas das mesmas causas que conduzem à pauperização e à generalização da violência nos espaços públicos (formas de racionalidade, de poder e de distribuição das riquezas hegemônicas).

Os elementos teórico-descritos da SAD conforme exposto por Pereira Ponzilacqua (2015b), podem ser sintetizados em:

1) *Existencialidade:* a existência precede às racionalizações e modalidades técnicas de dominação, donde deve ser concebida mediante os elementos da alteridade, retroatividade, das emergências e da visão integral (holonômica) dos processos complexos;

2) *Dialogia:* é fundamental a compreensão dialógica dos fenômenos, a fim de inteligir, mediante estruturas flexíveis e provisórias, tanto os elementos convergentes e promotores de complementaridades, quando os divergentes que promovem dispersão, dissipação e dissidências, com recurso à interação científica e de saberes variados de acordo com a contribuição de envolvidos, atingidos, especialistas e especialidades;

3) *Dinamicidade*: parte-se de uma sociologia dinâmica, em que os fenômenos sociais são tomados como dinâmicos, em que continuidade e descontinuidade podem ocorrer mantendo o núcleo antitético. Portanto, não se trata de fenômenos observáveis de modo estanque, estável e cristalizado, mas caracterizados pela imprecisão, movimentação,

aceleração e permanente ruptura/transformação/renovação;

4) *Dialeticidade*: os fenômenos são tomados em modo dialético. São fenômenos que se perpetuam ou se tensionam mediante enredamentos antitéticos de seus elementos primordiais, tanto no nível das ideias, quanto da materialidade, ambas concebidas nos termos da complementaridade/antagonismos da complexidade. Incorporam-se noções como ordem/desordem/caos, organização e antiorganização; construção e desconstrução, entre outros;

5) *Processualidade Recursiva*: observam-se formas de recursividade, retroação e emergências contínuas, razão por que não se pode apenas tomar os fenômenos sob a perspectiva da causa-e-efeito dos métodos tradicionais. As ausências e não-ditos são sopesados ao lado dos elementos explicitados e referidos;

6) *Conflituosidade:* Disputas são inerentes aos direitos socioambientais (DS). A escassez dos recursos naturais torna-o cada vez mais conflitivo. O meio ambiente, as sociedades humanas e naturais concebidos em termos de protagonismos e antagonismos. Há inúmeros atores e grupos em dinâmicas de disputas, subjugações, sublevações e composições.

Esses elementos teórico-descritivos dialogam com o que Enrique del Percio preleciona acerca da "indisciplina" e da necessidade de ampliação crítica da relação entre epistemologia e política. Entre as muitas riquezas conceituais e etimológicas elaboradas pelo autor, duas noções ali constantes parecem-nos especialmente caras à aplicação no campo da SAD: a própria ideia de "indisciplina" e a anadialética, como ponderações aplicáveis ao campo da sociologia jurídica. Aludiremos às noções naquilo que é possível confrontar com a proposta da SAD e remetemos ao autor para maior aprofundamento semântico dos termos envolvidos (Del Percio, 2010).

Del Percio descreve a "indisciplina" como modo de resistir aos paradigmas dominantes, ao modo de reflexão, de rebeldia, mas também de aprofundamento radical. A indisciplina não é tão-somente oposição, mas é igualmente espaço de complementaridade comunicativa e transfronteiriça. O autor assim descreve os usos semânticos a que recorre

(Del Percio, 2010: 5):

> Uso este término en un triple sentido: en primer lugar, empleo el prefijo *in* en su aspecto inclusivo, para significar la necesidad de partir de una disciplina y adentrarse en otra a fin de comprender mejor qué acontece en nuestro campo de estudio. En segundo lugar, lo empleo para referir a la actitud de incorporar elementos, conocimientos y categorías propios de esa otra disciplina en aquella de la que se partió. Y, finalmente, lo empleo en su significación negatoria, para denotar la importancia de negar los paradigmas epistemológicos de cada disciplina cuando ello resulta estrictamente necesario.

Essa indisciplina metodológica, resistente, retroativa e resiliente, e ao mesmo tempo dialógica e includente, reflete os caminhos pelos quais a SAD pretende trilhar, que pretende refletir as interseccionalidades necessárias para atingir o máximo nível de abordagem, compreensão, análise e intervenção dos temas socioambientais que se antepõem ao direito, como também de refratar as rigidezes infecundas que a tradição científica acumulou secularmente e que impedem sinergias.

Por último, é preciso referir-se à anadialética, utilizada no sentido que lhe atribui Del Percio (2010: 9). Ele a concebe como o movimento de tensão lógico-racional e existencial que

> (...) muestra con más fuerza que el tercer momento (no de síntesis sino de eminencia) es en sí mismo un concepto abierto, no igual a sí mismo y que no requiere de una nueva negación para dejar de ser el momento en que el poder se impone (Del Percio, 2010: 9).

Portanto, a anadialética vai além da dialética, e mesmo da analogia. Segundo bem pontua o autor, esse modo de diagnose no âmbito das ciências sociais e políticas, e, particularmente na ciência do direito, implica uma leitura social com fulcro na injustiça, num reconhecimento explícito das vítimas e de elementos metanormativos que subjazem como orientação (meta) e significado das normas, bem como da sua elaboração e aplicações. Isso vem ao encontro com as pretensões substanciais da SAD (Del Percio, 2010).

3. Aplicações

As aplicações da SAD podem ser consideradas em seis ações axiais, a saber:

i. Levantamento e Sistematização de dados acerca dos conflitos e da vulnerabilidade socioambiental e contribuir para a sistematização de dados acerca da vulnerabilidade e marginalidade ambiental;

ii. Elaboração de subsídios doutrinários ou dogmáticos, legislativos ou jurisprudenciais nos casos de violação de direitos ambientais,

iii. Gestão do Patrimônio Natural: Contribuir para implantação de programas de gestão do patrimônio natural em organizações/instituições nas regiões onde as pesquisas se encontram, sempre com perspectivas que vão do microrregional aos macrossistemas sociojurídicos internacionais;

iv. Participação em fóruns regionais de política ambiental e contribuir para o incremento de políticas públicas socioambientais;

v. Acompanhamentos e solidariedade aos indivíduos e coletividades de significativa vulnerabilidade socioambiental, com a participação e envolvimento efetivo de pesquisadores e alunos nos desafios cotidianos de grupos vulneráveis;

vi. Educação Socioambiental: Difusão e popularização dos princípios e direitos na perspectiva da Sociologia Ambiental do Direito por meio de organização e participação de eventos. E colaborar com a educação mediante a difusão e popularização terminológica e nocional afeita ao direito ambiental nas áreas investigadas.

Essas ações não devem ser tomadas como segmentadas ou dissociadas. Antes, precisam ser concebidas ao modo de dimensões ou ações convergentes. Por certo, um grupo de pesquisadores não precisa atuar em todas elas ao mesmo tempo. Mas certa variedade de ações, desde que concatenadas e convergentes, permite aplicações significativas e com resultados mais próximos de estágio ideal.

Em todos os casos, a SAD propicia, em razão da consciência da complexidade de fatores intervenientes no campo socioambiental, ações eficazes em vários âmbitos de análise, por considerar que intervenções extremamente pontuais, sem horizontes e panoramas mais amplos, acabam por se mostrar pouco efetivas em termos de transformação e emancipação socioambiental.

Múltiplas são, em consequência, as aplicações descortináveis. As principais são:

1) a ideia dos direitos ambientais no âmbito da compreensão dos direitos humanos e difusos;

2) a organização, disputa e a governança concernentes à segurança hídrica, alimentar ou energética;

3) As formas alternativas de produção, no âmbito da segurança hídrica, alimentar ou Energética, como as questões relativas à dessedentação, ao saneamento básico, ao acesso aos recursos hídricos, aos sistemas agroflorestais, à agricultura orgânica, ou à produção de energia limpa.

4) a eclosão de conflitos socioambientais relativos à apropriação fundiária; da apropriação e exploração da biodiversidade e/ou do conhecimento tradicional associado;

5) a problemática da proteção da fauna e da flora;

6) a dinâmica, hierarquização e compilação das normas ambientais nos níveis internacional, constitucional e infraconstitucional;

7) as formas de organização, resistência e resiliências das comunidades atingidas;

8) a litigância climática e as ações públicas e privadas correspondentes;

9) as desigualdades de gênero, etárias ou étnico-raciais relativas ao acesso aos bens naturais;

10) a conexão entre ambiente cultural e ambiente natural, urbano e laboral, notadamente nos campos da intersecção entre proteção do patrimônio cultural, dos espaços

e vivências tradicionais do sagrado e da proteção da natureza.

4. Exemplos de aplicações

Na sequência, expõem-se três exemplos espaços ilustrativos de aplicação com sucesso da SAD: nas pesquisas (nos níveis de pós-graduação e de graduação) e na extensão universitária. Em todas elas, buscou-se perspectiva praxiológica, em que os problemas socioambientais analisados ou confrontados eram concebidos em dinâmicas de análise concretas. Em seguida, faz-se uma breve descrição de cada um destes níveis de apropriação ou abordagem pela ótica e metodologia da SAD.

4.1. Na pós-graduação

O primeiro exemplo de aplicação da SAD é tomado de pesquisas para dissertação de mestrado realizada no âmbito do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP-USP). A primeira pesquisa, que teve sucesso reconhecido e até premiação, partiu do contexto da gestão das águas nas bacias hidrográficas Piracicaba, Capivari e Jundiaí (PCJ), para nele identificar o entrelaçamento dos problemas e conflitos socioambientais e a atuação dos diversos atores envolvidos, inclusive do campo jurídico, em recorte temporal que abrangeu o período de crise hídrica no Estado de São Paulo, entre 2014 e 2016 (Sacilotto, 2017).

O fio condutor da SAD, na qualidade de método, orientou a pesquisa no sentido de privilegiar a conjugação de procedimentos metodológicos empíricos e bibliográficos como meio de se afastar do tradicional engessamento das pesquisas jurídicas, comumente avessas a abordagens empíricas. Contudo, a aplicação da SAD não implica em mera heterodoxia, antes indica os fundamentos para que as ferramentas de pesquisa convirjam para análises mais enriquecedoras e plurais, sem prejuízo da "objetivação" e da "sistematicidade" (Demo, 2015) inerentes ao conhecimento científico.

Ademais, enquanto inscrito na questão das águas, um dos campos preferenciais

para estudo a partir da SAD, o tema abordado revelou nuances, no transcorrer da pesquisa, cuja visualização foi favorecida pelo método escolhido. Em especial, a consideração das disputas de apropriação de capitais inerentes aos conflitos socioambientais permite distinguir os matizes das disputas entre os diversos atores. Neste sentido, os achados da pesquisa apontaram para conflitos relevantes, mormente no período de crise hídrica, quando a imposta contração do espaço institucional de participação correspondeu a uma judicialização da crise por atores do Ministério Público.

Sob o ponto de vista propiciado pelo método, sabedor que metodologias estanques falham em melhor apreensão do caráter dinâmico dos problemas enfrentados, encontrou-se luz também sobre os resultados atingidos, desvelando notadamente a dificuldade de integração e permeabilidade do problema socioambiental ao campo jurídico.

Encontram-se em andamento seis orientações de dissertação de mestrado elaboradas e amadurecidas com base na ótica da SAD ou a ela referidas, explícita ou implicitamente. Cada uma delas com perspectiva distinta de aplicação, conforme aquelas "aplicações descortináveis" retromencionadas.

A primeira delas diz respeito aos direitos concernentes aos atingidos por barragens, em chave de leitura do direito internacional, notadamente no campo dos direitos humanos (Gonçalves de Alcântara Formiga, 2019).

Depois, passamos a orientar pesquisa relativa à associação das cosmovisões latino-americanas em conexão à noção de 'bem-viver' bem como a sua potencialidade de proteção à natureza. Neste caso, o mestrando, cujo projeto fora aprovado em 2020, busca refletir sobre a complexidade ambiental, sua destruição e possíveis vias de preservação mediante o reconhecimento dos potenciais das tradicionais culturais e religiosas presentes de tempos imemoriais no continente (Bellizzi, 2020). Como o direito estatal pode conviver e estimular essas práticas à luz do Programa 'Viver em Harmonia com a Natureza', da Organização das Nações Unidas, é pergunta orientadora do projeto.

Há um projeto também em andamento, igualmente iniciado em 2020, relativo às medidas de proteção ambiental envolvendo embarcações e transferências de produtos *(ship to ship double banking)* (Chad, 2020).

Os outros três projetos, mais recentes e bem distintos, tentam equacionar as questões socioambientais sob o ponto de vista do gênero e as desigualdades associadas (Duarte Mendonça Álvares, 2021), do georreferenciamento das bases cartorárias e as zonas vulneráveis de proteção estatal, mediante bases sociojurídicas (Rodrigues Neto, 2021) e os desafios regionais de políticas de segurança alimentar em bases sustentáveis e adequadas (Marques, 2021). Como são incipientes, deixaremos para descrevê-las e apresentá-las convenientemente em futuro próximo, conforme os resultados finalizados alcançados.

A SAD também é conteúdo integrante da disciplina do programa de pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP-USP), intitulada *Direitos Socioambientais: Desafios ao Ordenamento Jurídico e às Políticas Públicas*. A disciplina foi eleita como aquela emblemática do "Projeto Ambientes e Desenvolvimento", coordenado por Marcio Henrique Pereira Ponzilacqua. Ela é ministrada em corregência pelos quatro docentes integrantes do projeto, com suas distintas perspectivas de análise. E a SAD consta como um dos conteúdos introdutórios das matérias abordadas e tem colaborado efetivamente para a ampliação significativa dos horizontes dos diversos inscritos, sejam alunos regulares ou especiais.

4.2. Na graduação

Outro exemplo de pesquisa bem-sucedida, financiada pela FAPESP (Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo), e de iniciação científica, teve como tema a tutela da fauna silvestre no direito brasileiro.

A pesquisa, premiada em concurso nacional sobre desenvolvimento sustentável, buscou mediante a análise das complexidades e interfaces do sistema jurídico e das suas implicações sociais, abordar como o direito pátrio e a perspectiva jurisprudencial acerca da

tutela da fauna silvestre é tangenciada por visão antropocêntrica e bastante limitada (Lima, 2016).

O elemento diferenciador do projeto respeita à análise jurisprudencial ensejada. Foram selecionados e explicitados diversos acórdãos ou decisões monocráticas tendo como eixo a análise socioambiental dos direitos dos animais silvestres, com ênfase em perspectiva interdisciplinar, reflexivo-crítica e em que a metodologia da SAD fora empregada com sucesso.

A SAD também orientou trabalhos de alunos no âmbito do Programa Unificado de Bolsas da Pró-Reitoria de Graduação da Universidade de São Paulo, na modalidade 'pesquisa', intitulado Pesquisa em Sociologia Ambiental do Direito (PSAD).

O objetivo do projeto foi o de desenvolver habilidades para a reflexão sociológica e existencial do direito ambiental, propiciando a um só tempo desenvolvimento das competências técnico-jurídicas e de abordagem crítica mediante o subsídio da Sociologia Ambiental do Direito. O projeto consistiu em pesquisa no campo socioambiental e jurídico em três dimensões distintas, a saber: 1) construção e avanço da Sociologia Ambiental do Direito; 2) Análise do Direito Ambiental sob a perspectiva da marginalidade e vulnerabilidade ambientais; 3) Análise das Políticas Públicas

Socioambientais, especialmente aquelas incidentes em três campos preferenciais de análise, a saber: 1) Direito das Águas, Segurança Hídrica e Alimentar; 2) Tutela da Fauna e Flora e de Políticas Públicas de Proteção da biodiversidade; 3) Política de mobilidade urbana, com respeito à sociodiversidade.

Houve três edições seguidas do projeto. Na primeira delas, o estudante selecionado como bolsista pesquisou Políticas Públicas e Direito Ambiental; enquanto que outra aluna, não-bolsista, pesquisou a mobilidade urbana e os desafios sociojurídicos e ambientais. Na segunda edição, a aluna bolsista concentrou-se na análise do Direito Penal Ambiental e os desafios de aplicação de penas para além dos moldes tradicionais do direito e que

propiciem avanços no sentido de proteção ambiental. Na terceira edição, o aluno desenvolveu o tema da proteção dos direitos indígenas em cotejo com outros ordenamentos jurídicos, buscando soluções eficazes e de maior eficácia socioambiental (Pereira Ponzilacqua, 2015a, 2016 e 2017).

Mesmo com os desafios inerentes à iniciação científica e à pesquisa na graduação, geralmente relacionados à equação de tempo, às exigências ordinárias do ensino e à inexperiência de pesquisa dos iniciandos, os resultados dos projetos demonstraram que a SAD pode ser empregada com consistência também nestes âmbitos, com sucesso.

A SAD é abordada em disciplinas distintas da FDRP – USP, como conteúdo integrante das várias perspectivas sociojurídicas e como bases teórico-metodológicas acessíveis.

Na Sociologia do Direito, um tópico é reservado especialmente à SAD. É uma forma de contemplar e ilustrar as vertentes interdisciplinares atuais e como possibilidade de incremento e aplicação dialógica da Sociologia do Direito em si mesma.

Na disciplina de Direitos e Desigualdades, quando Pereira Ponzilacqua é designado corregente, ele introduz o tema da SAD ao elucidar as questões atinentes às vulnerabilidades socioambientais.

E, por fim, no âmbito das disciplinas de Laboratórios, que na FDRP são fragmentadas em seis disciplinas distintas conforme o estágio do estudante no curso de direito, a SAD é aplicada como mecanismo de explicitação e análise das políticas socioambientais.

4.3. Na extensão

Na extensão universitária, a SAD é usada para imprimir olhar multidisciplinar notadamente no projeto intitulado, originariamente, “Pensamentos Socioambientais:

indagações filosóficas e existenciais", já concluídos, e, mais recentemente, "Pensamentos Socioambientais e Educação", que está em andamento já em sua terceira edição.

Nos trabalhos de extensão, regularmente são convidados palestrantes, conferencistas ou debatedores especialistas em temas ambientais, notadamente aqueles concernentes às grandes demandas atuais, para introduzirem discussões ou reflexões acerca dos problemas ambientais de grande envergadura.

Os critérios para seleção dos palestrantes, debatedores ou conferencistas estão vinculados a: 1) Pesquisas efetivas no campo socioambiental; 2) Relação das pesquisas com comunidades vulneráveis; 3) Explicitação de lutas, desafios e conflituosidades socioambientais; 4) Conexão dos trabalhos com elementos relativos dos Direitos Socioambientais.

Os públicos-alvos são pesquisadores, estudantes de graduação e de pós-graduação, especialistas e demais interessados nos temas ambientais.

O projeto visa, igualmente, abordagens que não se reduzam à lógica estritamente instrumental, científica e da linguagem técnica. Busca unir às exposições, com competência científica e técnica, à expressões de racionalidade estético-expressiva, em que os diversos campos da arte e da expressão humana, em linguagem não-verbal exclusivamente, são exploradas. Assim, os extensionistas, notadamente os bolsistas, são convidados a proporem e a participarem de processos criativos de difusão das ideias, que vão desde a arte gráfica para composição dos instrumentos de divulgação – hoje notadamente imersos nas novas redes e propostas de informação digital e, igualmente, pela representação gráfica e/ou estética dos conteúdos abordados. Linguagens alternativas, como música, canto, poesia, esculturas, representações visuais, projeções visuais, são exploradas. Busca-se, igualmente, sempre que possível, a interação com o público presente.

Foram vários os temas já analisados ou refletidos ao longo dos três anos de consolidação do projeto, que se afirma dentre as expressões do Programa Unificado de

Bolsas, modalidade “cultura e extensão”, da Universidade de São Paulo. Alguns exemplos: Sociologia Ambiental do Direito; Direitos Socioambientais; Direito e Consumo; Política Fundiária: 25 anos do Massacre de Corumbaíba; Política Fundiária: os atingidos por barragens; Desastres de Mariana e Brumadinho; Licenciamento Ambiental; a Crise na Amazônia e a análise política; a Segurança Hídrica; a Segurança Alimentar. Enfim, vastidão de temas, sempre conectados pelas perspectivas interdisciplinares, pela degradação ambiental, pela necessidade de proteção, pelos avanços ou retrocessos em matéria jurídica e procedimental, no âmbito dos enfoques das vulnerabilidades e dos direitos socioambientais (Sudan e Pereira Ponzilacqua, 2017 e 2018; Sudan, Makino e Pereira Ponzilacqua, 2019 e 2020).

5. Perspectivas

A SAD, com projetos nas quatro principais dimensões do sentido de “ambientes” (natural, urbano, cultural e laboral) tem como perspectivas formação e integração de ações no âmbito das vulnerabilidades socioambientais e das políticas sociais, em vista da redução de desigualdades socioambientais. Todos os campos de atuação dos pesquisadores, docentes e discentes envolvidos, têm por foco intervir, mediante protagonismos de cada segmento, nos ambientes urbano, natural, cultural e laboral. Há estratégias de pesquisa e ação em vista da segurança hídrica, alimentar, trabalho decente e administrativas que concebem formas participativas e mais eficazes de enfrentamento à expropriação ambiental e desigualdades.

As tendências e/ou perspectivas da SAD podem ser sintetizadas em dois grandes blocos:

I) Tendência de ampliação exponencial: a ambição da SAD por compreender os fenômenos ambientais em suas múltiplas dimensões – antropossocial, ambiental e jurídica – , permite que haja ampliação exponencial de suas perspectivas. Tende a abarcar número crescente de pontos de vistas e aplicações. Também ditadas pela importância crescente da discussão dos problemas ambientais.

Portanto, há perspectiva de crescente de análise, por vezes incomensurável. O que pode transformar o seu objeto em conjunto muito vasto, pelo que os pesquisadores e demais envolvidos sempre precisam estar atentos a eventuais hiperdimensionamentos ou à necessidade de estabelecimentos de focos e estratégias, mas sempre em considerações holonômicas e enfeixadas, para não perder de vista a concepção integral da existência.

II) Tendência de relativização e minimização decorrente de modos sociais conservadores e refratários: As desqualificações e resistências por parte de grupos sociais conservadores ou estabelecidos expandem-se na atualidade e elas, por certo, se antepõem aos aprofundamentos e críticas emergentes da SAD. As relativizações ou minimizações, em geral levianas, se contrapõem e obstam o processo reflexivo e crítico sedimentados nos âmbitos das ciências ambientais, humanas e sociais. Refletem, em verdade, às disputas de capitais associados aos bens naturais. São lutas simbólicas que pretendem absorver e apropriar-se dos escassos bens ambientais em favor de grupos hegemônicos. Podem redundar em benefício da SAD, enquanto aprimoramento de suas práticas comunicativas, discursivas, argumentativas e hermenêuticas. Mas podem também concretizar-se em elementos pejorativos, no sentido de sucumbirem-se os pesquisadores ao desalento ou a angústia de verem seu objeto de investigação e análise desprestigiado. Essa atenção precisa ser dada no sentido de sempre qualificar, com competência e desmistificações, os discursos corrosivos e contraproducentes (Pereira Ponzilacqua, 2015b).

6. Conclusões

O escopo do texto foi demonstrar como a SAD (Sociologia Ambiental do Direito) é metodologia de pesquisa aplicável em diversos âmbitos da pesquisa e atuação sociojurídicos, em que estão envolvidos e imbricados elementos do direito ambiental, sob o enfoque socioambiental e das vulnerabilidades.

São muitos os temas e aplicações possíveis. E os projetos referidos ilustram seu potencial de intervenção e reflexão, e propiciam avanços significativos nas práticas

jurídicas, maiormente do Direito Ambiental.

Haja vista a complexidade dos elementos intervenientes no campo socioambiental, há sempre o risco de análises por demais abrangentes e panorâmicas. Todavia, o risco reduz-se acentuadamente ao se mergulhar quer nas particularidades temáticas, que imprimem especialidades às respectivas abordagens, e ao mesmo tempo, exige considerações substanciais, no sentido de elementos concretos, dados e estatísticas, tratados sob rigoroso aporte científico.

Ao mesmo tempo, a SAD não implica apenas em análises estritamente investigativa ou de pesquisa. Pode ser aplicada, como se aclarou acima, em abordagens de extensão. Neste caso, o olhar multifacetado, de complexidade fenomênica e de convergência no âmbito das causas e efeitos, propicia riquezas de debates e ampliação significativa dos olhares diversos tanto dos que estão envolvidos diretamente na organização e criação dos processos de extensão, quantos dos convidados (palestrantes, debatedores, conferencistas) e dos participantes em geral (o público-alvo).

Embora recente, a SAD se afirma como expressão metodológica consistente por exprimir condensações teóricas e praxiológicas que se afirmam secularmente no campo da inteligibilidade e ação no campo socioambiental.

Referências bibliográficas

Bellizzi, Marcus. (2020). *O programa 'Harmonia com a Natureza' das Nações Unidas e o desenvolvimento da Teoria dos Direitos da Natureza no Brasil* [Projeto de Pesquisa de Mestrado], Ribeirão Preto - São Paulo, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto - Universidade de São Paulo.

Bourdieu, Pierre. (1979). *La distinction: critique sociale du jugement*, Paris, Minuit.

Chad, José Gebran Batoki. (2020). *Cidadania e sustentabilidade nas operações Ship to Ship Double Banking no Terminal Aquaviário Almirante Barroso, em São Sebastião SP* [Projeto de Pesquisa de Mestrado], Ribeirão Preto - São Paulo, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto - Universidade de São Paulo.

Del Percio, Enrique Miguel. (2010). *Aportes a una teoría de la indisciplina: notas sobre política y epistemología*, Conferencia dictada en el Instituto de Espacialidad Humana (IEH) de la Facultad de Arquitectura, Diseño y Urbanismo (FADU) - Universidad de Buenos Aires (UBA).

Demo, Pedro. (2015). *Metodologia do conhecimento científico*, 1a ed., São Paulo, Atlas.

Duarte Mendonça Álvares, Cristina. (2021). *Universalização do acesso ao saneamento básico: análise jurídica da interface entre gênero e proteção socioambiental* [Projeto de Pesquisa de Mestrado], Ribeirão Preto - São Paulo, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto - Universidade de São Paulo.

Gonçalves de Alcântara Formiga, Pedro. (2019). *Entre direitos humanos e direito ambiental: o impacto do parecer consultivo oc-23/17 na política nacional de segurança de barragens* [Projeto de Pesquisa de Mestrado], Ribeirão Preto - São Paulo, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto - Universidade de São Paulo.

Husserl, Edmund. (2010). *Formal and Transcendental Logic*, Cairns, Dorion (trad.), Leiden, The Hague - Martinus Nijhoff. (Obra original publicada em 1929)

Lebaron, Frédéric. (2012). "La distinction: ouvre-carrefour de la sociologie de Pierre Bourdieu", em: Lebaron, Frederic & Gérard Mauger, *Lectures de Bourdieu*, Paris,

Ellipses, pp. 155-167.

Lima, Lia de Freitas. (2016). *A tutela jurídica da fauna silvestre no direito brasileiro*, Trabalho apresentado no II Fórum ENACTUS de Desenvolvimento Sustentável, Ribeirão Prêto.

Marques, Felipe Jábali. (2021). *Avaliação do Programa Nacional de Alimentação Escolar no Município de Ribeirão Preto-SP: rumo à segurança/seguridade alimentar e nutricional sustentável* [Projeto de pesquisa de Mestrado], Ribeirão Preto - São Paulo, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto - Universidade de São Paulo.

Morin, Edgar. (1997). *O método: II. A natureza da natureza*, Bragança, Maria Gabriela de (trad.), Portugal, Publicações Europa-América. (Obra original publicada em 1977)

Morin, Edgar. (1999). *O método: II. A vida da vida*, Bragança, Maria Gabriela de (trad.), Portugal, Publicações Europa-América. (Obra original publicada em 1980)

Pereira Ponzilacqua, Marcio Henrique. (2015a). *Projeto de pesquisa em Sociologia Ambiental do Direito (PSAD),* Programa Unificado de Bolsas da Pró-Reitoria de Graduação da Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto - São Paulo, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto - Universidade de São Paulo.

Pereira Ponzilacqua, Marcio Henrique. (2015b). *Sociologia Ambiental do Direito: análise sociojurídica, complexidade ambiental e intersubjetividade*, Petrópolis, Vozes.

Pereira Ponzilacqua, Marcio Henrique. (2016). *Projeto de pesquisa em Sociologia Ambiental do Direito (PSAD),* Programa Unificado de Bolsas da Pró-Reitoria de Graduação da Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto - São Paulo, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto - Universidade de São Paulo.

Pereira Ponzilacqua, Marcio Henrique. (2017). *Projeto de pesquisa em Sociologia Ambiental do Direito (PSAD),* Programa Unificado de Bolsas da Pró-Reitoria de Graduação da Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto - São Paulo, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto - Universidade de São Paulo.

Pereira Ponzilacqua, Marcio Henrique. (2018). “A sociologia do campo jurídico de

Bourdieu e Dezalay", *Revista Direito e Práxis*, Vol. 9, No. 1, pp. 226-249.

Pereira Ponzilacqua, Marcio Henrique. (2019). "Intersubjetividade e Estado em Edith Stein", *Revista Veritas*, Vol. 64, No. 2, pp. 1-30.

Rodrigues Neto, Assuero. (2021). *O serviço de registro de imóveis como instrumento de promoção do desenvolvimento sustentável* [Projeto de Pesquisa de Mestrado], Ribeirão Preto - São Paulo, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto - Universidade de São Paulo.

Sacilotto, Leonardo Mattoso. (2017). *Direito e políticas públicas na gestão das águas: análise sociojurídica das bacias hidrográficas dos rios Piracicaba, Capivari e Jundiaí* [Dissertação de Mestrado], Ribeirão Preto - São Paulo, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto - Universidade de São Paulo.

Stein, Edith. (1998). *Introduzione alla filosofia*, Bello, Agnes (trad.), Roma, Cittá Nuova.

Sudan, Daniela Cássia e Marcio Henrique Pereira Ponzilacqua. (2017). *Projeto Pensamentos Socioambientais: indagações filosóficas e existenciais.* Programa Unificado de Bolsas da Pró-Reitoria de Graduação da Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil.

Sudan, Daniela Cássia e Marcio Henrique Pereira Ponzilacqua. (2018). *Projeto Pensamentos Socioambientais: indagações filosóficas e existenciais*, Programa Unificado de Bolsas da Pró-Reitoria de Graduação da Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto - São Paulo, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto - Universidade de São Paulo.

Sudan, Daniela Cássia, Jéssica Makino e Marcio Henrique Pereira Ponzilacqua. (2019). *Projeto Pensamentos Socioambientais: indagações filosóficas e existenciais*, Programa Unificado de Bolsas da Pró-Reitoria de Graduação da Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto - São Paulo, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto - Universidade de São Paulo.

Sudan, Daniela Cássia, Jéssica Makino e Marcio Henrique Pereira Ponzilacqua. (2020). *Projeto Pensamentos Socioambientais: indagações filosóficas e existenciais*, Programa Unificado de Bolsas da Pró-Reitoria de Graduação da Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto - São Paulo, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto - Universidade de São Paulo.

FEMINISMOS Y MODELOS PROSTITUCIONALES
APUNTES SOCIO-JURÍDICOS PARA EL CASO URUGUAYO

Pablo Guerra[1]
ORCID: 0000-0002-2586-7175
Correo electrónico: pablo.guerra@fder.edu.uy

Romina Gallardo Duarte[2]
ORCID: 0000-0003-2909-9190
Correo electrónico: rmgd26@gmail.com

Resumen

En este artículo analizaremos la evolución que ha tenido el feminismo respecto al tratamiento del fenómeno de la prostitución y el proxenetismo. Lo haremos interpretando tres hitos fundamentales: el contexto de las primeras leyes contra el proxenetismo (1916 y 1927) con una significativa presencia del abolicionismo dentro del incipiente feminismo de los novecientos; un segundo período que va desde la fundación de la Asociación de Meretrices Profesionales del Uruguay (AMEPU) en 1986, hasta la aprobación de la actual Ley 17515 que regula el trabajo sexual (2002) y donde exhibe mayor protagonismo el discurso reglamentarista; y un tercer período que se inicia con la propuesta de reforma del Código Penal (2010) y que sigue hasta nuestros días. Aquí se evidencian posiciones encontradas entre partidarios de desregular el delito del proxenetismo y posiciones del movimiento feminista contrarias a la modificación de los Artículos que conectan con la Ley 8080.

Palabras clave: prostitución, proxenetismo, feminismos, Uruguay

[1] Doctor en Sociología. Profesor e Investigador, Instituto de Sociología Jurídica, Facultad de Derecho, Universidad de la República, Montevideo, Uruguay.
[2] Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Abogada especializada en Género. Integrante de Gestar Derechos, Montevideo, Uruguay.

FEMINISMOS E MODELOS DE PROSTITUIÇÃO
NOTAS SÓCIO-JURÍDICAS PARA O CASO URUGUAIO

Resumo

Neste artigo analisaremos a evolução que o feminismo teve no que diz respeito à interpretação do fenômeno da prostituição e do proxenetismo (chamado coloquialmente de "cafetão"). Faremos isso interpretando três marcos fundamentais: o contexto das primeiras leis contra o cafetão (1916 e 1927) com uma presença significativa do abolicionismo no feminismo incipiente dos anos noventa; um segundo período que vai desde a fundação da Associação Uruguaia de Mercadorias Profissionais (AMEPU) em 1986, até a aprovação da atual Lei 17.515 que regulamenta o trabalho sexual (2002) e onde o discurso regulatório ganha maior destaque; e um terceiro período que se inicia com a proposta de reforma do Código Penal (2010) e continua até os dias de hoje. Aqui ficam evidenciadas as posições encontradas entre os partidários da desregulamentação do crime de lenocínio e as posições do movimento feminista contrárias à modificação dos artigos que ligam a Lei 8.080.

Palavras-chave: prostituição, proxenetismo, feminismo, Uruguai

FEMINISMS AND PROSTITUTIONAL MODELS
SOCIO-JURIDICAL NOTES FOR THE URUGUAYAN CASE

Abstract

In this article we will analyze the evolution that feminism has had with respect to the interpretation of the phenomenon of prostitution and pimping. We will do it by interpreting three key milestones: the context of the first laws against pimping (1916 and 1927) with a significant presence of abolitionism within the incipient feminism of the Twentieth Century; a second period that goes from the foundation of the "*Asociación Uruguaya de Meretrices Profesionales*" (AMEPU) in 1986, until the approval of the current Law 17515 that regulates sexual work (2002) and where it exhibits a major role in the reglamentarist discourse; y a third period that begins with the proposal for the reform of the Penal Code

(2010) and that continues until the next few days. Here are evidenced positions found between supporters of deregulating the crime of pimping and positions of the feminist movement contrary to the modification of the Articles that connect with Law 8080.

Keywords: prostitution, pimping, feminism, Uruguay

1. Introducción

Si bien durante años la principal clasificación de modelos respecto al tratamiento del fenómeno prostitucional por parte de las legislaciones y políticas públicas daba cuenta de tres modelos fundamentales (prohibicionista, reglamentarista y abolicionista) algunos cambios operados sobre fines del siglo pasado obligaron a incorporar una nueva variante, a saber, el modelo laboralista, o también llamado neoreglamentarista como propone Ángeles Anchou (CATWLAC, 2020). De esa manera, serían cuatro los principales modelos:

A) *Sistema prohibicionista*.- Este sistema entiende a la prostitución como un delito, y criminaliza a a las personas que compran y venden sexo. Suele partir de considerar a la prostitución en términos morales como un vicio social, por lo que se castiga a sus participantes y se prohíben los burdeles. El caso más paradigmático es el de Estados Unidos (salvo el Estado de Nevada), además de Rusia y la mayoría de los países asiáticos.

B) *Sistema abolicionista*.- El movimiento abolicionista ha rechazado desde hace más de 100 años toda posible regulación que termine avalando la prostitución pues se la asimila a una forma análoga de esclavitud o a una expresión de violencia patriarcalista o de explotación sexual. El llamado “neoabolicionismo” parte de un enfoque de género, criminalizando el contexto prostitucional y al prostituyente, aunque no a la persona prostituída, a quien se la considera más bien víctima del tráfico humano y de las relaciones de poder. Este sistema se establece por primera vez en Suecia en 1999 y desde entonces le siguieron varios otros países entre los cuáles más recientemente Francia.

C) *Sistema reglamentarista o despenalizador*.- Bajo fundamentos en algunos casos de salud pública, en otros de orden y seguridad ciudadana, se regula el ejercicio de la prostitución, se legaliza la oferta y demanda y se establecen ciertos derechos y obligaciones para las personas que se prostituyen. Entre los derechos podemos mencionar el acceso a la seguridad social; entre las obligaciones se suele establecer un registro ante autoridades, exámenes periódicos de salud, etc. Es el caso de Uruguay desde la aprobación de la Ley 17515. Hay una cierta tendencia de este modelo a avanzar hacia el siguiente:

D) *Sistema de laboralización*.- Se trata de un nuevo paso luego de la regulación: a la prostitución no solamente se la legaliza, sino que se la entiende como una actividad comercial entre tantas, de manera que las personas que se prostituyen pasan a obtener todos los derechos laborales y de acceso a la seguridad social incluso en relación de dependencia. En estos sistemas se desregulan los delitos vinculados al proxenetismo, de manera que sólo estamos en presencia de esta figura cuando no existe consentimiento por parte de la víctima. Holanda (2000) y Alemania (2002) son los países más representativos de este modelo.

Coincidimos con Taberne (2020) en cuanto a que no siempre es posible observar estos modelos en estados puros, por lo que prevalece en los hechos la manifestación de casos híbridos, no siendo Uruguay una excepción: si bien su modelo es fundamentalmente reglamentarista, exhibe también características que son más propias del modelo laboralista o neoreglamentarista, caso de otorgarle a la prostitución rango de trabajo. De esta manera convive un férreo reglamentarismo de control policíaco y sanitario aún reconociendo como trabajadoras a quienes se prostituyen. Otro dato que agrega algo de complejidad al caso nacional es que se persigue el proxenetismo con una redacción que como veremos luego es de corte abolicionista (Ley 8080 de 1927, modificada por el art. 24 de la Ley 16707 de 1995) reconociendo a su vez la condición de trabajadoras a quienes ejercen la prostitución (Ley 17515 de 2002) lo que implica hilar fino respecto a todo formato prostitucional que no sea claramente autónomo.

¿Hay una posición dominante desde el movimiento feminista respecto a qué modelo resulta más favorable a los intereses de género? La respuesta que daremos en este artículo es negativa. En estos asuntos, como veremos, el movimiento feminista se encuentra dividido en el marco de los principales paradigmas que reflexionan en torno a estos temas desde el feminismo. Es así, que por un lado, el denominado feminismo radical está más asociado al modelo neoabolicionista, en tanto el feminismo de tipo liberal suele posicionarse a favor del modelo regulacionista y/o de laborización.

Nuestra intención, además, es mostrar cómo han evolucionado esas posiciones dentro del feminismo para el caso uruguayo. Para ello proponemos la siguiente periodización:

A- Con las primeras legislaciones referidas a la persecución del proxenetismo (1916 y 1927) se observa una importante presencia del movimiento feminista esgrimiendo de manera casi hegemónica un discurso claramente abolicionista[3]. De hecho, la Dra. Paulina Luisi tuvo notoria influencia en la redacción del primer artículo de la Ley 8080 del 27 de mayo de 1927. A partir de la reglamentación de esta ley, sin embargo, el país avanza hacia posiciones más regulacionistas y el feminismo pierde protagonismo en este campo.

B- En el marco de la aprobación de la Ley 17515 sobre Trabajo Sexual, comienzan a tomar protagonismo nuevos actores, caso de las mujeres en situación de prostitución que fundan la Asociación de Meretrices Profesionales del Uruguay (AMEPU) un sindicato creado en 1986 justamente con el propósito de poder mejorar las condiciones de trabajo de sus protagonistas, entonces frecuentemente reprimidas por la policía. Comienzan en este contexto un discurso de corte más reglamentarista aunque sin presencia destacada de debates con las posiciones abolicionistas. Un indicador al respecto, es la unanimidad que generó el Proyecto de Ley en el Parlamento.

[3] De todas maneras, en la época también asomaban posturas más de corte liberal individualistas o reglamentaristas (Trochón, 2003) pero el movimiento feminista organizado presentó sin mayores diferencias una clara postura abolicionista.

C- En 2010 el Parlamento comienza el análisis de un Proyecto de Reforma del Código Penal (Asunto 105583 CRR 486/2010). En diciembre de 2014 la Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración de la Cámara de Representantes aprueba un primer anteproyecto. Sus posiciones sobre diferentes delitos y la ausencia de un enfoque de género activaron la reacción de numerosos colectivos feministas que se mostraron contrarios a su contenido. En lo que respecta a nuestro trabajo, vamos a centrarnos en que limitaba los delitos de proxenetismo a los casos en que se evidenciara falta de consentimiento, lo que generó una áspera crítica por parte del feminismo. Las posiciones abolicionistas vuelven a asomarse en el debate público, e impactarán en otras legislaciones (por ejemplo, la Ley de Prevención y Combate a la Trata de Personas) así como en la imposibilidad de avanzar en una propuesta alternativa a la Ley 17515 como las planteadas por la Comisión Honoraria de Trabajo Sexual primero y por un nuevo colectivo de trabajadoras sexuales (OTRAS) más recientemente en (2019).

2. Los vínculos entre Prostitución, Proxenetismo y Trata de Personas

Los orígenes de la prostitución (que ciertamente no es el primer oficio del mundo) se conectan con sociedades avanzadas de la antigüedad, caracterizadas por cierto desarrollo de la división del trabajo y más propiamente dicho, de la división sexual del trabajo. En estos casos, la expresión más difundida ha sido la denominada prostitución sagrada, propia de la civilización sumeria, que por sus características no debería confundirse con la prostitución comercial tal como la entendemos en la actualidad. A su vez, compartimos con Lerner que no es ésta la primera expresión de la cosificación femenina, sino que como señala Lévi Strauss, el inicio de la subordinación de la mujer ocurre con el primer antecedente de cosificación que ocurre con el intercambio de mujeres que se inicia en pequeños agrupamientos humanos a partir del tabú del incesto (Lerner, 2017).

En estadios caracterizados por un fuerte desarrollo del sistema de la esclavitud, por su parte, el principal impacto ocurre entre las mujeres, ya que luego de las batallas se convierten en botín de guerra, en tanto los varones vencidos solían ser sacrificados (Moulier – Boutang, 2006; Lerner, 2017). En ese sentido, además de proveer de mano de

obra a los pueblos conquistadores, las mujeres capturadas también contribuyeron a engrosar las filas de la servidumbre sexual, ya sea vendidas o incluso alquiladas para los prostíbulos de la época, práctica extendida no solamente en Roma, sino por todo el Próximo Oriente, Grecia y Egipto durante la Antigüedad.

Será entonces a partir del modelo esclavista que la figura del lenón comienza a gravitar especialmente, aunque recién con el cambio de valores operado en el siglo XIX, expresado entre otros aspectos por el avance de corrientes de pensamiento humanistas propias de la modernidad, es que esa figura se asocia a un explotador a la usanza del mercader de esclavos. Es aquí justamente que irrumpe el movimiento contra la "trata de blancas" de fines del siglo XIX. Nótese que en 1877 tiene lugar la primera reunión de la Federación Abolicionista Internacional, ámbito desde donde comienza a visibilizarse la lucha contra este "flagelo", poco tiempo después de haberse aprobado la "Leyes de enfermedades contagiosas"[4] (1864, 1866 y 1869) una serie de leyes reglamentaristas y de corte higienistas que inspiraron a otros países y que motivaron la tenaz oposición de Josephine Butler entre otras notorias mujeres de la época. Para entonces, el comercio sexual también comenzaba a afectar a las mujeres blancas europeas, lo que encendió la luz de alerta por parte de los incipientes movimientos feministas y de derechos humanos de la época, luego de aquellos que impulsaron la caída de la esclavitud y la trata de esclavos[5].

Esos cambios operados en el siglo XIX, dan lugar a los primeros instrumentos de derecho internacional. El primero de ellos tuvo lugar en 1904, con el "Acuerdo Internacional sobre Represión de Trata de Blancas" focalizado en la protección de las víctimas y con acento en la movilización de mujeres por las fronteras nacionales con fines "inmorales" (prostitución). Pocos años después, en 1910 y con la "Convención Internacional para la Represión de la Trata de Blancas", aparece la obligación de castigar a los proxenetas, ampliándose la definición de trata, para incluir el comercio interno de mujeres en los países, estrechamente vinculada con la esclavitud (Staff Wilson, 2009).

[4] *Contagious Diseases Acts*.

[5] En 1807 se publica en Inglaterra la *Abolition of the Slave Trade Act* (Ley de abolición del comercio de esclavos). El primer instrumento internacional, por su lado, tiene lugar en Viena en 1815. En Uruguay la Ley de abolición de la esclavitud llega en 1842, justo un año después que el Reino Unido lograra suscribir con Austria, Prusia, Rusia y Francia el Tratado para la Supresión de la Trata de Esclavos en África.

Estos instrumentos generarían importante peso en el Uruguay, siguiendo esta tendencia internacional de afrontar la Trata de Personas.

Posteriores Convenciones internacionales siguieron impulsando una mirada punitiva respecto al proxenetismo y quedaron unificadas mediante el "Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena" (1949), adoptada por Naciones Unidas en 1949 y ratificada por 72 Estados estableciendo que "la prostitución y el mal que la acompaña, la trata de personas [...] son incompatibles con la dignidad y el valor de la persona humana". Se observa en estos documentos la influencia que tuvieron en la época las orientaciones abolicionistas. También puede observarse el cambio en la denominación: de trata de blancas, se pasa en 1921 al concepto de trata de mujeres y ya con el Convenio de 1949 al de trata de personas, que es el actualmente utilizado, por ejemplo en el "Protocolo de Palermo".

3. Feminismos, prostitución y debates que dividen aguas

Uruguay forma parte de una larga lista de países que se han inclinado hacia el modelo regulacionista. Su Ley 17515, incluso adhiere al concepto del "trabajo sexual". Ahora bien, ese concepto no está libre de polémicas. ¿Acaso es lo mismo hacer referencia a la "prostitución", a la "situación prostitucional", a la "explotación sexual" o al "trabajo sexual"? Es notorio que cada uno de estos términos presenta una alta carga de simbolismos, además de evidentes contenidos emotivos. Numerosos actores sociales y públicos en las últimas décadas se han enfrentado a la hora de responder a esta pregunta, reactualizando viejas discusiones.

En la última parte del siglo XX, por ejemplo, dominó la escena una intensa polémica dentro del feminismo dividiendo aguas entre un feminismo radical y otro liberal, que a su vez -como señala Böhmer (1993)- esconde mucho de la disputa entre Comunitarismo y Liberalismo. Mientras estas últimas prefieren hacer referencia a una "prostitución voluntaria" las primeras hacen hincapié en una "prostitución forzada" (Peng, 2005; Sanchis Gómez, 2011).

Uno de los condimentos de esta fuerte discusión al interior de los feminismos fue la entrada a escena en los 1990s de ciertos actores organizados de trabajadoras sexuales que reclaman sean consideradas justamente trabajadoras y por lo tanto con acceso a todos los derechos laborales. Estos movimientos reciben apoyo de una parte importante del feminismo de orientación liberal que entre otras razones esgrimen argumentos basados en la teoría de la agencia. Por contrapartida, las posturas del feminismo radical responden expresando que bajo este pretexto se continúa reforzando las estructuras masculinas del poder (MacKinnon, 1989).

En estas discusiones, asoma como especialmente central el posicionamiento respecto a los grados de libertad con los que contamos en nuestros comportamientos, gestándose en tal sentido nuevas categorías de análisis como el "patriarcado de consentimiento". Este asunto es especialmente relevante para nuestra discusión pues ciertamente y como veremos más adelante, se han registrado en Uruguay algunas tendencias desregulacionistas respecto al delito del proxenetismo en la medida en que se compruebe exista consentimiento por parte de la víctima. Por otro lado, el consentimiento también adquiere centralidad en delitos conexos como el de Trata de Personas. Pues bien, bajo esa denominación de patriarcalismo del consentimiento, algunas posturas del feminismo radical cuestionan la idea de la libertad. Así lo explica Puleo (2005: 38):

> La represión es suplantada por una aparente libertad en la que los propios individuos en este caso las propias mujeres, se esfuerzan denodadamente por alcanzar las metas prefijadas por el sistema (…) Ya no se apela a la prohibición. Basta con el consentimiento no informado o alienado, el desesperado anhelo que cierra los ojos ante las desventajas del modelo preconizado por los medios de comunicación.

Respecto a la polémica de si estamos o no frente a un trabajo, han contribuido a esta discusión ciertas esferas de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y Organización Internacional del Trabajo (OIT) partidarias de instalar un término más neutral para referirse a las personas que trabajan ofreciendo servicios sexuales, toda vez que términos como

"meretriz" o "prostituta" son percibidos como despectivos[6]. Desde posiciones contrarias, se defiende la idea que en los actuales contextos culturales, la prostitución es una actividad que esconde una relación de poder netamente patriarcalista y que en todos los casos remite más bien a un modelo de explotación sexual.

Nuestra postura, en la línea de lo señalado por Guerra (2016) es que el concepto de trabajo podría no tener necesariamente un significado moral y por lo tanto resultaría más significativo discutir si es un trabajo similar a otros o incluso, si estamos o no frente a un trabajo digno. Es así que por un lado están aquellas posiciones que insisten en comprender a la prostitución como cualquier otro oficio. Así se expresan muchas activistas del trabajo sexual. Por ejemplo, la Asociación de trabajadoras sexuales Miluska Vida y Dignidad (2006) de España, afirma que:

> Dentro de un marco de derechos y poder de decisión, las trabajadoras sexuales definimos a nuestra actividad como un trabajo, más allá de las eternas discusiones con grupos de moralistas, algunas organizaciones de mujeres que se ven estimuladas por un imperativo moral de salvar a mujeres inocentes (poniéndonos en el papel de víctimas y amputándonos el derecho de hablar por nosotras mismas).

Por otro lado se ubican aquellos actores que analizando la forma en que opera la prostitución, el marco en que se desarrolla, y las consecuencias que acarrea, terminan sentenciando lo contrario, esto es, que la prostitución no puede ser considerada un trabajo, sino una expresión de dominio y explotación sexual, así lo expresa Martínez López, Pilar, en el Simposio internacional sobre prostitución y tráfico de mujeres con fines de explotación sexual:

> No puede ser considerado como un trabajo algo que implica y genera violencia, vejación, desprotección, desprecio y marginalización. Es una explotación. Es la traducción de una estructura social sexista y patriarcal. Es una forma de dominación del hombre sobre la mujer. Es la sumisión de la sexualidad del sexo femenino al masculino. Es un reflejo y un síntoma de la desigualdad entre los sexos (Dirección General de la Mujer, 2001).

[6]Al respecto véase la nota publicada por UNAIDS titulada "*Words are not neutral against HIV*" (UNAIDS, 2007).

Mientras que la primera cita la ubicamos en la corriente denominada "paradigma del empoderamiento" que enfatiza en la normalización del mercado sexual y apuesta a los beneficios que la regulación puede traer para quienes se dedican a esta actividad, la segunda cita es propia del "paradigma de la opresión" que pone énfasis en la naturaleza explotadora de este tipo de transacción y que suele caracterizar el discurso más abolicionista de la mano de las experiencias de vida de las sobrevivientes del sistema prostituyente[7].

El paradigma del empoderamiento, cuando parte de elaboraciones académicas, suele poner el acento en la construcción de un discurso crítico a la visión dominante en la literatura sobre la prostitución, es decir, aquella que vincula este fenómeno a la explotación sexual, a la trata y a la victimización, recurriendo a las figuras de prostituido/a y prostituidor:

> Al negar la posibilidad de la prostitución voluntaria o, lo que es lo mismo, el trabajo sexual, el abolicionismo ha construido un paradigma sustentado en radicales posiciones ideológicas. De ahí que se pretenda obstinadamente reducir todo el trabajo sexual a engaño y explotación, deduciendo entonces que todas las trabajadoras sexuales son víctimas (López Riopedre, 2013: 642)

No es pretensión de este artículo ni resumir el estado de este debate (litros de tinta se han escrito en ese sentido) ni concluir con elaboraciones propias. Por el momento es suficiente señalar que ambas posiciones están presentes y disputando escenarios en el feminismo nacional y que a nivel de políticas públicas, la Ley 17515 reconoce a la prostitución como trabajo: "Son trabajadores sexuales todas las personas mayores de dieciocho años de edad que habitualmente ejerzan la prostitución, recibiendo a cambio una remuneración en dinero o en especie" (Ley 17515 de 2002, Art. 2).

[7] Para el análisis de los posicionamientos respecto a la condición de trabajo de la prostitución en Argentina, veáse Taberne (2020). Su posición afín al abolicionismo y crítica a la concepción laboralista del fenómeno prostitucional se apoya en el análisis de historias de vida de personas que estuvieron en situación de prostitución.

4. El posicionamiento desde los novecientos hasta la actualidad

El incipiente movimiento feminista de los novecientos en Uruguay, o feminismo de primera ola, estaba caracterizado tanto por las dificultades para su desarrollo como por su talante multifacético. Es así que en el marco de una sociedad claramente patriarcalista donde las mujeres por ejemplo, aún no tenían derecho al sufragio, comienzan a visibilizarse agrupamientos feministas dispuestos a visibilizar lo que en la época se denominaba "la cuestión de la mujer" es decir, un movimiento que pusiera en la agenda pública la discusión sobre el acceso a las mujeres de todos aquellos derechos reservados a los hombres. De esta manera, la voz "feminismo" irrumpe en el siglo XX para dar cuenta de la necesaria emancipación en términos políticos (fundamentalmente la lucha por el sufragio femenino) pero también económicos (por ejemplo, derecho a igual remuneración), sociales (acceso a la educación) e incluso morales (aquí podemos incluir las campañas contra la "trata de blancas" primero y luego contra las tendencias regulacionistas en el plano prostituyente). Las reacciones de la sociedad dominante fueron previsibles: como señala Inés Cuadro el término feminismo nace cargado de connotaciones negativas y quienes asumieron liderazgos en aquellos años merecieron una serie de descalificaciones como el de "marimachistas", "histéricas", "ingenuas" o lisa y llanamente "mujeres feas" (Cuadro Cawen, 2018). Sin embargo la suerte estaba echada y todas las corrientes de pensamiento comienzan a nuclear espacios femeninos.

Es así que en su génesis el movimiento feminista en Uruguay mostró un espectro muy amplio que incluyó a expresiones liberales, socialistas, católicas y anarquistas. Como es de suponer, las diferencias entre este multicolor espectro feminista fueron evidentes. Por un lado, el influyente batllismo de la época, encargado de implementar una serie de reformas estructurales a nivel socioeconómico, aglutina la perspectiva liberal que influyó sobremanera en el área de educación (nótese que en 1912 se crea la Sección de Enseñanza Secundaria y Preparatoria para mujeres). En un hecho poco frecuente para la época, el mismísimo José Batlle y Ordoñez publicaría una serie de artículos en la materia bajo el seudónimo de "Laura" (Cuadro Cawen, 2018). Junto a las corrientes socialistas, además, impulsarían el sufragio femenino. Es de destacar que formaba parte del ala socialista, la

Dra. Paulina Luisi, de fundamental aporte en materia abolicionista. El anarquismo, mientras tanto, impulsaba una retórica emancipatoria no solamente plasmada en el campo económico sino también sexual, aunque al igual que en las otras corrientes, no carentes de diferencias respecto a ciertos discursos todavía arraigados entre varones (por ejemplo, el miedo a que los obreros perdieran sus ocupaciones en un hipotético escenario con mayor participación femenina en el mercado de trabajo). Además, el pensamiento libertario se mostraría crítico al sufragio femenino por el descreimiento de fondo sobre la democracia burguesa. El feminismo católico, finalmente, fue impulsado desde los tiempos de Mons. Mariano Soler quien diferenciaba un "sano feminismo" de un "falso feminismo", siendo éste último aquel que prescinde de las diferencias biológicas y por lo tanto pretende equiparar a las mujeres con los varones, sin atender por ejemplo, la natural tendencia femenina hacia la maternidad. Si bien esta suerte de feminismo más conservador fue el más desarrollado desde el catolicismo (destaca en tal sentido la Liga de Damas Católicas, la institución feminista que se mantuviera por mayor cantidad de años en la época), también es cierto que en su seno se erigieron posiciones más de avanzada que no tuvieron prurito en unirse con expresiones liberales y socialistas para trabajar conjuntamente en defensa de una plataforma común[8]. ¿Cuándo sucede eso? En 1910 tuvo lugar en Buenos Aires el Primer Congreso Femenino Internacional.

Aunque influido mayormente por mujeres librepensadoras y socialistas, claramente se explicitó la voluntad de convocar a mujeres de todo el espectro político y filosófico, algo que efectivamente ocurrió. Es de destacar que justamente aquí comienza a visibilizarse en la agenda política del feminismo el asunto de la prostitución, la trata y la lucha contra el proxenetismo. Señalarían las conclusiones de este Congreso, la necesidad de crear agrupaciones para discutir el tema de la prostitución "cuya misión será la de conseguir la abolición de esa lepra social" expresando "un voto de protesta contra la tolerancia de los gobiernos al sostener y explotar la prostitución femenina, que es para la mujer su mayor

[8] Coincidimos con Cuadro Cawen (2018) que la expresión feminista del catolicismo estuvo muy influida por la disputa con el batllismo en el marco de las reformas secularizantes lo que sin duda contribuyó a cierto aislamiento de esta expresión respecto a las otras corrientes feministas. Una expresión de posiciones más avanzadas dentro del catolicismo feminista la tendremos con la Asociación *Jeanne D´Arc*, integrante desde 1910 de la progresista Federación de Mujeres Católicas fundada en Francia y desde 1916 del Consejo Nacional de Mujeres.

dolor y su mayor vergüenza" (Cuadro Cawen, 2018: 176). Fue a partir de este Congreso que se crea una Federación Femenina Panamericana y una filial uruguaya cuya presidencia recayó en Paulina Luisi, notorio antecedente del Consejo Nacional de Mujeres que se establecería en 1916, año en el que justamente se promulgaría la primera ley que tipifica el delito del proxenetismo.

Efectivamente, más allá de las disposiciones que venían del viejo Código Penal de 1889, la Ley 5520 de 1916 (sobre "el proxenetismo y otros delitos afines") es la primera que tipifica explícitamente el delito de proxenetismo. Esta Ley, influida por las corrientes higienistas dominantes, estuvo básicamente motivada por la lucha contra la sífilis. Su texto (apenas ocho artículos) y su posterior Reglamentación (colocando multas a las prostitutas, estableciendo la legalidad de las regentas de los prostíbulos, etc.) provocó las reacciones del abolicionismo de la época, opuesto tenazmente al "vicio y al lenocinio patentado". El feminismo abolicionista demandaba una ley más estricta contra los proxenetas y menos abusiva contra las mujeres que se prostituían. En 1926, por ejemplo, defendía las siguientes medidas:

> Aumento de severidad en el texto y en la aplicación de las leyes de represión del proxenetismo, comprendiendo bajo esta denominación a todos aquellos que sacan beneficios del comercio carnal de otra persona, cualquiera sea el sexo de unos y otros; traficantes internacionales, intermediarios, patrones de casas, souteneurs, propietarios de inmuebles y quien quiera pueda estar comprendido por los términos de la definición expresada, así como sus cómplices y quienes quiera favorezcan este delito (Luisi, 1948: 58).

De esta manera, el feminismo abolicionista fue abonando el campo de una nueva Ley contraria al reglamentarismo[9]:

> La prostitución reglamentada, con el prostíbulo abierto como un honesto negocio, es la escuela más funesta para la moralidad, es el agente más poderoso y enérgico para la

[9] El deseo de superar la Ley de 1916 por parte del feminismo, contaba con el apoyo internacional de todo el abolicionismo que décadas atrás, por ejemplo, había logrado derogar el reglamentarismo en Inglaterra. Al igual que en Uruguay, en los países centrales no había un feminismo, sino varias corrientes (desde cuáqueros hasta anglicanos; católicos y ateos; conservadores y liberales; masones y socialistas). Sin embargo, como también ocurrió en estas latitudes, todas ellas estarían de acuerdo mayoritariamente en levantar las banderas abolicionistas.

> corrupción y la pornografía en gran escala (…) puesto que ella significa la aprobación legal y el beneplácito social de su existencia. (Guerra, 2006: 18).

Esa ley llega de la mano de un proyecto elevado por el Poder Ejecutivo en 1924. Para entonces el movimiento abolicionista estaba más organizado y el debate con las posturas reglamentaristas estaba en uno de sus picos más altos, como se desprende incluso de las palabras del Ministro del Interior de la época, el Dr. Justino Jiménez de Aréchaga, quien fuera el encargado de llevar el proyecto al Parlamento:

> La reglamentación hace del proxeneta casi un funcionario y le hace beneficiar de las ventajas de una aparente garantía moral y una no menos ilusoria garantía sanitaria a expensas de la libertad de las prostitutas para explotar, alquilando mujeres, la necesidad, el vicio y la perversión del hombre. Mantener esa organización del comercio sexual que creó el prejuicio, toleraron las leyes y mantienen el uno y las otras, es negar la función social de la ley misma, desde que aquella alimenta la forma de delincuencia que ésta combate. Ninguna razón valedera abona la conservación de semejante ignominia (Luisi, 1948: 92).

Es en este marco que debemos comprender la Ley del 27 de mayo de 1927 (ley 8.080), aún hoy vigente y que regula la figura delictiva ya bajo la fórmula "Represión del Proxenetismo". Esta Ley está organizada en 21 artículos. Su primer capítulo se mantiene inalterado, en tanto el segundo fue modificado por la Ley 16707.

> ARTICULO 1º - Toda persona de uno u otro sexo, que explote la prostitución de otra contribuyendo a ello en cualquier forma con ánimo de lucro, aunque haya mediado el consentimiento de la víctima, será castigada con dos a ocho años de penitenciaría. En caso de reincidencia las agravantes se aplicarán sobre el máximo de pena legal.
>
> El que, con ánimo de lucro, indujere o determinare a otro al ejercicio de la prostitución, en el país o en el extranjero, será castigado con tres a doce meses de prisión.
>
> ARTICULO 2º - La pena mínima será de cuatro años de penitenciaría si la víctima fuere menor de dieciocho años o el delincuente fuere funcionario policial o el hecho se produjere mediante engaño, violencia, amenaza de un mal grave, abuso de autoridad u otro medio de intimidación o coacción, como también si el actor fuera ascendiente, marido, hermano, tutor o encargado de la guarda de la víctima o hiciera vida marital

con ella (Uruguay, 1995).

Si bien la redacción de la Ley 8080 fue valorada especialmente por las corrientes feministas, prontamente surge la decepción cuando se aprueba su Decreto Reglamentario (30 de mayo de 1928) más proclive al reglamentarismo. Ese Decreto comenzaría a marcar una nueva impronta en materia de políticas públicas. Por ejemplo, en el mayor papel que le cabía a la policía para mantener el "orden público". Otras leyes posteriores, además, terminarían por posicionar al reglamentarismo como el enfoque priorizado en materia de política pública[10].

La segunda etapa que analizaremos tiene un importante mojón con el surgimiento de una primera expresión uruguaya de tendencia laboralista. Creemos que la misma se inicia en 1986 con la creación del sindicato que reúne a las personas que se encontraban en situación de meretricio: la Asociación Uruguaya de Meretrices Profesionales del Uruguay (AMEPU). Nótese cómo la voz "profesionales" alude a la necesidad que sus primeras dirigentes reclamaban respecto al estatus con el que entendían debían ser tratadas. La situación en la época era propia de un sistema en el que la prostitución si bien estaba regulada, no se hacía desde un paradigma de los derechos, sino más bien bajo influencia de aquellas directrices que pretendían sobre todo velar por el denominado Orden Público. En tal sentido, las razzias, represiones, abusos en comisarías, etc. eran comunes en la época, sobre todo para quienes ejercían el meretricio en las calles. Es así que comienza un lento proceso de organización que contó incluso en sus orígenes, con el apoyo de algunas instituciones de la Iglesia Católica. Los hechos se suceden: se constituyen con personería jurídica; realizan talleres y reuniones en todo el país; consiguen un local propio para las reuniones; establecen vínculos con políticas públicas; y comienzan a hacer lobby para obtener una ley que les dé mayores garantías. Llegamos entonces al 2002 con el Proyecto de ley elevado por el Diputado del Partido Colorado, García Pintos, en el que justamente participara formalmente AMEPU, a pesar de las diferencias entre sus primeros

[10] A manera de ejemplo, la Ley del 3 de Julio de 1928 que establece en su art. 2 la posibilidad de que en una misma casa de tolerancia convivan varias mujeres, habilitando de esa manera el prostíbulo, no sin aclarar luego que la autorización se podría dar en la medida "que no exista peligro de proxenetismo" (Abadie Santos, 1932: 207)

planteamientos y la redacción finalmente dada al texto. Es así, por ejemplo, que como explica Rocha (2013) la fuerte tendencia higienista y policíaca que tiene la Ley 17515 finalmente aprobada, no era defendida por las representantes de AMEPU.

Por lo demás, la ley comentada se inclina por reglamentar a la prostitución en tanto trabajo sexual, como una actividad autónoma e independiente, en la que el prestador de servicios sexuales debe inscribirse *motu proprio* en un registro de carácter personal y contar con los controles clínicos necesarios para ejercer su oficio. En un hecho trascendente para nuestro propósito, establece la presunción de delito de proxenetismo para aquellos terceros que exploten algún local para el ejercicio del trabajo sexual (léase prostíbulo, whiskería o casas de masajes). Como veremos luego, ese artículo fue el más discutido en aras que la nueva Ley no interfiriera con la persecución del proxenetismo. Dice el Art. 34 de la Ley 17515 (2002):

> Según las circunstancias del caso, podrá presumirse incursa en el delito previsto por el artículo 1º de la Ley Nº 8.080, de 27 de mayo de 1927, en la redacción dada por el artículo 24 de la Ley Nº 16.707, de 12 de julio de 1995, toda persona que explotare una finca para el ejercicio del trabajo sexual, percibiendo por esto un precio que le provea a ella o a un tercero un beneficio excesivo.

Lo llamativo de esta etapa de discusión, es que el conjunto del movimiento feminista no tuvo mayores aportes en su discusión. Con la excepción de algunos colectivos (por ejemplo MYSU) y la presencia de algunas pocas legisladoras en el recinto parlamentario, se careció de un análisis más detenido en términos de género. Con el tiempo señalaría la ex Senadora Percovich, que se negó a considerar a la prostitución como un trabajo porque para ella "es una estrategia de sobrevivencia", agregando que "el trabajo implica una dignidad. Dentro de una cultura patriarcal, donde se usa a las mujeres, es muy difícil establecer condiciones para una negociación de igual a igual con el cliente" (Rocha, 2013: 252 -253).

Otra de las Diputadas presentes en la discusión del 2002, también manifestaría más adelante una posición crítica respecto al texto aprobado. Señalaba la Diputada Tourné en una sesión de la Comisión Parlamentaria de Estudio de la Ley contra la Trata:

> Cuando en el año 1997[11] se aprobó la ley de trabajo sexual en la cual trabajé, junto con la entonces diputada Margarita Percovich, la situación de las mujeres que eran prostituidas, ese es el término correcto, era terrible. No solo eran super explotadas por el proxeneta, sino que eran terriblemente maltratadas. Las trataban en el Ministerio del Interior, como si fueran delincuentes. No tenían ninguna protección social, no tenían posibilidades de contar con la asignación familiar para sus hijos ni se podían jubilar. Hicimos un gran esfuerzo para poder contar con esa ley.
>
> Hoy, a la luz de los hechos, habiendo comprendido, las personas podemos seguir aprendiendo; no debemos aferrarnos dogmáticamente a las ideas, podemos seguir aprendiendo y abriendo nuestra cabeza, creo que el hecho de habilitar a las personas a pagar para hacer uso del cuerpo de otra persona es el ejercicio de la violencia. Lo creo así. Sé que es absolutamente polémico y que estamos divididos. Me aferro más a la solución sueca o francesa en esta materia, que penaliza la conducta del que compra, del cliente y no de la mujer (Cámara de Representantes, 2018).

En la discusión parlamentaria (Cámara de Representantes, 2001) de todas maneras, sí hubo participación de legisladoras preocupadas, por ejemplo, en que la Ley de regulación del trabajo sexual no afectara la represión al proxenetismo. En ese sentido se refirió la Diputada Tourné respecto a la redacción del art. 35 del proyecto analizado en Sala[12], que penaba a quien explotara excesivamente el trabajo sexual de un tercero. "Personalmente quedaría mucho más tranquila si se inhabilitara el proxenetismo encubierto". En su apoyo colaboró el Diputado Chifflet preguntando: "¿Es que puede haber beneficio de la explotación del trabajo sexual? ¿Con esto no estaremos legalizando el proxenetismo?". Otros comentarios realizados por legisladores varones reflejaban también en la discusión parlamentaria, posturas más propias del discurso patriarcalista. Decía en tal sentido el Dip. Fernández Cháves:

> (…) confieso que hace años que no voy a esos lugares; aunque, dicho sea de paso, no me parecen deshonrosos e imagino que la mayoría de quienes están aquí alguna vez los han pisado, porque de otra manera no conocerían a su pueblo ni a su gente.

[11] Corresponde señalar que no fue en 1997 sino en 2002 que se aprobó la Ley 17515. La votación en la Cámara de Representantes en la que estuvo presente la Diputada, tuvo lugar en Marzo de 2001. Luego pasaría al Senado.

[12] Con los cambios operados en la Cámara de Senadores, ese art. 35 terminaría siendo el art. 34 y sufriría algunas modificaciones en su redacción.

En otro plano, sostenía el Dip. Scavarelli:

> No aspiramos a que nuestra comunidad sienta que este tipo de trabajo sexual es una actividad positiva, porque no es el futuro que queremos para nuestros hijos ni para los hijos de nuestros amigos y, por lo tanto, no es el futuro que queremos para nadie

por lo que ponía énfasis en la necesidad de contar con políticas de "rehabilitación". Respecto a los clientes, es sintomático que las únicas referencias tuvieran que ver con el control de los aspectos sanitarios, pero no de ellos, sino de las trabajadoras: "el usuario de estos servicios tiene que estar atento a que se cumpla con los controles".

Pasamos de esa manera a un tercer período de análisis. A nuestro entender este tercer período se abre con la propuesta de reforma del Código Penal en 2010 y se caracteriza por una mayor intensidad de aportes desde la perspectiva de género, por una presencia más notoria de corrientes abolicionistas que disputan espacios en el discurso feminista con las posturas reglamentarisas[13], con nuevas perspectivas que ponen un mayor acento en las vulnerabilidades del sexo (biológico) femenino[14], así como por discusiones más teóricas acerca del alcance de algunas disciplinas desde el punto de vista del género. Respecto a esto último, si bien son varias las disciplinas que intentan reconstruirse, haremos referencia en lo que ocurre con el Derecho y más específicamente con el Derecho Penal.

Efectivamente, la propuesta de Reforma del Código Penal comienza a procesarse en 2010 por parte del Parlamento Nacional. Las corrientes feministas (MYSU, 2014) consideraban entonces muy relevante generar algunas modificaciones, caso de modificar la presencia de los delitos sexuales bajo el titulo «Delitos contra las Buenas Costumbres y el Orden de Familia», la necesidad de mejorar la tipificación del delito de tortura o tipificar las distintas formas de violencias hacia las mujeres, consagrando por ejemplo el delito de femicidio. En tal sentido, varias delegaciones hicieron llegar sus propuestas ante la

[13] Esta disputa de espacios, sin embargo, no ha polarizado las discusiones como sí ha sucedido en otros países, caso de Argentina (Cedrés Ferrero, 2018). Por lo demás, AMEPU terminó disolviéndose y el surgimiento de nuevas expresiones como la Organización de Trabajadoras Sexuales (OTRAS) se muestran aún muy débiles.

[14] Véase por ejemplo el artículo de opinión publicado en el Semanario Brecha bajo el titulo: "El feminismo será abolicionista o no será" por parte de la Red Uruguaya de Mujeres Abolicionistas (2021).

Comisión de Constitución, Códigos y Legislación General de la Cámara de Representantes, aunque el texto finalmente elevado generó fuertes críticas: "Este nuevo proyecto de Código Penal no sólo está muy lejos de consagrar nuevas figuras penales que atiendan la realidad uruguaya, sino que implica un retroceso en la agenda de derechos que el país se jacta de haber incorporado", tildándolo de un proyecto androcéntrico y patriarcalista "que contribuye a la reproducción de las desigualdades y no respeta los derechos humano". En concreto, señalan las numerosas organizaciones firmantes de la Declaración que "hay retroceso en todo lo relativo a los delitos sexuales como la explotación sexual de niños/as y adolescentes o proxenetismo (...) Adopta así las posturas defensoras de los intermediarios y facilitadores de la explotación sexual" (MYSU, 2014).

Claramente luego de una declaración de este tipo, el proyecto no cuajó. ¿Qué disponía en concreto respecto al proxenetismo? La fórmula presentada y mayormente defendida por la academia, implicaba modificar la redacción de la Ley 8080, restando la expresión "aunque haya mediado el consentimiento de la víctima". Ya vimos antes cómo algunos distinguidos profesores de Derecho Penal hacían referencia a las limitaciones de la institución del consentimiento. También vimos cómo una parte del feminismo se niega a aceptar como válido el consentimiento desde un paradigma contractualista o dando por válido el contexto de libertad en el que actúa la persona prostituida. En definitiva, estas discusiones tienen lugar no solamente al interior de los feminismos, sino también del pensamiento jurídico. Efectivamente, desde el Derecho Penal, por ejemplo, las aproximaciones feministas también muestran fisuras en torno a dos visiones: por un lado, quienes demandan al derecho penal nuevas y ampliadas figuras que cumplan una función simbólica pero también punitiva en la tarea de deconstruir roles sexuales y comportamientos opresivos frutos de la estructura patriarcal. Esta tendencia recibió el rótulo algo despectivo de "feminismo punitivo" (Larrauri, 2007; Paladines, 2014). Por otro lado tenemos un cierto feminismo llamado "crítico" por Abadía Cubillos (2018), caracterizado por dudar "de la capacidad del derecho penal para modificar la realidad de la violencia sexual y por eso se han concentrado en criticarlo o apartarse de su uso, o en intentar interpretaciones no discriminatorias" (Abadía Cubillos, 2018: 1). Para Abadía Cubillos el desafío pasaría por preguntarse cuál es el bien jurídico vulnerado desde

posiciones feministas, a partir de lo cuál se podría avanzar en la tarea punitiva, lo que representaría al "feminismo de la regulación".

Elena Larrauri fue una de las primeras feministas en poner en discusión el papel del derecho penal para abordar la violencia de género, discutiendo con el feminismo al que califica de "oficial", dada "su plena confianza en el derecho penal" (Larrauri, 2007: 66). En Uruguay, la Prof. Mariana Malet Vázquez es representativa de esta corriente que aúna feminismo y tendencia despenalizadora al afirmar siguiendo a Aliverti, que "...al ser el Derecho penal intrínsecamente patriarcal y por lo tanto, el típico instrumento de control y represión del hombre sobre la mujer, hay que alejarse de ese camino, ya que en estos casos, menos derecho es más derecho" (Malet Vázquez, 2008: 10).

El escenario de mayor discusión entre los planteos defendidos por Larrauri y aquellos que ella definía como punitivistas, tuvo lugar en España en 2004, en el marco del proceso que llevó a legislar en materia de Protección Integral contra la Violencia de Género. En ese contexto, las otras posturas feministas encuentran en el Derecho un instrumento útil no sólo desde lo punitivo sino además desde lo simbólico. Al decir de Bovino:

> Este nuevo interés del feminismo sobre el derecho penal ha provocado reclamos que, junto al de otros grupos (por ej. los ecologistas), tienden a revalidar la utilización del derecho penal como mecanismo idóneo para afrontar ciertos conflictos sociales (Bovino, 1995: 137).

Larrauri, como se comprenderá, es más bien partidaria de entender al Derecho Penal como parte del sistema patriarcalista, y por lo tanto alejado de los propósitos feministas por igualar derechos. Si bien la citada autora no es contraria a la aplicación del Derecho, sí le ve un rol más bien secundario y subordinado.

En esa línea, aquellas perspectivas más temerosas de caer en la tentación de cierto "populismo penal", señalan que el aumento de penas o la incorporación de nuevas figuras como la del femicidio no sólo no contribuyen a disminuir los delitos, sino que además afectan al conjunto del sistema penal (Benavídez Narváez, 2020). Es así, que surge una

nueva criminología crítica tendiente justamente a evitar la tendencia a la criminalización así como a entender el derecho penal como incapaz para hacer frente a problemas más complejos. En tal sentido, se trata de una manifestación de corte abolicionista en lo penal (Bovino, 1995) aunque curiosamente en el campo de la prostitución se enfrente al abolicionismo prostitucional. Nótese cómo esta discusión nos regresa al más viejo debate entre garantistas y abolicionistas; o aquella otra vieja discusión entre partidarios de un Derecho Penal vigoroso (caso de Ferrajoli) y partidarios de un Derecho Penal mínimo (caso de Zaffaroni).

En un plano más concreto, esta discusión vuelve a propósito del proxenetismo con la propuesta de Reforma del Código Penal, que como vimos fracasó, así como por medio de un borrador de proyecto de Ley que discutió la Comisión Honoraria de Trabajo Sexual en 2013 (Contreras y Rovira, 2013). En ese texto, se impulsaba una mirada "laboralista" como forma de asegurar a las trabajadoras sexuales su inclusión en los derechos de cualquier trabajador/a en relación de dependencia. Esta era en realidad, una vieja aspiración de AMEPU: a los pocos años de la promulgación de la Ley 17.515 una parte de la Asociación de Meretrices del Uruguay propuso discutir la posibilidad de habilitar a que los comerciantes que regenteaban los burdeles y whiskerías, blanquearan su situación y colocaran a las trabajadoras sexuales en planilla. Algunos primeros tímidos movimientos en ese sentido no avanzaron por la oposición que generó en el propio movimiento feminista.

Señalaba en tal sentido la ex legisladora Percovich en una entrevista realiza por Ileana Rocha:

> Una vez vinieron a mi despacho con una doctora del BPS un grupo de meretrices. Me preguntaron si se podía eliminar el delito de proxenetismo. Ellas querían que los proxenetas hicieran los aportes patronales. Eso fue muy fuerte. Por suerte tenemos el delito de proxenetismo y las podemos defender (Rocha, 2013: 259).

Respecto a la propuesta de reforma del Código Penal, como se dijo, naufragaría por la dificultad de generar mayores consensos, sobre todo a nivel de la Bancada Bicameral Femenina (Contreras y Rovira, 2013). Respecto al delito de proxenetismo, la propuesta enviada al Parlamento en 2013 y finalmente naufragada en 2014, implicaba mantenerlo

sólo en casos en que no hubiera consentimiento. Esa parecería ser la posición dominante por parte de los penalistas. El Prof. Germán Aller Maisonnave, por ejemplo, invitado por la Comisión de Cámara de Representantes que tenía a su estudio la Ley de Trata, señalaba:

> (…) estamos planteando la derogación del delito de proxenetismo, lisa y llanamente, que se ha repetido en derecho penal desde décadas con éxito cero en nuestro país (…) pero cómo no mencionar el tema del consentimiento, cuando nuestra posición casi absolutamente mayoritaria en derecho penal es que el delito de proxenetismo no debería ser tal, salvo cuando haya violencia, sujeción, cuando se fuerce a la persona a esa práctica (…) Si la persona quiere tener el equivalente a un representante o promotor, lo que habitualmente conocemos como proxeneta, tendríamos que admitirlo, en la medida en que no sea un sometimiento a la esclavitud o algo análogo. (Cámara de Representantes, 2018)[15].

Incluso en relación a los problemas técnicos generados por mantener sin cambios la figura del proxenetismo en el marco de la discusión de la Ley 19643 sobre Trata, decía:

> Afortunadamente, Uruguay no ha tenido, que se sepa, muchos casos (…) este proyecto de ley está enrabado con otras normas legales que se acentúan o refrendan aquí y, de cierta manera, algunas de ellas nos generan inconvenientes técnicos. Por supuesto que todo lo relativo a la trata de personas, con la extensión que se ha hecho de esa expresión que quizás pueda ser correcta desde un campo sociológico, desde el punto de vista penal ya nos trae problemas. No es lo mismo lo concerniente a la esclavitud y todo su entorno que la prostitución estrictamente. No es lo mismo la esclavitud que determinados incumplimientos de pautas de derecho laboral (Cámara de Representantes, 2018).

En sintonía con lo expresado por el Aller, el Prof. Langón también aboga por el cambio en la configuración del delito de proxenetismo:

> (…) sería necesaria una reforma legal que termine con tanta hipocresía social, y que ponga la ley penal acorde con los tiempos que se viven, donde por ejemplo las actividades de casas de masajes y otras, como las cooperativas de personas que ejercen la prostitución, han venido a modificar en gran medida el panorama sobre el que se construyó el instituto milenario. Si la prostitución es un trabajo lícito no se ve cual

[15] Para una crítica feminista a esta posición veáse España (2020).

> puede ser la razón para que no pueda disponer libremente de su producto el que lo gana, como ocurre con cualquier otra actividad, salvando obviamente los casos de empleo de medios violentos o engañosos, o de abuso de inferioridad psicológica de adultos o menores, o personas vulnerables en general (Langón, 2010: 603)

Señala más adelante:

> (…) no pueden reprimirse racionalmente conductas que como la supuesta en la norma, que consiste en una intermediación onerosa para un trabajo lícito (el trabajo sexual). El legislador no puede decir que es lícito y que corresponde al derecho laboral el trabajo sexual, y condenar al mismo tiempo al que busca para otros, en un momento de gran desempleo además, ese tipo de actividad, que el que la realiza (cuando es mayor de edad), movido o no por la necesidad económica, acepta de buen grado y consiente en ello. Ello supone, me parece obvio, una gran contradicción y una pésima técnica legislativa (Langón, 2010: 604).

Otra posición, es la manifestada por el Dr. Ignacio Curbelo Solari. En su análisis de la relevancia del consentimiento en el derecho positivo, ya sea que se lo considere como causa de atipicidad o causa de justificación, afirma que "tampoco es válido del consentimiento en el delito de proxenetismo, ya que el bien jurídico tutelado es supra individual" (Curbelo Solari, 2012: 104). A su entender, en este tipo de delitos, la distinción entre lo individual y lo colectivo, difuso o comunitario no siempre es posible, desde el momento en que se violan intereses de los individuos concretos, pero también intereses de la sociedad como tal.

Es menester señalar, que el delito de proxenetismo es perseguible de oficio, lo que reafirmaría esta idea que acabamos de exponer, de un predominio del interés público sobre el individual, o al menos cierta tensión de intereses, en el bien jurídico en cuestión.

Ahondando en las razones que conducen a la aparente y contradictoria situación actual en la que conviven una ley de trabajo sexual y el delito amplio de proxenetismo, desde una posición de feminismo punitivo, Valeria España, afirmaba sobre la Ley 17515:
"Tendría que decir que 'el trabajo sexual por cuenta propia es legal, y cualquier persona que

lucre con la prostitución de alguien más, es proxenetismo'. Con esos dos elementos, todo aquello que lucre, desde una casa de masaje, hasta una página de internet o un call-center, no se debería permitir. Desde ese lugar la ley se contradice. Es, en definitiva, una ley de habilitación de la explotación" (Delgado, 2015: 17).

5. Conclusiones

Los modelos normativos que se aplican para dar cuenta de fenómenos tan complejos como los relacionados al sistema prostitucional y la figura del explotador (proxeneta), responden a posiciones políticas, ideológicas, filosóficas, pero también a la perspectivas culturales y sociales del momento, así como a las visiones de los movimientos feministas y sus distintas posturas respecto no solamente a las políticas criminales, sino fundamentalmente al papel que le cabe al sexo y al género en sociedades patriarcalistas. De acuerdo a nuestra periodización, el feminismo de primera ola presentó mayores niveles de consenso en la lucha contra la prostitución reglamentada, la trata de personas ("trata de blancas" según el lenguaje de la época, o "trata de mujeres" como propusieron los movimientos abolicionisas más adelante) y el flagelo del proxenetismo. El resultado fue la Ley 8080 que perseguía el lenocinio con una redacción de corte abolicionista. Sin embargo, como hemos mostrado, la posterior Reglamentación de la Ley, habilitando el establecimiento de fincas para el meretricio terminan por torcerle el brazo a las lideradas por Luisa Luisi. Una segunda etapa, con la constitución de AMEPU, coloca nuevamente el tema en la agenda política, mostrando una mayor presencia de argumentos reglamentaristas e impulsando la Ley 17515. Será recién en el marco de la tercera etapa definida en este trabajo (a partir de 2010) que el movimiento feminista muestra por un lado sus diferencias respecto al tratamiento que merece el trabajo sexual y el eventual contenido que debería tener una nueva Ley en la materia; pero por otro lado se muestra muy decidido a impedir que el delito de proxenetismo se desregule. De esta manera, la versión "punitiva" del feminismo, convencida del papel simbólico que tienen las leyes y más concretamente las leyes penales, aparece en escena objetando la Reforma del Código Penal (2010 – 2014) y logrando una Ley de Trata donde la voz "consentimiento" y su tratamiento en clave de género, logra especial centralidad.

Referencias bibliográficas

Abadía Cubillos, Marcela. (2018). *Feminismos y sistema penal. Retos contemporáneos para una legitimación del sistema penal*, Bogotá, Universidad de los Andes.

Abadie Santos, Horacio. (1932). *Represión del Proxenetismo*, Montevideo, Impresora Moderna.

Albanell Mc Coll, Eduardo. (1932). *Legislación sobre proxenetismo y delitos afines*, Universidad de la República (Uruguay), Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, Imprenta Nacional Colorada.

Aller Maisonnave, Germán. (2010). "Aspectos penales acerca del consentimiento", *Instituto de Derecho Penal*, No. 2. Recuperado de: <https://publicaciones.fder.edu.uy/index.php/idp/article/view/69>. Fecha de consulta 25 de junio de 2020.

Asociación de trabajadoras sexuales Miluska Vida y Dignidad. (2006). "Trabajo sexual y prostitución desde la perspectiva de las trabajadoras sexuales organizadas. Rostro de Mujer: ¿Trabajo Sexual o prostitución?".

Bayardo Bengoa, Francisco. (1957). *Sobre delitos sexuales*, Montevideo, Centro estudiantes de Derecho (CED).

Benavídez Narváez, Diego Germán. (2020). *El femicidio como delito e instrumento de castigo del feminismo punitivo dentro del sistema jurídico penal ecuatoriano* [Trabajo de titulación previo a la obtención del Título de Magíster en Derecho Penal con mención en Derecho Procesal Penal]. Universidad Central del Ecuador, Facultad de Jurisprudencia, Instituto Superior de Investigación y Posgrado.

Böhmer, Martín Federico. (1993). "Feminismo radical y Feminismo Liberal. Pasos previos para una discusión posible", *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, No. 13, pp. 179-190.

Bovino, Alberto. (1995). "Delitos sexuales y feminismo legal. (algunas) mujeres al borde del ataque de nervios", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 2 |

Número 1 y 2 | Abril 1997, pp. 133-148.

Cámara de Representantes. (2001). *Diario de la Cámara de Representantes*, N. 2926, 6ta sesión, Montevideo, Uruguay, marzo de 2001.

Cámara de Representantes. (2018). *Versiones Taquigráficas, Comisión de Legislación*, Montevideo, Uruguay, 3 al 10 de mayo de 2018.

CATWLAC. (13 de mayo de 2020). *Ángeles Anchou - Hacia una genealogía del movimiento abolicionista en Argentina: la escisión del sindicato AMMAR* [Archivo de Vídeo]. Facebook. Recuperado de: <https://www.facebook.com/watch/live/?v=225681005397145&ref=watch_permalink>. Fecha de consulta: 24 de junio de 2021.

Cedrés Ferrero, Isabel. (2018). *¿Mi cuerpo, mi decisión? Debates y perspectivas feministas sobre la prostitución en Uruguay.* [Tesis Final Licenciatura en Ciencias Políticas], Universidad de la República (Uruguay). Facultad de Ciencias Sociales. Departamento de Ciencia Política.

Contreras, Mariana y Rovira, Florencia. (2013). "Uruguay. Legislar sin condón: De fiolo a gerente de servicios sexuales", *Semanario Brecha*, 11 de octubre de 2013. Recuperado de: <https://www.insurrectasypunto.org/index.php?option=com_content&view=article&id=6855:uruguay-legislar-sin-condon-de-fiolo-a-gerente-de-servicios-sexuales-&catid=4:notas&Itemid=4>. Fecha de consulta 04 de marzo de 2021.

Cuadro Cawen, Inés. (2018). *Feminismos y política en el Uruguay del Novecientos (1906-1932) : Internacionalismo, culturas políticas e identidades de género*, Montevideo, Banda Oriental.

Curbelo Solari, Ignacio. (2012). "Problemática sobre la disponibilidad de los Bienes Jurídicos Individuales y Responsabilidades Emergentes", *Revista de la Facultad de Derecho*, No. 32, Montevideo, Enero-Junio 2012, pp. 89-124.

Delgado, Paul. (2015). *17.515 La Ley del más fuerte*, [Memoria Final Diploma en Género y

Políticas Públicas], Universidad de la República (Uruguay). Facultad de Ciencias Sociales.

Dirección General de la Mujer. (2001). Simposio internacional sobre prostitución y tráfico de mujeres con fines de explotación sexual (Actas). Madrid, Dirección General de la Mujer, Consejería de Servicios Sociales.

España, Valeria. (2020). "De abogados, serpientes, huevos y proxenetas", *Semanario Brecha*, Recuperado de: <https://brecha.com.uy/de-abogados-serpientes-huevos-y-proxenetas/>. Fecha de consulta 18 de junio de 2020.

Guerra, Pablo. (2006). *¿Mujeres de vida fácil?*, Montevideo, Fundación Cultura Universitaria.

Guerra, Pablo. (2016). *La prostitución en Uruguay. Entre el trabajo y la explotación sexual*, Montevideo, Ediciones Universitarias, CSIC.

Lamas, Marta. (2016). "Feminismo y prostitución: la persistencia de una amarga disputa", *Debate Feminista*, Vol. 51, June 2016, pp. 18-35. Recuperado de: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0188947816300287>. Fecha de consulta 12 de junio de 2021.

Langón, Miguel. (2010). *Código Penal y Leyes Penales complementarias de la República Oriental del Uruguay, Tomo II – De los Delitos en particular*. Montevideo, Ed. Universidad de Montevideo.

Larrauri, Elena (2007). *Criminología crítica y violencia de género*, Madrid, Trotta.

Laurenzo Copello, Patricia. (2007). "Violencia de género y derecho penal de excepción: entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo", en: García Valdés, Carlos, Margarita Valle Mariscal de Gante, Antonio Rafael Cuerda Riezu, Margarita Martínez Escamilla y Rafael Alcácer Guirao (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Vol. 2, pp. 2093-2123.

Lerner, Gerda. (2017). *La creación del Patriarcado*, Tusell, Mónica (trad.), Iruñea, Pamplona, Katrakrak. (Obra original publicada en 1986)

López Riopedre, José. (2013). "Redescubriendo la dimensión erótico-afectiva del trabajo sexual", en: Cairo Carou, Heriberto y Lucila Finkel Morgenstern (coords.) *Crisis y cambio. Propuestas desde la Sociología: actas del XI Congreso Español de Sociología*. Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Ciencias Políticas y Sociología. Vol. 3, pp. 636-645. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7283271>. Fecha de consulta: 18 de julio de 2021.

Luisi, Paulina. (1948). *Otra voz clamando en el desierto (proxenetismo y reglamentación)*, Montevideo, S.N.

Mackinnon, Catharine A. (1989). *Toward a Feminist Theory of the State*, United States, Cambridge: Harvard University Press.

Malet Vázquez, Mariana. (2008). "Para una reforma de los delitos sexuales", *Revista de Derecho Penal*, No. 17, pp. 7-25.

Moulier - Boutang, Yann. (2006). *De la esclavitud al trabajo asalariado*, Álvarez, Beñat Baltza; Maria Pérez Colina y Raúl Sánchez Cedillo (trads.), Barcelona, Akal. (Obra original publicada en 1998)

Mujer y Salud en Uruguay (MYSU). (2014). " Qué hacemos. Posicionamientos políticos. Reforma del Código Penal. Declaración de las Organizaciones", Recuperado de: <https://www.mysu.org.uy/que-hacemos/incidencia/posicionamiento-politico/reforma-del-codigo-penal-declaracion-de-las-organizaciones/>. Fecha de consulta: 10 de julio de 2021.

Paladines, Jorge Vicente. (2014). "Feminismo Punitivo. Cuando el género se redujo al castigo", *Revista Pensamiento Penal*. Recuperado de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/40015-feminismo-punitivo-cuando-genero-se-redujo-al-castigo>. Fecha de consulta: 12 de julio de 2021.

Peng, Yen-Wen. (2005). "Of course thet claim they were coerced: On voluntary prostitution, contingent consent, and the modified whore stigma", *Journal of International Women's Studies*, Vol. 7, No. 2, pp. 17-35.

Puleo, Alicia. (2005). "Lo personal es político. El surgimiento del feminismo radical", en: Amorós, Cecilia y Ana de Miguel Álvarez (eds.) *Historia de la teoría feminista. De la Ilustración a la globalización*, Madrid, Minerva, pp. 35-67.

Red Uruguaya de Mujeres Abolicionistas. (2021). "El feminismo será abolicionista o no será", Semanario Brecha, 07 de mayo de 2021. Recuperado de: <https://brecha.com.uy/el-feminismo-sera-abolicionista-o-no-sera/>. Fecha de consulta 13 de julio de 2021.

Rocha, Ileana. (2013). "Como seres humanos: Una mirada al proceso de legislación de la prostitución como Trabajo Sexual en el Uruguay", *Revista Encuentros Latinoamericanos*, Vol. VII, No. 2, pp. 239-272.

Sanchis Gómez, Enric. (2011). "Prostitución voluntaria o forzada. Una contribución al debate", *Papers. Revista de Sociología*, Vol. 96, No. 3, pp. 915-936.

Staff Wilson, Mariblanca. (2009). "Recorrido histórico sobre la trata de personas". Paper, Programa Andino de Derechos Humanos, Quito.

Taberne, Eva. (2020). "¿De qué trabajo me hablás? El discurso de las sobrevivientes de la prostitución", *Revista Encuentros Latinoamericanos*, segunda época. Vol. IV, No. 1, enero/junio, pp. 221-246.

Trochón, Yvette. (2003). *Las mercenarias del amor. Prostitución y modernidad en el Uruguay (1880-1932)*, Montevideo, Ed. Taurus-Santillana.

Joint United Nations Programme on HIV/AIDS (UNAIDS). (2007). "Words are not Neutral against HIV", *Feature Story*. Recuperado de: <https://www.unaids.org/en/resources/presscentre/featurestories/2007/january/20070103featurestorywords>. Fecha de consulta: 06 de marzo de 2020.

Normativa citada

Acuerdo Internacional sobre Represión de Trata de Blancas. 18 de mayo de 1904.

Contagious Diseases Acts o CD Acts (leyes de enfermedades contagiosas) de 1864, 1866 y 1869. Parlamento del Reino Unido.

Convención Internacional para la Represión de la Trata de Blancas. 4 de mayo de 1910.

Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena. Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. 2 de diciembre de 1949.

Ley 5520 de 1916. Código Penal. Modificaciones. 20 de octubre de 1916 Diario Oficial (Uruguay).

Ley 8080 de 1927. Delito de Proxenetismo. 27 de mayo de 1927. Diario Oficial, Núm. 6301 (Uruguay).

Ley 16707 de 1995. Ley de Seguridad Ciudadana. 19 de julio de 1995. Diario Oficial, Registro Nacional de Leyes y Decretos: Tomo: 1, Semestre: 2, Año: 1995, Página: 31 (Uruguay).

Ley 17515 de 2002. Ley Sobre el Trabajo Sexual. 4 de julio de 2002. Diario Oficial, Registro Nacional de Leyes y Decretos: Tomo: 1, Semestre: 2, Año: 2002, Página: 32 (Uruguay).

Ley 18250 de 2008. Ley de Migraciones. 17 de enero de 2008. Diario Oficial, Registro Nacional de Leyes y Decretos: Tomo: 1, Semestre: 1, Año: 2008, Página: 32 (Uruguay).

Ley 19643 de 2018. Ley de Prevención y Combate a la Trata de Personas. Modificaciones al Código Penal. 14 de Agosto de 2018. Diario Oficial (Uruguay).

Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños o Protocolo contra la Trata de Personas. Organización de las Naciones Unidas. Palermo, Italia, 25 de diciembre de 2003.

EL RESGUARDO DE LA INTIMIDAD EN LAS SOCIEDADES MODERNAS UNA MIRADA DESDE LA BIOPOLÍTICA

Kevin David Villegas Retamal[1]
ORCID: 0000-0002-9783-3636
Correo electrónico: kevin.villegas@upv.cl

Resumen

El actual momento de pandemia ha llamado la atención a nivel mundial acerca del control que ejercen los Estados sobre las poblaciones que gobiernan. Haciéndose visibles "espacios" sociales que frente al actual escenario sanitario se exige ser vigilados y regulados mediante la acción tanto coercitiva como simbólica desplegada por los Estados sobre los territorios.

Se instala así un debate en torno al carácter que asume hoy el ejercicio de la política, así como el rol del Estado en el ejercicio de la gobernabilidad; encontrándose por otro lado el individuo y lo social, que termina siendo objeto de dicha regulación e intervención institucional.

Así, todo poder termina generando en su desarrollo un contrapoder o resistencia, que en la actualidad asume la forma de la multitud: plural, diversa y espontánea; llevando a cabo una reconstrucción permanente de la sociedad civil frente al control y vigilancia desplegado por la institucionalidad estatal a través de estrategias basadas en el micropoder, donde la ley se presenta como una de sus principales herramientas tanto dentro de las fronteras nacionales como fuera de éstas.

Palabras claves: intimidad, gobierno, ley, biopolítica.

[1] Sociólogo. Magíster en Estudios Culturales. Docente investigador Universidad Pedro de Valdivia, Chillán, Chile.

A PROTEÇÃO DA PRIVACIDADE NAS SOCIEDADES MODERNAS UM OLHAR DE BIOPOLÍTICA

Resumo

A atual pandemia chamou a atenção em todo o mundo para o controle exercido pelos Estados sobre as populações que eles governam. Estão se tornando visíveis "espaços" sociais que, dado o cenário sanitário atual, exigem ser monitorados e regulados através da ação coercitiva e simbólica implantada pelos Estados nos territórios.

Instala-se assim um debate em torno do caráter que hoje assume o exercício da política, assim como o papel do Estado no exercício da governabilidade; encontrando por outro lado o indivíduo e o social, que acaba sendo objeto de tal regulamentação e intervenção institucional.

Assim, todo poder acaba gerando em seu desenvolvimento uma contra-potência ou resistência, que atualmente assume a forma de multidão, plural, diversa e espontânea; realizando uma reconstrução permanente da sociedade civil contra o controle e a vigilância implantados pelas instituições estatais através de estratégias baseadas na micropotência, onde a lei é apresentada como uma de suas principais ferramentas tanto dentro como fora das fronteiras nacionais.

Palavras-chaves: privacidade, governo, lei, biopolítica.

THE INTIMACY SAFEGUARDING IN MODERN SOCIETIES A BIOPOLITICAL PERSPECTIVE

Abstract

The current pandemic situation has drawn global attention to the control exercised by states over the populations they govern. Social "spaces" have become visible which, given the current health scenario, demand to be monitored and regulated by means of both coercive and symbolic action deployed by states over the territories.

A debate is thus taking place on the nature of politics today, as well as the role of the state in the exercise of governability; on the other hand, the individual and the social, which ends up being the object of such regulation and institutional intervention.

Thus, all power ends up generating in its development a counter-power or resistance, which currently takes the form of the multitude: plural, diverse and spontaneous; carrying out a permanent reconstruction of civil society in the face of the control and surveillance deployed by state institutions through strategies based on micro-power, where the law is presented as one of its main tools both within and beyond national borders.

Keywords: privacy, government, law, biopolitics.

1. Una mirada desde la biopolítica hacia la intimidad

Siguiendo a Negri y Hardt (2000), la forma que en la actualidad asume lo social se encuentra señalada por lo que él denomina como Imperio. Dicha forma de "mando", entre otras cualidades, posee la particularidad de "crear al mundo que habita", "no solo regula las interacciones humanas, sino que también busca, directamente, regir sobre la naturaleza humana" (Negri y Hardt, 2000: 5). En coherencia con esta idea se encuentran los Estados Totalitarios posfascismo de Hannah Arendt (2008 y 2009), Michel Foucault (2006 y 2009), Giorgio Agamben (2003), Theodor Adorno (2020), entre otros; bajo los que la intimidad –como espacio social contemporáneo– deberá debatirse e intentar coexistir en una constante pugna frente a este escenario de dominación y hegemonía total.

Como señala Foucault (2006) la noción de economía no ha sido siempre la misma y es solo a partir del siglo XVIII cuando asume un significado moderno definiendo un área específica de intervención del gobierno, es decir, define un nivel de realidad. Anteriormente, la economía designaba una forma de gobierno propia del ámbito más bien doméstico que era ejercido por el padre de familia. Esto será tomado como parte de la pedagogía del Príncipe, o sea, será incorporado dentro de lo que modernamente se entiende por Gobierno y Gobernar.

Visto en una línea descendente, el actuar del Estado –a través del Gobierno– debe llegar hasta la conducta de los individuos y del manejo de las familias, para ser denominado como un buen Gobierno. Esto es lo que da origen a la noción de "policía", que consistirá en una forma de vigilancia y control sobre los habitantes, las riquezas y las conductas. Una forma de control y vigilancia basada en la disciplina, que permitirá desarrollar un manejo de las poblaciones. De la misma forma Hannah Arendt (2008 y 2009) asimila al gobierno, en cuanto distinción entre gobernar –dar órdenes- y ser gobernado –obedecerlas–, con la relación que mantiene el amo con sus esclavos, donde la acción como posibilidad de participación política entre iguales es anulada y expulsada de los asuntos humanos.

Como consecuencia la transgresión de la subjetividad, basada en el modo de producción capitalista, a espacios íntimos de la vida se genera y es posible gracias a la existencia de un Estado y una forma de gobernar policial, que reprimirá tanto física como simbólicamente en el caso de ser desobedecida. Por ello la política resulta inseparable de la intimidad y en el momento que esta última se ve amenazada se asiste a una crisis del espacio civil (Pardo Torío, 2004).

Bajo esta concepción del Estado moderno, en tanto Gobierno, resulta absolutamente lógico el curso que va tomando la subjetividad de los individuos ya que obedece a una estrategia impulsada y necesaria desde el Estado. Esta nueva figura asumida por el Estado implica un giro insospechado dentro de la teoría social, echando incluso por tierra uno de los pilares fundamentales de la teoría marxista como lo es la propiedad privada: "Lo esencial, entonces, [para el gobierno] es el complejo de hombres y cosas; ese es el elemento principal, y el territorio y la propiedad solo son en cierto modo, una de sus variables" (Foucault, 2006: 123).

Como resultado de la aparición del Gobierno se encuentra implícita además una suerte de "denigración" o cambio de nivel en la forma en que tradicionalmente era entendida la política. Ya que de ser entendida como el "esfuerzo por alcanzar la inmortalidad mundana", sucede que "la política se hundió al bajo nivel de una actividad sujeta a la necesidad, destinada a remediar las consecuencias de la pecaminosidad humana,

por un lado, y a complacer los deseos e intereses de la vida terrena, por el otro" (Arendt, 2009: 338). Este hecho se encontraría condicionado e impulsado dado el auge de la fe cristiana que asignó el estatus de inmortalidad a la vida humana, inmiscuyéndose así en el plano privado e interior –subjetividad– del ser humano. Se sustituye así la vida política en cuanto búsqueda de la libertad del cuerpo político, por la vida individual; perdiendo el carácter trascendente de la política. Gira, así, hacia lo inmanente, lo tangencial y, en definitiva, su versión más vulgar en cuanto administración y ejercicio de un poder mediante la dictación de órdenes.

Dada la noción de libertad implícita en la acción política tradicional, buscaba que la política en cuanto ejercicio mediara las relaciones entre los hombres o, mejor dicho, regulara las disposiciones de estos frente a su vinculación con los otros, mediación que sin embargo no era operada de manera coercitiva e incluso burocrática. Así, la política se fundaba en la propia *praxis* de los ciudadanos, que al ejercerla –en el *ágora*– ejercían también su libertad. Al contrario de dicho modelo político, la actual democracia igualitaria moderna dista de aquella concepción, ya que en el caso griego esta esfera pública de predominio de la política era básicamente oligárquica y restringida. En tanto, el modelo democrático opera sobre la masa, el predominio de los "muchos". La libertad con anterioridad se asociaba con el habla, la que a su vez era considerada como otra actividad más, es decir, se la concebía en su relación con el hacer o el laborar (Arendt, 2008).

Esta noción libertaria de la política no era una constante en los griegos, ya que era interrumpida también por la aparición de tiranos, ante lo cual la esfera política desaparecía y los ciudadanos eran expulsados a sus hogares. La política por ende comenzaba "donde acaba el reino de las necesidades materiales y la violencia física" (Arendt, 2008: 154). La violencia, al igual que la coacción, no eran concebidas como acciones políticas, sino más bien como "medios para proteger, fundar o ampliar el espacio político" (Arendt, 2008: 164).

Esta noción de la política entonces fue reemplazada y borrada bajo la versión actual del Estado y el Gobierno. La manera en la que el Estado, bajo esta nueva figura del

Gobierno, puede lograr su control total, es a través de la ley, utilizada esta vez como táctica. Sin embargo, ésta no será la última y más importante vía, como en el caso del soberano en regímenes de gobierno anteriores.

Surge así lo que Foucault denomina "el arte de gobernar", como ciencia del gobierno o ciencia política. Esto permitió que la economía se recentrara en un determinado nivel de realidad, entrando en escena un nuevo problema de Estado: el de la población, que cobró relevancia debido a la fuerte presión ejercida por la expansión demográfica del siglo XVIII, además del aumento en la producción agrícola y de la abundancia monetaria. En esta época se comienza a "pensar por sí solo" el problema del gobierno, a calcular y meditar fuera del marco jurídico de la soberanía (Foucault, 2006).

Como resultado, la perspectiva de la población permitirá desechar de manera definitiva el modelo de la familia como base de la economía –como lo fue en la época del soberano–, recentrando la noción de economía en otras cosas. Cosas relativas al encuentro de ciertas regularidades en la población –hallazgos logrados gracias a la estadística– como: muertes, nacimientos e incluso efectos o comportamientos de tipo económicos (cesantía, tipos de empleos, etc.). "Al permitir cuantificar los fenómenos propios de la población, la estadística pone de relieve la especificidad de ésta, irreductible [al] pequeño marco de la familia", llevando consigo a que "la familia desaparecerá como modelo del gobierno" (Foucault, 2006: 131). Sin embargo, la familia continuará siendo considerada dentro del Gobierno, pasará a representar un segmento privilegiado que permitirá planificar acciones cuyo efecto es esperado en la población toda (demografía, conducta sexual, consumo, etc.); pasa a ser entonces un instrumento privilegiado para el gobierno de las poblaciones.

Claro que Arendt ya había advertido sobre el desaparecimiento del protagonismo de la familia en la época moderna y su absorción a partir de diversos grupos sociales. Agregando además que la "igualdad" social existente en la época moderna coincide exactamente con la "igualdad" reinante en la familia en tiempos antiguos, ya que en esta etapa moderna la esfera privada –del reino de la necesidad– se extiende sobre toda la sociedad. Para Arendt la sociedad pasa a ser el sustituto de la familia, dando por supuesto

que la sangre y el suelo rigen las relaciones de sus miembros, siendo esto la base para el desarrollo del Estado-nación (Arendt, 2009).

Como consecuencia de desechar la familia en cuanto modelo base de la economía y al reemplazarlo por el de población, sucede algo interesante dado que a la base de dicho modelo de familia se encontraba el *pater familias* según la polis griega y era éste quién detentaba una "soberanía privada", por sobre sus inferiores: hijos, mujeres y esclavos. Al modificar el modelo base de la economía, se está también entonces destituyendo a este *pater familias* de su situación de poder basado en dicha "soberanía privada", dando paso a una anulación de esta esfera, quedando directamente relacionada al poder soberano del gobernante esta *intimidad* que ya no es ni privada ni pública. Esta relación directa entre el soberano y sus súbditos –sin mediar un *pater familias*– es básicamente desigual ya que el "cuerpo" del soberano se encuentra constituido por todos los "órganos" del Estado, mientras que el súbdito solo tiene sus músculos, nervios y huesos. Aquí se encuentra una primera clase de "políticas de la intimidad", donde se ven enfrentadas por un lado la *potentia* ilimitada y excepcional y la intimidad desarmada y desnuda por el otro (Pardo Torío, 2004). Este enfrentamiento sólo se materializa en situaciones excepcionales; es su suspensión, retención o aplazamiento lo que posibilita el desarrollo de una "*actividad civil normal*" que solo en ocasiones excepcionales es suspendida para actualizar dicha potencia inherente al soberano[2].

Lo particular de esta situación es que es asumida como normal, es asumido como normal el hecho de que ya "solo existe Estado" y que ya no es posible "hacer la guerra" a este Estado de normalidad legítima. Así la totalidad de la ciudadanía se ve amenazada a ser recluida –y de hecho lo es– ya sea en: escuelas primarias, fábricas, hospitales, cárceles, etc. Esto ya es parte de la normalidad e inclusive algunos piden más de esas instituciones (como el discurso liberal de derecha). Hemos pasado "de la guerra a la guerra", donde si bien antes la "guerra potencial" del soberano solo se actualizaba en ocasiones excepcionales, esta vez:

> (...) al normalizarse todas las excepciones lo excepcional (el combate) se convierte en normal, y la guerra –no en forma de guerra total, como en los estados de terror propios

[2] Un ejemplo de esta situación se vive en los Estados de excepción.

> de las dictaduras totalitarias, sino en forma de mil batallas locales y dispersas– es el estado actual y permanente de la sociedad (Pardo Torío, 1998:152).

Este mismo aspecto es destacado por Negri y Hardt (2000) en el contexto posmoderno del Imperio, señalando que: "Con la subsunción real de la sociedad bajo el capital, los antagonismos sociales pueden erupcionar como conflictos en cada momento y en cada término de producción e intercambio comunicativo" (Negri y Hardt, 2000: 336), esto ya que la subjetividad se encuentra sumergida enteramente en el lenguaje y el intercambio .

De esta manera durante esta etapa comienza a desaparecer el sentido de excepción –así como anteriormente desapareció el sentido de transgresión–, arribando al mundo de la normalización foucaultiano. Para Pardo, se observa en este punto otra "política de la intimidad", donde esta vez es posible identificar la presión directa de la potencia, donde el poder político "está secretamente apoyado en un inconfesable régimen de dominación privada" (Pardo Torío, 1998: 153).

Arendt (2009) distingue entre lo privado y lo público señalando que es en la época moderna donde lo que se entiende por "privado" resulta enriquecido producto del individualismo. Lo que en la actualidad es entendido como "lo social" consiste más bien en "algo" que se encontraba relegado al ámbito doméstico en la polis griega. En este sentido es que en la época moderna –o posmoderna siguiendo a Negri y Hardt (2000)– lo "privado" domina el ámbito "público". Sería un error entender a "lo social" como opuesto de "lo íntimo", ya que en realidad ambos espacios se encuentran constituidos de la misma sustancia obedeciendo a la misma lógica: el *predominio del ámbito doméstico* o el *predominio de la necesidad*. Este hecho se habría comenzado a gestar desde la Edad Media impulsado por el cristianismo, donde lo religioso se sumergió en el espacio privado mientras que la vida y sus necesidades apareció en el espacio público en la forma de la "sociedad" (Arendt, 2008). Por ello en esta época se comienza a cultivar una cierta noción de "interioridad" que posteriormente con el renacimiento y la difusión de la lectura como

actividad tomará más fuerza dentro de la construcción de la subjetividad moderna (Sibilia, 2008).

Al parecer resulta relevante definir qué es lo que se entiende por privado. Este ámbito se correspondería con lo doméstico en los griegos; es decir, con lo que se encuentra presente en la "casa" del pater familia. Habría que asociarlo con el estar sometido a las necesidades de la labor como vida biológica y al trabajo para cubrir las necesidades de la existencia (Arendt, 2009). Sin embargo, en los griegos no incorpora esa noción de interioridad centrada en el sujeto introdirigido y psicológico, noción que es más bien propia de la modernidad. En su lugar, el individuo habitaba en un espacio público donde se debía vincular con los demás, dando origen a un comportamiento de tipo político que demandaba en él un "cuidado de sí", para alcanzar niveles de libertad a través del dominio de sí y el logro del autogobierno y posterior gobierno de los otros (Foucault, 2009). Así, la intimidad corresponde a un concepto propio de la modernidad que se encontraba ausente en los griegos como lo conocemos hoy en día y solo compartía algunas cualidades con el ámbito doméstico.

Es decir, en la época moderna habría un predominio de lo privado, donde todo lo social se encuentra dominado por la lógica doméstica, la de lo íntimo. Lo privado debe ser también entendido como "privación", como dependencia exclusiva en torno a la satisfacción de necesidades de subsistencia; privación también en el sentido de "estar privado de hacer algo más permanente que la propia vida" (Arendt, 2009: 67). Lo privado implicaría la ausencia de los demás, como una existencia que no existiera, la carencia de relaciones objetivas con los otros, en definitiva, alude a la soledad. El sujeto moderno es construido entonces con un predominio de la esfera privada, donde el sujeto se autoexplora y "se inventa usando toda la potencia de las palabras" (Sibilia, 2008: 112).

Desaparece además lo público como espacio de predominio y ejercicio de la política –a la usanza de la polis griega–, como espacio de trato entre iguales. La misma noción de lo público cambia entonces su significado en la época moderna, siendo reemplazada por la noción de "lo social" que consistirá en: "la forma en que la mutua

dependencia en beneficio de la vida y nada más adquiere público significado, donde las actividades relacionadas con la pura supervivencia se permiten aparecer en público" (Arendt, 2009: 57). Lo social parece ocupar en la actualidad el lugar que anteriormente desempeñaba lo público, pero sin embargo dichos espacios no coinciden, si bien lo público era entendido como un espacio político, lo social se encuentra dominado por la necesidad y la vida doméstica.

Del mismo modo, este cambio en la noción de lo público y lo político es señalado por Negri y Hardt (2000), para quiénes en la época posmoderna se radicaliza el antiguo proceso de apropiación o privatización de lo público por parte de los capitalistas y el capitalismo, en búsqueda del beneficio privado. Y esto mismo deriva en que la política, en cuanto base de cada relación social y constitutiva de la esfera del poder y organizadora del espacio de la vida, pierda su carácter autónomo y se supedite al capital. En este punto se contiene el carácter biopolítico del nuevo orden mundial posmoderno, confundiendo lo privado con lo público y por ende la producción con la reproducción de la misma vida social. La explotación del capital alcanza a todos los confines de la existencia social:

> A medida que el trabajo se mueve hacia fuera de las paredes de las fábricas, es cada vez más difícil mantener la ficción de cualquier medida de la jornada laboral, y mediante ello separar al tiempo de producción del tiempo de reproducción, o al tiempo de trabajo del tiempo de ocio. No hay relojes para fichar la hora en el terreno de la producción biopolítica; *el proletariado produce en toda su generalidad en todas partes durante todo el día*[3] (Negri y Hardt, 2000: 218).

El trabajo de haberse encontrado relegado a la esfera privada pasa en la actualidad a dominar la esfera pública. De tal modo Arendt (2009) plantea la idea del "crecimiento no natural del trabajo", en cuanto al constante aumento de la productividad en base a la organización cada vez más mecánica de éste en la empresa, como espacio del ámbito público donde opera la división del trabajo, que con anterioridad en la esfera privada se encontraba ausente. Se produce entonces un cambio en la concepción misma del trabajo, que de ser concebida en la antigüedad como algo penoso que incluso conllevaba la

[3] Las cursivas me pertenecen.

deformación del cuerpo humano, ha pasado a ser algo indispensable para asegurar la vida en la actualidad en cuanto sobrevivencia.

Sin duda se aprecia una decadencia de la esfera pública en la época moderna, reduciéndose al mundo de la necesidad y la subsistencia; incentivándose por otra parte la intensificación y enriquecimiento de las emociones subjetivas y sentimientos privados (Arendt, 2009). Ante esto cobra relevancia el espacio de la *intimidad*, perdiendo protagonismo el ámbito público de la sociedad civil. La intimidad en este sentido se vincularía tanto a la sensación de soledad como a las interacciones sociales inmediatas, pero sin embargo no logra conservar los alcances de "lo público", que sí detentaba la política.

En definitiva, en la época moderna la sociedad de masas destruye tanto la esfera pública como privada (Arendt, 2009). Donde el rol del Estado es un buen ejemplo, ya que la decadencia y marchitamiento de la esfera pública coincide con el decaimiento de los Estados, los que pasan a ser dominados por una lógica predominante en la esfera privada cuya materialización se observa en los principios de la administración (Arendt, 2009). El espacio público de haber sido un "espacio civilizado" antes de la sociedad burguesa e incluso hasta inicios de ésta, ha pasado luego a convertirse en un "dominio alienado de procesos administrativos y de manipulación de la opinión pública" (Eagleton, 2006: 373). Así, la política en la actualidad se trata solamente de la "mera existencia de todos", donde todo puede ser sometido a discusión por parte del individuo, menos su propia vida que ya no le pertenece. Se trata de una desgracia que aniquilaría a la misma política (Arendt, 2008).

Por ello, Habermas (2008) llamaba la atención con respecto a este aspecto, señalando la desaparición de lo que se entendía antiguamente como "esfera pública", como "individuos comprometidos con un discurso público de razón crítica", que él asocia de manera predominante con la sociedad civil. Sin embargo, "con el despliegue de la actividad del Estado en el conjunto de la existencia social, la esfera pública se ha encogido y disecado como tal", proceso que Habermas (2008: 98) denomina como una

"refeudalización" de la vida pública. En conclusión, la sociedad civil –asociada con el mundo de la vida habermasiano y fenomenológico– se ve severamente disminuida, presentando inclusive a su juicio "síntomas patológicos" como: campañas reaccionarias en la moral, hasta el terrorismo que consistiría en un intento por "reafirmar la política frente al desarrollo de la pura administración" (Eagleton, 2006: 486).

Ahora bien, esta administración sin embargo ha resultado ser sumamente eficiente en el logro de una sociedad de control que ha superado a la antigua sociedad disciplinaria. Esto ha sido posible para Negri y Hardt (2000) por cuatro principios:

1) *Los fines políticos están separados de los fines burocráticos*, con lo que el régimen es capaz de emitir acciones singulares y adecuadas a los fines específicos.

2) *Actúa como un mecanismo diseminador y diferenciador*, siendo capaz de involucrarse con las diversas singularidades sociales, desarrollando un trato de directo contacto con los diferentes elementos de la realidad social.

3) *Es no-estratégica y por ello se legitima por medios heterogéneos e indirectos*, como: las lógicas policiales y militares para reprimir las fuerzas subversivas y lograr la paz imperial, las lógicas económicas a través de la imposición de un mercado gobernado por el régimen monetario, y las lógicas comunicativas e ideológicas.

4) *Alta efectividad local*, esta sociedad de control se presenta entonces de manera más eficaz que la anterior sociedad disciplinaria, y su eficacia pasa precisamente por la no obligatoriedad del sujeto, sino más bien en la automatización de éste, su propio ordenamiento que es útil al sistema global, a partir del suscitamiento de deseos, placer, etc. en él, como lo han planteado Gilles Deleuze (2005) y Slavoj Zizek (Zizek y Jameson, 1998), entre otros. Paradójicamente, el arribo a esta sociedad de control es producto de las luchas sociales, particularmente de la segunda mitad del siglo XX (feministas, obreras, homosexuales, etc.), que han abogado por la diversidad y pluralidad cultural y de formas de vida posibles.

Esta absorción de la sociedad civil por parte del Estado ha producido el hecho de que las *resistencias* bajo la sociedad posmoderna no serán marginales sino plurales y múltiples. La sociedad civil mediaría el paso entre los muchos –que es inmanente– y el uno –que es trascendente–. Las instituciones que componen la sociedad civil (familia, religión, amigos, empleo, mercado, etc.) canalizan los flujos de fuerzas económicas y sociales para llevarlas a una unidad coherente –el Estado– y posteriormente dejándola refluir:

> Estas instituciones no-estatales organizaron la sociedad capitalista bajo el orden del Estado, y oportunamente diseminaron el mando del Estado por toda la sociedad (...) la sociedad civil fue el terreno donde la soberanía del Estado moderno fue volviéndose inmanente (descendiendo hacia la sociedad capitalista) y donde, al mismo tiempo, la sociedad capitalista fue volviéndose trascendente (ascendiendo hacia el Estado) (Negri y Hardt, 2000: 181).

La crisis de esta sociedad civil se encuentra identificada con el paso de una sociedad disciplinaria a otra de control. Las instituciones de la primera, que constituyen a la sociedad civil –familia, fábrica, escuela, hospital– se encuentran quebradas: "El quiebre de las instituciones, el apagamiento de la sociedad civil y la declinación de la sociedad disciplinaria, todo ello implica un alisamiento de las estriaciones del espacio social moderno. Aquí emergen las redes de la sociedad de control" (Negri y Hardt, 2000: 181). Esto no implica bajo ningún punto de vista que el disciplinamiento, o más bien el autodisciplinamiento, del sujeto desaparezca, sino que por el contrario este se extiende de un modo aún más general. Lo que cambia es que, con el colapso de las instituciones disciplinarias los dispositivos disciplinarios se han vuelto menos limitados y delimitados en el espacio social, declinando de esta manera los elementos trascendentes de la sociedad disciplinaria, mientras sus aspectos inmanentes son acentuados y generalizados. La sociedad de control se encuentra así basada en "la sobreproducción y el consumo exacerbado, el marketing y la publicidad, los servicios y los flujos financieros globales. Y también la creatividad alegremente estimulada, "democratizada" y recompensada en términos monetarios" (Sibilia, 2008: 22).

En esta sociedad de control la forma de construcción de la subjetividad ha variado, de haberse fundado en la rígida separación entre un ámbito público y privado bajo la sociedad disciplinaria, a una subjetividad orientada hacia sí mismo –*homo psychologicus*, *homo privatus* o personalidad intradirigida según algunos–. Ha pasado a ser alterdirigida, orientándose hacia la mirada ajena o externa, así el *yo* y la personalidad en la actualidad pasan a ser una subjetividad visible, "orientada hacia los demás: para y por los otros". Este parece ser un ámbito más dentro de los cambios socioculturales que son impulsados por el paso del modernismo al posmodernismo, donde es en este caso abandonada una subjetividad moderna elaborada en el contexto de la hegemonía burguesa y que se basaba en un mundo interior y en la historia propia o personal, para el presente único y singular (Sibilia, 2008; Han, 2012).

Si bien la biopolítica implica un giro en los dominios y en el ejercicio mismo de la política, controlando la propia vida como lo ha señalado Giorgio Agamben (2003). Este control es tanto sobre la vida biológica como su expresión subjetiva constitutiva del sujeto, e incluso más, como plantea Arendt (2008), se trata de la supervivencia de la humanidad que tendrá que enfrentarse a una serie de dispositivos que buscan reducirla a una condición maquínica.

2. La transgresión de la intimidad. Disciplinamiento, control y vigilancia

Mientras el Estado ha sido vinculado desde la filosofía con la razón, en el sentido de la unidad, la intimidad se encontraría asociada con la naturaleza –del ser humano, en cuanto condición particularmente animal–, vinculándola con la multiplicidad y pluralidad. Bajo esta lógica, el Estado es movido con una exigencia de unidad absoluta pero que para ser alcanzada debe respetar el "carácter subjetivo y específico" de sus componentes, "debe alimentar y respetar el impulso espontáneo, y conseguir su unidad sin suprimir la pluralidad". El Estado político entonces "solo puede convertirse en realidad en el caso de que sus partes hayan sido moduladas conforme a la idea de la totalidad" y esto será llevado

adelante a través de una "reconstrucción ideológica" como "estrategia hegemónica"; que le corresponde a la estética en las sociedades modernas o actuales[4] (Eagleton, 2006: 173).

En otras palabras, se aprecia la oposición entre un "hombre subjetivo" y otro "objetivo". El primero corresponde a la sociedad civil, mientras que el segundo al Estado. Este último en el caso de no poder llevar a cabo su "reconstrucción ideológica" como "estrategia hegemónica" se vería forzado a "suprimir coercitivamente" a la sociedad civil y bajo este escenario:

> (...) la vida concreta del individuo queda destrozada a fin de que la idea abstracta de la totalidad pueda conservar su penosa existencia y el Estado siga siendo un extraño a sus ciudadanos, puesto que en ningún caso llega a trabar contacto con su sentir (Eagleton, 2006: 174).

En consecuencia y particularmente en las sociedades modernas el Estado posee la facultad de regular casi todos los ámbitos de la vida de sus ciudadanos que conforman lo que Foucault denomina: "la población". Dicha facultad ya se comenzaba a gestar a partir del siglo XVI en la denominada "policía" que posteriormente derivaría o sería aplicable a decir: "un Estado policial". En dicha época la policía consistía en "el orden de todo lo que podría verse en la ciudad" (Foucault, 2006: 162). Para algunos autores de la época, como Turquet de Mayerne, el arte de gobernar es la misma cosa que ejercer la policía. En concreto, la policía se encargaría de llevar a cabo la instrucción, registro y planificación de la vida de los ciudadanos, esto último en cuanto a sus profesiones y "formas de vida elegidas". Quienes no se registrasen en dichos departamentos no serían considerados como ciudadanos. La policía vendrá a representar la "modernidad administrativa" del Estado.

[4] Se plantea la aclaración ya que para Eagleton no existiría o por lo menos no habla de una "sociedad posmoderna", a diferencia, por ejemplo, de Negri, para quien sí existiría. Por lo tanto, los procesos iniciados en la modernidad, para Eagleton, continuarían operando. En cambio, para Negri, sí se apreciaría un cambio "epocal" hacia el posmodernismo. Esto es relevante de aclarar, ya que cuando Negri utiliza el término "moderno", hace referencia a un momento anterior, particularmente entre los siglos XV y XIX. Mientras que cuando Eagleton, así como Arendt, Foucault, entre otros, mencionan lo "moderno" asumen que ésta etapa aún no se ha finalizado. En este sentido, dentro de las perspectivas teóricas que se utilizan en la presente investigación, Antonio Negri y Michael Hardt representan quizás los únicos autores que aceptan la existencia de un ordenamiento que podemos denominar como posmoderno en la sociedad actual.

La particularidad que presenta este Estado policial con respecto a la intimidad radica en que busca controlar, decidir y coaccionar la actividad del hombre, principalmente a través de su educación y profesión como división social del trabajo –nos referimos al origen de la noción de Estado policial que menciona Foucault a través del análisis de la obra de Turquet de Mayerne, autor del siglo XVI–. En este sentido el hombre sólo es posible, en cuanto a su actividad, a través de su relación con el Estado, la actividad del hombre se transforma así en un elemento constitutivo de la fuerza del Estado (Foucault, 2006).

La policía entonces poseía los siguientes objetivos (Foucault, 2006):

1. Vigilar el *número de hombres existentes* bajo el dominio de un determinado Estado, velando por el desarrollo cuantitativo de la población con respecto a los recursos y posibilidades del territorio ocupado por ella.

2. Vigilar las necesidades de la vida (víveres, vestimenta, alojamiento, calefacción, etc.), que llevó aparejado el desarrollo de una política agrícola asociado con la producción de víveres y una vigilancia de la comercialización de los mismos.

3. Vigilar el problema de la salud, definiendo a ésta como un objeto permanente de cuidado e intervención policial. Se vigilarán todos los aspectos que puedan propiciar enfermedades en general, generando toda una política del espacio urbano ligado al problema sanitario.

4. Vigilar los distintos tipos de actividad que los hombres puedan desempeñar, lo cual implica el desarrollo de una reglamentación de los oficios, hacer trabajar a todos los que estén en condiciones de hacerlo (los pobres sanos).

5. Vigilar la circulación de las mercancías y productos, preocupándose de las rutas y su estado, además de los reglamentos, restricciones, límites o facilidades y estímulos para el tránsito de hombres y cosas.

Como consecuencia, la policía viene a regir todas las formas de coexistencia de los hombres entre sí, viene a ocuparse de la sociedad (Foucault, 2006). Resulta interesante tomar esta noción de un Estado policial para entender cómo en las sociedades modernas su accionar transgrede los espacios íntimos de convivencia a través de diversos mecanismos como el derecho, la represión, la fiscalización, el consumo, etc.

La figura que asume actualmente el Estado es novedosa, ya que se basa en "hacer de la dicha de los hombres la utilidad del Estado" (Foucault, 2006: 169). Y dónde es que radica esa felicidad y esa dicha de los hombres, sino en sus relaciones más íntimas y cargadas de afecto. Este es el nexo que permite hacer de la biopolítica foucaultiana, bajo la cual *la vida de los individuos pasa a ser un bien precioso para el Estado*, un prisma útil para analizar *la transgresión de la intimidad por dicha subjetividad sujeta al modo de producción capitalista*.

Este cambio en la forma de gobierno que es asumida por el Estado es igualmente identificado por Antonio Negri bajo un orden posmoderno que se constituye luego de la segunda guerra mundial y que apunta a la instauración del Imperio. Este ordenamiento se articularía en base al predominio de Estados Unidos y lo que plantea Negri como una instauración de una trinidad: "el moderno Estado de bienestar [distinto al europeo]: una síntesis de Taylorismo en la organización del trabajo, Fordismo en el régimen salarial y Keynesianismo en las regulaciones macroeconómicas de la sociedad" (Negri y Hardt, 2000: 135). Este "moderno Estado de Bienestar" a diferencia del caso europeo no presentó la asistencia pública, en cambio invistió la "totalidad de las relaciones sociales, imponiendo un régimen de disciplina acompañado de una mayor participación en los procesos de acumulación. Fue un capitalismo que quiso ser transparente, regulado por un Estado que ejerció la planificación liberal" (Negri y Hardt, 2000: 135). Aparece de esta manera el gobierno disciplinario, que para Negri consiste en que:

> (...) en una sociedad disciplinaria, toda la sociedad, con todas sus articulaciones productivas y reproductivas, es subsumida bajo el comando del capital y el Estado, y que la sociedad tiende, gradualmente pero de modo indetenible, a ser dirigida

> únicamente por criterios de producción capitalista. *Una sociedad disciplinaria es, por ello, una sociedad-factoría*[5] (Negri y Hardt, 2000: 135).

El disciplinamiento de las sociedades se presenta entonces tanto en una forma de producción como de gobierno, de hecho ambos ámbitos se tornan indiferenciables. Marca el giro en el Estado hacia formas de gobierno basadas en la biopolítica en cuanto al control de la vida y de la capacidad creativa y de reproducción de los individuos. Negri va más allá, al señalar que la disciplina es uno de los mecanismos a través de los cuáles se llega a construir un ordenamiento global, además de la descolonización (que recompuso el mercado mundial ubicando como eje a Estados Unidos) y la descentralización de la producción (Negri y Hardt, 2000).

Esta emergencia de nuevas y múltiples formas de control y vigilancia es lo que también han analizado Laclau y Mouffe (2015), identificándolas como las consecuencias de la burocratización de la sociedad y constituyendo el origen de la emergencia de nuevos antagonismos dentro de la formación discursiva hegemónica capitalista. Así, lo que anteriormente era entendido como el "dominio privado" se asocia con la idea de intimidad, pasando a ser desplazado debido a la intervención estatal al ámbito de lo "público", haciéndolo más visible[6]. Puesto de este modo la anterior distinción entre un ámbito público y otro privado pasa a ser borrosa o poco nítida desplazando su línea demarcatoria. Lo interesante en este punto como lo señalan Laclau y Mouffe (2015), es que esta mayor visibilidad del espacio privado de la vida social es leída como una democratización por parte de la formación discursiva hegemónica, ocultando así la imposición de nuevas formas de subordinación. Las relaciones sociales –del ámbito privado– pasarían entonces a ser politizadas, "proliferando espacios políticos radicalmente nuevos y diferentes (…) [enfrentándonos finalmente a] una emergencia de un pluralismo de los sujetos" (Laclau y Mouffe, 2015: 283).

[5] Las cursivas me pertenecen.

[6] Pasa así por ejemplo con el tema de la vivienda en Chile que ha sido objeto sistemático de importantes políticas públicas en el último gobierno de la concertación de Michelle Bachelet o también con el tema previsional.

Esta politización que es señalada por Laclau y Mouffe (2015), se daría en otros términos a lo que tradicionalmente –por los griegos– se entendía por política. Esta no demarcación entre lo público y lo privado más bien alude, como señala Arendt (2008 y 2009), Habermas (2008), Negri (Negri y Hardt, 2000) y Eagleton (2006), al predominio de lo privado en cuanto el reino de las necesidades. De esta manera, el sujeto se encuentra cada vez más atado a la satisfacción de éstas y ya no solo es parte de su "preocupación doméstica", sino que es constitutiva de su ser. El Estado entonces gobierna llevando a la práctica un régimen doméstico de dominación, control, vigilancia y administración burocrática, donde lo que Laclau y Mouffe (2015) plantean como "politización" puede ser entendido como una conexión directa del sujeto con el Estado a través de la necesidad, aspecto que torna más absoluto y totalitario el actuar del mismo Estado. Este escenario para Arendt se encuentra representado por un "desierto", donde las posibilidades de resistencia son cada vez menores ya que la psicología moderna se encarga de realizar los ajustes necesarios sobre los individuos para que habiten dicho desierto e incluso se acostumbren a él y lo conciban como su hábitat. Solamente es posible observar "oasis" dentro de este desierto, que permiten avizorar espacios de resistencia basados en la pasión y la acción y que se encuentran independientes a las condiciones políticas. Uno de esos "oasis" lo constituiría la intimidad (Arendt, 2008).

En otras palabras Arendt (2008) plantea el fin de la distinción entre trabajo –*poiesis*– y acción política –*praxis*–, ya que la política ha comenzado a imitar al trabajo creando nuevos objetos: el Estado, el partido, etc. Sin embargo, Paolo Virno (2003) plantea precisamente lo contrario, es decir que es el trabajo el que ha adquirido caracteres de acción política: exponiéndose a la vista de los demás, relacionándose con la presencia de los otros, iniciándose procesos inéditos, familiarizándose con la contingencia, lo imprevisto y lo posible. La politización del trabajo se inicia cuando el pensamiento deviene resorte principal de la producción de riqueza, por ende cuando entra en escena de manera predominante el *general intellect*.

En consecuencia, resulta clave la incorporación del lenguaje en el modo de producción, ya que este instituye el espacio de estructura pública, produce una politización

de la producción, politización que es posible debido a la predominancia que asume el *general intellect* en cuanto "comunicación, abstracción, autorreflexión de los sujetos vivientes". Según Virno (2003) esto se aprecia particularmente en las industrias culturales que se posicionan como un sector central dentro del modo de producción capitalista posfordista contemporáneo, basado en una inmaterialidad y donde no existe una obra, un producto, un objeto como resultado del proceso productivo, sino que el mismo proceso productivo –que es comunicativo– es el fin en sí mismo.

Volviendo a Foucault (2006 y 2009), éste identifica como un engaño el pensar que la supuesta opresión fundada en la prohibición opere en términos exclusivamente del poder político –como lo señalara Bataille–, por ende para él no se trataría de una liberación de tipo político –a la usanza de la revolución llevada adelante por el sujeto histórico del proletariado–. Como la transgresión ha perdido su vinculación con la prohibición, esta desacralización es aprovechada por los micropoderes para poner en marcha nuevos sistemas de control, vigilancia y disciplinamiento, en resumen un proceso de normalización basado en la medicalización, psiquiatrización y psicologización, una judicialización y una policialización, una mercantilización y una espectacularización. Todos estos microprocesos del micropoder marcarán los inicios de la biopolítica donde el poder buscará apropiarse de los cuerpos. En síntesis, *de la mano de la desacralización del cuerpo opera su politización en espacios de micropoder* –intimidad–; la excepción de esta forma deja de serlo pasando a ser la norma que opera en el mismo cuerpo (Pardo Torío, 1998).

De tal modo resulta posible rastrear en la obra de Michel Foucault una "política negativa de la intimidad", que alude a la posibilidad de una sublevación sin objeto alguno; el mantener un elemento irreductible, no integrable, no normalizable, heterogéneo, no susceptible de ser revelado (Pardo Torío, 1998). Esta es la intimidad.

Aun así, la normalización de la sociedad y los sujetos ya había sido mencionada también por Hannah Arendt (2009), para quién la noción de "acción" –como lo espontáneo– es vital dentro del cambio social y la revolución de la sociedad. Es precisamente esta acción la que ha logrado ser cada vez más excluida y dominada a través

de la normalización de los miembros de la sociedad. Así Arendt (2008 y 2009) señala que en la sociedad de masas –forma social predominante en la época moderna–, la acción es reemplazada por la noción de conducta que se encuentra definida por una supuesta igualdad basada en el conformismo de sus miembros. La conducta sirve así también como base para la ciencia económica, donde la forma de actuación económica de los miembros de la sociedad será aplicable a los demás ámbitos de la vida.

Del mismo modo la estadística se encuentra también presente, categorizando a los individuos como anormales o desviados de acuerdo con su nivel de ajuste respecto a la norma. Así, la uniformidad estadística encarna el ideal político de una sociedad sumergida en la rutina del diario vivir cotidiano (Foucault, 2006).

Finalmente, la noción de sociedad se encuentra ligada en sus inicios al surgimiento de los Estados, dejando en evidencia el carácter doméstico de predominio dentro de la lógica de la administración estatal y su presencia en la actividad política moderna. Se presenta como momento fundacional del Estado cuando algunos propietarios –burgueses– acuden a la realeza para solicitar protección para acumular más riqueza. Aparece de este modo una lógica privada que comienza a operar sobre la esfera pública, ya que estos propietarios no demandan un mayor acceso a la esfera pública de entonces como espacio de iguales, de ejercicio político como en la antigua polis griega, sino que la propiedad queda en manos de los súbditos y el gobierno en las de los reyes. Así, el deber de los reyes queda instituido en gobernar en pos del interés de la propiedad de sus súbditos –burgueses–. De esta manera, lo único que el pueblo posee en común –su interés común– son sus intereses privados. El gobierno es nombrado entonces para proteger entre sí a los poseedores privados en su competitiva lucha por aumentar la riqueza. La noción de propiedad se ve modificada con este giro, donde de ser considerada como algo estático y tangible, pasa a entenderse a partir de ahora como algo intercambiable, reductible al común denominador del dinero (Arendt, 2009).

3. El Derecho Como Vía De Intromisión De La Intimidad

El disciplinamiento, control y vigilancia mencionada anteriormente debe ser materializado en la sociedad. En este sentido es que surge la figura del derecho como herramienta que bajo los intereses del Estado soberano será utilizado para dichos fines, permitiendo "apaciguar" las singularidades y actos violentos sin muchas veces tener que evidenciar su carácter despótico, sino que a través del simple discurso legal.

Walter Benjamin (1982) menciona el aparato policial dentro de la configuración moderna de los Estados desde una óptica del derecho, mirada que es desarrollada igualmente por Negri (Negri y Hardt, 2000) en relación con el concepto de soberanía moderna, que se instala como el eje trascendental para el nuevo orden que lucha en contra de la inmanencia despertada por los procesos creativos durante la modernidad y la activación por ende de la multitud por senderos revolucionarios. De esta forma el derecho forma parte de una compleja maquinaria cuya expresión singular es el Estado, que además funde las particularidades de cada individuo en una totalidad trascendente.

Para Benjamin (1982) el derecho permitirá la utilización de la violencia para imponer determinados propósitos. La violencia posee un carácter de creación jurídica. La violencia crea o funda el derecho a la vez que lo conserva. En cuanto a la reglamentación de la vida social y en torno a la desaparición de la esfera pública-política y por ende a la capacidad de actuación del ser humano en conjunto, y la instalación del aislamiento, soledad e individualismo se observa que "el poder potencial inherente a todos los asuntos humanos se ha traducido en un espacio dominado por la violencia", la que ha visto de la mano del progreso técnico "el progreso de las posibilidades de aniquilación recíprocas" (Arendt, 2008: 178). Pero la violencia no es solo física, sino que también asume otras formas y particularmente bajo el accionar del derecho en la vida social. Así, el no ser libre debe ser entendido como el encontrarse "sometido a la violencia de otro" o bien también consiste en violencia el "estar sometido a la cruda necesidad de la vida", donde la necesidad pasa a ocupar el lugar de la violencia (Arendt, 2008: 180).

Benjamin (1982) ha concebido al derecho como una forma violenta de control sobre la vida. Así el poder va de la mano de la fuerza, son inseparables mediante el establecimiento de un circuito con tres momentos donde: al comienzo es un hecho de violencia el que funda al derecho (como la independencia de Chile o la mal llamada "Pacificación de la Araucanía" o "Guerra del Desierto" en Argentina). Una vez instituido este derecho, tiende a excluir toda forma de violencia fuera de la de él (por ejemplo se encuentra fuera del derecho las acciones violentas del pueblo mapuche en el sur del país o de cualquier colectivo salvo las fuerzas armadas, los que detentan a nombre del Estado el uso legítimo de la violencia en términos weberianos). Esta exclusión sólo puede ser llevada a cabo a través de una violencia ulterior, ya no instituyente, sino que conservadora del poder establecido (policial). Puesto así, la amenaza al derecho no radica en la violencia sino que en su afuera, es decir, que exista un fuera-del-derecho; que el derecho no lo abarque todo y que algo escape a su alcance, por ello es que la violencia entra en conflicto con el derecho, al provenir desde el exterior de éste. El derecho se instaura como la racionalización de la violencia, y a su vez la violencia ejercida desde el Estado a través del derecho tendrá como fin supremo el "mantenimiento y organización de la vida" (Arendt, 2008).

La ley viene entonces a establecer relaciones entre los hombres de manera violenta, ya que proviene de la producción, no de la naturaleza. Se trata de una construcción artificial hecha por el hombre y que producirá el espacio político, ordenando y engendrando a los ciudadanos. La ley por ende posee un carácter productivo, crea espacios, como plantea Arendt (2008: 215): "Cada ley crea antes que nada un espacio en el que entra en vigor y este espacio es el mundo en que podemos movernos en libertad".

La policía viene a representar la autoridad y posee la facultad –como fin jurídico que persigue– de disponer; a su vez, funda y conserva el derecho, y marca además el punto en el que el Estado no se halla ya en grado de garantizar "los fines empíricos que persigue a toda costa". La policía interviene "por razones de seguridad" en casos innumerables en los que no subsiste una clara situación jurídica (Benjamin, 1982: 177). Además, Benjamin continúa señalando en torno a la figura de la policía: "Su poder es informe así como su

presencia es espectral, inaferrable y difusa por doquier, en la vida de los estados civilizados, (...) en las democracias (…) su presencia (…) testimonia la máxima degeneración posible de la violencia" (Benjamin, 1982: 177).

Sin embargo, Arendt (2009) permitirá tamizar dicho rol ejercido por el derecho en la sociedad, al señalar que la ley en tanto discurso nunca podrá ser totalizante en sus limitaciones sobre la acción, dentro del cuerpo político. Deja así abierta la posibilidad a las transformaciones dentro del espacio social a partir de la acción revolucionaria de la *vita activa*.

Además, el derecho en cuanto lenguaje, asume un carácter productor como herramienta de los Estados burgueses modernos; tanto productor de subjetividades como modelador de las mismas desde una perspectiva moral. Así, la ley es transformada en una ley que se encuentra interiorizada y de esta manera el poder político logra asegurar su dominio, "implantándose en la misma subjetividad", produciendo además así a un ciudadano que encarna los designios morales y normativos del Estado –presentes en la ley– a través de deberes ético-políticos que ya han sido interiorizados como inclinación espontánea. Con este movimiento, la moral es desplazada a la cultura, del "poder de la cabeza al gobierno del corazón", de la "decisión abstracta a la disposición corporal". Como ya se señaló con Hannah Arendt (2009: 214), *la necesidad del hombre se transforma en su propia posibilidad de libertad*, se "transfigura su deber ético en hábito instintivo". Esto se encuentra en la base del liberalismo que predomina en los Estados modernos, donde si bien existe la voluntad de un solo Estado, el ciudadano es convencido de que gobierna y obedece solo a su propia inclinación (Eagleton, 2006). En este sentido la noción de gobierno no se plantea radicalmente distinta a la concebida por los griegos en la antigüedad, donde "la verdadera experiencia vital del mando no estaba localizada en el espacio público, sino en la esfera privada del hogar" (Arendt, 2008: 128).

Bajo esta óptica queda en evidencia que la "unidad social" tendrá que ser construida "desde abajo", en cercanía con lo que José Luis Pardo Torío (1998) identifica como "políticas de la intimidad", en opuesto a una sociedad que se encuentra legislada de

manera arbitraria desde arriba. Este aspecto, igualmente, es señalado por Habermas en cuanto al dominio ejercido por el "sistema" sobre el "mundo de la vida", a través de una racionalidad comunicativa. Asimismo, es indicado por Negri y Hardt (2000) en cuanto a la regulación de las interacciones humanas. Este hecho habla de las formas micropolíticas de actuación que son asumidas por el poder, pero que sin embargo no dejan de encontrarse "centradas" en una sola ideología predominante o hegemónica.

Desde una perspectiva psicoanalítica, la ley simboliza al padre, es reflejo del complejo de Edipo, y conforma y entra en conflicto de manera directa con el deseo desarrollado en el sujeto. En cuanto la ley se encuentra internalizada a través del Superyó freudiano (que forma parte de la estructura psíquica del sujeto), se encuentra también arraigada en el Ello, en cuanto a los impulsos y la libido que existe en el sujeto. El orden social así elaborado en base a la ley, demanda una renuncia a la gratificación de los instintos, encauzando la agresividad hacia el mismo Yo, deviniendo así éste en un agente del Superyó y ahondando nuestra culpa. Como señala Eagleton, "nuestra moral es así una condición de autoalienación permanente; *todos los sujetos humanos están colonizados por un señor extranjero*"[7] (Eagleton, 2006: 347).

Bajo esta mirada psicoanalítica, entonces, el sujeto actúa como agente reproductor del mismo orden social, y es la ley su condición de existencia, en la medida que se encuentra introyectada en éste a través de su aparato psíquico, definiendo tanto sus deseos como su actuar (inclusive en los espacios íntimos). El Yo se transforma así en el territorio en donde se lleva a cabo la lucha entre la ley y el deseo, marcando así el paso de lo que Freud denomina como el "monarca absolutista" al "monarca constitucional" (Eagleton, 2006).

Por eso, la ley constituye la instauración de un poder hegemónico, que va más allá de la mera coerción. Sin embargo, esta introyección nunca es plena. Nunca el Yo coincidirá plenamente y hará suyo el Superyó; dejando entrever ahí un espacio de fuga del mundo interior frente al mundo externo, fuga que no implica un escape –cosa imposible desde el

[7] Las cursivas me pertenecen.

punto de vista psicoanalítico– sino en "desarrollar una *ambivalencia más creativa*[8]" en torno a la relación que sostenemos con la ley (Eagleton, 2006: 357).

Bajo el ordenamiento social actual, denominado por Negri y Hardt (2000) como Imperio en la época posmoderna, el derecho ejerce la función de una "nueva inscripción de la autoridad", instalando de esta manera una nueva noción de derecho: poscolonial y posimperialista (de imperialismos modernos). Bajo esta nueva forma del derecho, se llevan a cabo procesos de un nuevo diseño de la producción de normas e instrumentos legales de coerción que buscan garantizar contratos y resolver conflictos. Esta nueva forma del derecho se basa en la excepcionalidad y es asociada con la policía, donde se lleva a cabo un despliegue de fuerza preventiva, represiva y retórica que busca "reconstruir el equilibrio social", creando y manteniendo el orden. "El poder jurídico de mandar sobre la excepción y la capacidad de desplegar fuerza policial son, por lo tanto, dos coordenadas iniciales que definen el modelo imperial de autoridad" (Negri y Hardt, 2000: 15).

El derecho en esta etapa imperialista globaliza su carácter productivo, donde ya no solo se materializará en la constitución jurídica de un Estado-nación originando la soberanía nacional dentro de determinadas fronteras territoriales, sino que se desarrollará además en la forma del derecho internacional promoviendo la multiplicación de organismos internacionales que a partir del mismo derecho serán capaces de reducir las resistencias a su propio funcionamiento. Un ejemplo claro de esto último son el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), el Fondo Monetario Internacional (FMI), la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).

Cabe consignar que en este escenario internacional igualmente es posible y se ha comenzado ya a producir un contrapoder que haga frente al Imperio, a través de resistencias locales articuladas globalmente. La forma predominante de hacer frente al control impuesto a través del derecho pasa por fundar nuevas formas jurídicas "desde abajo", que tiendan a una radicalización democrática global (Negri y Hardt, 2000).

[8] Las cursivas me pertenecen.

Como consecuencia, se ve una afinidad teórica entre el concepto de multitud y el de intimidad, donde obviamente la primera comprendería a la segunda, no siendo exclusiva esta relación. Se menciona esto para destacar lo planteado por Virno (2003), en cuanto a que en Europa, antes de la formación de los Estado-nación, los ciudadanos de las repúblicas comunales exigían el "derecho a la resistencia" o "derecho a la defensa". Este consistía en: "hacer valer la prerrogativa de un individuo o de una comunidad local o de una corporación, contra el poder central, salvaguardando formas de vida *ya* instaladas", implicando entonces una especie de "violencia conservadora", en "el derecho a defender cualquier cosa que esté y sea digna de perdurar" (Virno, 2003: 13). Aunque no implicaba la búsqueda del poder central como tampoco la constitución de un nuevo Estado en tanto monopolio de la decisión política, "sino de defender las experiencias plurales, las formas de democracia no representativas, *usos y costumbres no estatales*"[9] (Virno, 2003: 13).

Finalmente, y a un nivel micro de las prácticas sociales, el derecho funciona interviniendo las relaciones íntimas a través de un espacio en parte independiente de las prácticas cotidianas, un espacio que tiene su propio esquema de relaciones y, por lo tanto, también de límites para las transacciones apropiadas, como plantea Zelizer (2009: 152): "este espacio jurídico y el espacio de las prácticas necesariamente interactúan". Zelizer cita una serie de litigios sostenidos en Estados Unidos durante todo el siglo XX e inicios del XXI, para respaldar su hipótesis en torno a la influencia de las relaciones íntimas sobre las transacciones económicas y/o monetarias. Sin embargo, queda en claro que al ser llevados dichos entreveros a juicio estamos en presencia de una nueva forma de intromisión y cooptación de la intimidad, a través de su regulación normativa, mediante una racionalidad jurídica universalista que pretende establecer la noción de lo justo y que como ella misma, se ajusta de manera bastante atenta a las nociones de justicia económica de los intercambios ya sea de bienes o de dinero.

[9] Las cursivas me pertenecen.

Zelizer (2009: 176) señala que las cortes "hacen un trabajo paralelo a las prácticas ordinarias cuando *cuidan*[10] los límites entre las formas de intimidad apropiadas e inapropiadas", agregando que "su trabajo relacional interactúa con el de la vida social cotidiana". Pero es precisamente esta noción de "cuidar" la que parece poco adecuada a la función efectiva de violencia tanto física como simbólica que efectivamente ejerce el derecho sobre la vida social. Dicha noción de "cuidar" cae más bien en una mirada bastante ingenua y simplista de la interacción entre el "mundo de la vida" y los dispositivos institucionales –como la ley– que terminan ejerciendo un control sobre las formas de vida, diagnosticando las apropiadas y las impropias. En cambio, las relaciones sociales fundadas en la intimidad se caracterizan por la cooperación y la reciprocidad como base de su establecimiento, además de poseer la intimidad un carácter institucionalmente indefinible (Catelli, 2007).

[10] Las cursivas me pertenecen.

Referencias bibliográficas

Adorno, Theodor. (2020). *Rasgos del nuevo radicalismo de derecha*, Barcelona, Taurus.

Agamben, Giorgio. (2003). *Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida*, Valencia, Pre-Textos.

Arendt, Hannah. (2008). *La promesa de la política*, Barcelona, Paidós.

Arendt, Hannah. (2009). *La condición humana*, Buenos Aires, Paidós.

Benjamin, Walter. (1982). *Para una crítica de la violencia*, México, Premiá.

Catelli, Nora. (2007). *En la era de la intimidad*, Buenos Aires, Beatriz Viterbo Editora.

Deleuze, Gilles. (2005). *Derrames. Entre el capitalismo y la esquizofrenia*, Buenos Aires, Cactus.

Eagleton, Terry. (2006). *La estética como ideología*, Madrid, Trotta.

Foucault, Michel. (2006). *Seguridad, territorio, población*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.

Foucault, Michel. (2009). *La hermenéutica del sujeto*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.

Habermas, Jürgen (2008). *Más allá del estado nacional*, Madrid, Trotta.

Han, Byung-Chul. (2012). *La sociedad del cansancio*, Barcelona, Herder.

Laclau, Ernesto y Chantal Mouffe. (2015). *Hegemonía y estrategia eocialista. Hacia una radicalización de la democracia*, Madrid, Siglo XXI.

Negri, Antonio y Michael Hardt. (2000). *Imperio*, Massachusetts, Ediciones Harvard University Press.

Pardo Torío, José Luis. (1998). "Políticas de la intimidad. Ensayo sobre la falta de excepciones", *Logos. Anales Del Seminario De Metafísica,* No. 32, pp. 145-196.

Pardo Torío, José Luis. (2004). *La intimidad*, Valencia, Pre-Textos.

Sibilia, Paula. (2008). *La intimidad como espectáculo*, Fernández Labriola, Rodrigo, (trad.), Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica (Obra original publicada en 2008).

Virno, Paolo. (2003). *Gramática de la multitud*, Buenos Aires, Ediciones Colihue S.R.L.

Zelizer, Viviana. (2009). *La negociación de la intimidad*, Buenos Aires, Fondo De Cultura Económica.

Zizek, Slavoj y Frederic Jameson. (1998). *Estudios culturales. Reflexiones sobre el multiculturalismo*, Buenos Aires, Paidós.

ABORDAJE PSICOANALÍTICO DEL DERECHO: GOCE, DESEOS Y SUEÑOS

Fernando Stalin Bajaña-Tovar[1]

ORCID: 0000-0002-5348-3742

Correo electrónico: fernando.bajana@cce.gob.ec - fbajana95@gmail.com

Resumen

El psicoanálisis freudiano muestra a la psiquis como una construcción dinámica compuesta por el *Ello*¸ el *Yo*, y el *Superyó*, entre los cuales operan dos manifestaciones pulsionales, el *Eros* y el *Thánatos*, que mueven al individuo a la realización o a la represión de sus deseos. En el presente ensayo se adaptará la estructura dinámica de la psiquis propuesta por Freud, para abordar el proceso de construcción del Derecho en la sociedad, iniciando una *Voluntad Popular* como elemento pulsional, que a través del lenguaje madura una *Magistratura* encargada de regular conscientemente los procesos de represión y promoción de las pulsiones, así como de empujar la evolución de la sociedad de una stadio de goce material a uno de deseo jurídico (respuesta a la castración). En todos estos procesos la *Magistratura* se apoyará en la *Constitución* como factor normalizante y criterio de corrección superior, tal como lo hace el *Yo* con el *Superyó*.

Asimismo, se examinará la relación entre lo onírico y lo jurídico; observando como las normas al igual que los sueños son mecanismos por intermedio de los cuales, la sociedad intenta dar cumplimiento a sus deseos, sin perjuicio de que estos tengan o no una real manifestación fenomenológica. Finalmente, en el campo de los sueños, a partir de los postulados de Jung, se compararán las nociones de los arquetipos de *Sombra*, *Anima* y *Animus* con el carácter prohibitivo, permisivo y mandatorio de las normas.

Palabras claves: psicoanálisis del derecho, deseos, análisis de los sueños, arquetipos, carácter de normas.

[1] Abogado por la Universidad Católica Santiago de Guayaquil. Asesor del despacho de la jueza Teresa Nuques en la Corte Constitucional del Ecuador. Miembro fundador de la Fundación Arkhé: Guayaquil, Guayas, EC (encargado del sector de Derechos y Ciencias Sociales).

ABORDAGEM PSICANALÍTICA DA LEI: PRAZER, DESEJOS E SONHOS

Resumo

A psicanálise freudiana mostra o psiquismo como uma construção dinâmica composta pelo *Id*, o *Ego* e o *Superego,* entre os quais operam duas manifestações pulsionais, o *Eros* e o *Thanatos,* que movem o indivíduo à realização ou repressão do seu. desejos. Neste ensaio, a estrutura dinâmica do psiquismo proposta por Freud será adaptada para abordar o processo de construção do Direito na sociedade, dando início a uma *Vontade Popular* como elemento pulsional, que por meio da linguagem amadurece uma *Magistratura* encarregada de regular conscientemente os processos de. repressão e promoção de pulsões, bem como de empurrar a evolução da sociedade de um estágio de gozo material para um de desejo legal (resposta à castração). Em todos esses processos, a *Magistratura* contará com a *Constituição* como fator normalizador e critério de correção superior, da mesma forma que o *Ego* faz com o *Superego*.

Da mesma forma, a relação entre o onírico e o legal será examinada; observar como normas como os sonhos são mecanismos pelos quais a sociedade tenta realizar seus desejos, sem prejuízo de terem ou não uma manifestação fenomenológica real. Finalmente, no campo dos sonhos, com base nos postulados de Jung, as noções dos arquétipos da *Sombra*, da *Anima* e do *Animus* serão comparadas com o caráter proibitivo, permissivo e obrigatório das normas.

Palavras-chave: psicanálise do direito, desejos, análise dos sonhos, arquétipos, caráter das normas.

PSYCHOANALYTIC APPROACH TO LAW: JOUISSANCE, DESIRES AND DREAMS

Abstract

Freudian psychoanalysis shows the psyche as a dynamic construction composed of the *Id*, the *Ego*, and the *Superego*, between which two drive manifestations operate, the *Eros* and

the *Thanatos*, that move the individual to the realization or repression of his or her own. wishes. In this essay, the dynamic structure of the psyche proposed by Freud will be adapted to address the process of construction of Law in society, initiating a *Popular Will* as an instinctual element, which through language matures a *Magistracy* in charge of consciously regulating the processes of repression and promotion of drives, as well as of pushing the evolution of society from a stage of material enjoyment to one of legal desire (response to castration). In all these processes, the *Magistracy* will rely on the *Constitution* as a normalizing factor and criterion for superior correction, just as the *Ego* does with the *Superego*.

Likewise, the relationship between the dreamlike and the legal will be examined; observing how norms like dreams are mechanisms through which society tries to fulfill its wishes, without prejudice to whether or not they have a real phenomenological manifestation. Finally, in the field of dreams, based on Jung's postulates, the notions of the *Shadow*, *Anima* and *Animus* archetypes will be compared with the prohibitive, permissive and mandatory nature of the norms.

Keywords: psychoanalysis of law, wishes, dream analysis, archetypes, nature of norms.

1. El dinamismo psíquico como parangón del dinamismo jurídico

1.1. Freud y la psiquis

Freud (2004) aborda la psiquis desde un enfoque dinámico en el cual las diversas estructuras que operan en la mente humana no pueden ser descritas de forma separada, sino que reproducen entre sí relaciones de origen, conexión e interdependencia. Estas estructuras estarán manifestadas a través del binarismo de lo consciente y de lo inconsciente, y se clasificarán según el grado en participen de una u otra dimensión en *Ello, Yo,* y *Superyó.*

El *Ello* representa el inconsciente humano, aquello que se encuentra gobernado por un principio de placer, y que viene impregnado por una demanda de goce. Por su parte, el

Yo es aquella superficie del *Ello* que se diferenció producto del lenguaje, sistema que le permitió conocer el exterior y contrastar las limitaciones de la realidad con las exigencias del placer del *Ello*. El *Yo* sería aquello que solemos denominar razón. Al respecto, Freud (2004: 18) sostendría:

> Fácilmente se ve que el yo es una parte del ello modificada por la influencia del mundo exterior, transmitido por el P.-Cc., o sea, en cierto modo, una continuación de la diferenciación de las superficies. El yo se esfuerza en transmitir a su vez al ello dicha influencia del mundo exterior, y aspira a sustituir el principio del placer, que reina sin restricciones en el ello, por el principio de la realidad. La percepción es para el yo lo que para el ello el instinto. El yo representa lo que pudiéramos llamar la razón o la reflexión, opuestamente al ello, que contiene las pasiones.

En esta lucha del *Yo* por imponer la realidad al *Ello*, particularmente en lo que atañe a la imposibilidad de la omnipotencia humana y a la necesidad de transitar de las demandas del goce a las expresiones del deseo (es decir, de pasar de buscar la satisfacción del placer a través de un vínculo irrompible con un objeto material, a buscar el placer en aquello que no tenemos y no siempre podremos tener —respuesta a la castración—), el *Yo* demandará el auxilio de una imagen ideal de *sí mismo*, el *Superyó*, a saber, una estructura normalizadora que pueda allanar los conflictos no resueltos del *Ello*, la cual generalmente encontrará sostén en la religión, la moral, las costumbres y otros discursos disciplinarios (Moreno Chía, 2017).

Es importante, además, agregar que en esta estructura psíquica van a convivir una duplicidad de instintos: uno constructivo, el *Eros*, y otro reactivo, el *Thánatos*; o más precisamente, dos manifestaciones distintas de una misma energía psíquica. El *Eros* estará direccionado a buscar el amor y la concreción de los deseos y, por tanto, se manifestará hacia afuera, con el objetivo de encontrar lo que se está deseando. Mientras tanto, el *Thánatos* actuará como una fuerza sosegadora que propugnará esquivar el deseo y buscar el reposo o el descanso, en ocasiones reprimiendo la libido. El *Yo*, ante estas dos manifestaciones instintivas, ocupará un papel similar al de un "economista", procurando balancear o compensar de manera eficiente ambos impulsos, a fin de que ninguno termine por "matar" al otro (Pujante, 2011).

1.2. La psiquis como modelo jurídico

Ahora bien, una vez sentada de manera resumida lo que podemos comprender como el dinamismo psíquico, esta misma construcción nos puede servir para entender al Derecho y sus procesos de configuración. Así, los puestos que ocupaban en la psiquis el *Ello*, el *Yo* y el *Superyó*, serán ocupados en el Derecho por la *Voluntad popular*, la *Magistratura* y la *Constitución*[2].

Para empezar, ese *Ello* inconsciente que se conformaba por las pulsiones y los deseos del ser humano, puede compararse con la *Voluntad popular*, un reservorio de las demandas no satisfechas del pueblo, sus deseos, aspiraciones, necesidades y exigencias, sean estos materiales o inmateriales. Estas pulsiones de la *Voluntad popular* no necesariamente van calificarse como buenas o malas, o deseables o indeseables, son simplemente pulsiones sociales que pueden ir desde la necesidad de satisfacción sexual o de alimentación, hasta la demanda de dormir bajo un techo y de recibir educación.

Pero a diferencia de lo que pasaba con el *Ello*, la especialización racional y el consecuente nacimiento del *Yo*, no surgirá en el Derecho como resultado de la comunicación entre la psiquis y el exterior. En el Derecho aquella parte de la *Voluntad popular* que se racionaliza y se convierte en la *Magistratura*, no es la consecuencia de un proceso de audición para afuera, sino que es el producto un proceso de audición hacia el interior; siendo el fruto de la comunicación que cada individuo dentro de la masa social tendrá con su *otro*. De este modo, surge la *Magistratura* como una especie de convención mínima entre las demandas de las distintas micro voluntades que configuran a la *Voluntad popular*.

Por citar un ejemplo, en las sociedades modernas los individuos han acordado que no es propicio satisfacer sus pulsiones sexuales violentando a otros, o satisfacer las

[2] Esta tipología es de creación del autor y no tiene otro contenido semántico que el expuesto en el artículo. No deberá otorgársele el significado que comúnmente reciben en el Derecho, en la Sociología y/o en las Ciencias Políticas.

necesidades alimenticias arrebatando por la fuerza el alimento de los más débiles. Este conjunto de reglas mínimas surgidas del diálogo (manifestación del lenguaje) entre las diferentes voluntades individuales que configuran la *Voluntad popular*, es lo que dará origen y contenido a la *Magistratura.*

Pero tal como sucedía con el *Yo* y el *Ello*, el nacimiento de la *Magistratura* no significa la desaparición de la *Voluntad Popular*, la misma seguirá ahí, con todas sus pulsiones y demandas, incluyendo las violentas y primitivas, y será la *Magistratura* la que deberá velar por reprimir aquellas pulsiones que el lenguaje ha determinado como dañinas para el equilibrio social.

Esto nos permite analizar que, en la sociedad, el *Eros* y el *Thánatos* se manifestarán de dos formas, tanto como pulsión social, como instrumento de la *Magistratura*. En efecto, el *Eros* como pulsión social será aquella energía activa que lleve a la sociedad a exigir la satisfacción de sus necesidades, lo cual puede estar de acorde con lo que la *Magistratura* considera racional, como sucede con los casos del ejercicio de la protesta, la organización civil, entre otros; pero también puede manifestarse de una forma que la *Magistratura* considere que es necesario frenar o desincentivar, como pasa con los motines, los saqueos, los disturbios, etc. Por otro lado, el *Thánatos* social será aquella fuerza disuasiva que en ocasiones hará que el pueblo renuncie a la búsqueda del deseo, por razones varias, como una gran depresión provocada por la pérdida de una guerra o una crisis económica, o alguna forma de anomia social, en el sentido expresado por Durkheim (López Fernández, 2009).

A contrario sensu, el *Eros* y el *Thánatos* como instrumentos de la *Magistratura* servirán para incentivar el deseo cuando éste haya disminuido en la sociedad o para fomentar el deseo de conductas que se consideran buenas, y para aplacar el deseo cuando éste corra el riesgo de desbordarse. Entonces, hablaremos de un *Eros jurídico*, en el primer caso, y un *Thánatos jurídico*, en el segundo. En este sentido, el *Eros jurídico* se exhibe como permisión normativa, amparando todo aquello que la *Magistratura* determina como

deseable. En tanto, el *Thánatos jurídico* se manifestará como prohibición normativa, como inhibición de todo aquello que la sociedad ha calificado como reprochable.

Sobre esto, de la misma forma que el *Yo* le mostraba al *Ello* la necesidad de transitar de una demanda de goce a una demanda de deseo, el deber de la *Magistratura* será el de impulsar y mantener la transformación de una sociedad protoeconómica o material a una sociedad jurídica o inmaterial. En efecto, la *Magistratura* buscará que la *Voluntad popular* comprenda que los bienes que sirven para satisfacer sus necesidades son escasos y limitados, y que por tanto no hay una capacidad omnipotencial para que todos gocen de dichos bienes. De ahí, que convertirá dichos bienes corpóreos (alimentos, sexo, vestimenta, etc.) en bienes incorpóreos: los derechos.

Entonces, dado que es imposible satisfacer materialmente a todos los individuos de la sociedad, la *Magistratura* no se va a encargar de asegurar el goce directo de los bienes materiales (acceso a cosas), sino de la posibilidad de desearlos sin que exista reproche (derechos). Por esta razón es que el hecho de que una norma reconozca el derecho a la vivienda de todas las personas, no tiene necesariamente alguna implicación fenomenológica. Es decir, el hecho de que la *Magistratura* inscriba en sus libros como derecho que todos los hombres duerman en una vivienda, no hará que espontáneamente aparezca un techo sobre la cabeza de cada persona en la sociedad, únicamente hará que dicho deseo sea legítimo, y que en caso de materializarse no sea reprimido. En consecuencia, sin perjuicio de lo extendido que se encuentra la idea contraria, es posible afirmar que el Derecho no materializa el *goce* de las personas (bienes y servicios), sino que garantiza la legitimidad del *deseo* (derechos).

Con esto, podríamos concebir que la calidad de sujeto de derechos nace como consecuencia de la *castración*, que en esta ocasión a diferencia de lo que sucede en la esfera psíquica, no se origina por el destete del individuo, sino por la consciencia de la escasez de los bienes disponibles. De ahí que el carácter de sujeto de derechos, siempre tendrá como condición *sine qua non* la consciencia de la escasez y de la falta de omnipotencia para satisfacer las necesidades propias. Es más, resulta lógico comprender

que sólo aquel individuo que se autopercibe como limitado y con necesidades, que advierte que no goza del todo y que probablemente nunca lo hará (*falta*), sea aquel que tenga capacidad de deseo y, por tanto, el que demande que sus deseos se revistan de legitimidad, que se califiquen como derechos. La hipótesis de un sujeto omnipotente y con acceso infinito a bienes y servicios parecería ser contraria a la idea de sujeto de derechos, toda vez que nunca desearía algo que ya no tenga o que no pueda alcanzar por sí mismo, a él no le faltaría nada y estaría en goce de todo, y por tanto nunca requerirá de la asistencia de las instituciones del Derecho (Aranda Boyzo *et al*, 1999).

En consideración de esto, la condición de sujeto de derechos (el que *desea*), se suscita a partir de un proceso de tres fases: (i) la consciencia de no ser un individuo autosuficiente; (ii) el reconocimiento de que la carencia de autosuficiencia hace que sus necesidades deban ser satisfechas con objetos externos; y (iii) que esos objetos son escasos y que no siempre tendrá un acceso directo a los mismos.

Esto permite explicar de mejor manera el papel que juega la *Magistratura* en el ejercicio instrumental de *Eros* y *Thánatos*. En esta línea, frente al caso hipotético de que cierto sector de la *Voluntad popular* tiene un desbalance entre su *Eros* y *Thánatos*, de tal forma que la pulsión de satisfacción que empuja el *Eros* hace que dicho sector quiera regresar a la etapa de *goce* material y alejarse de la de *deseo* jurídico, esto es, quiera acaparar todos los bienes materiales de la sociedad, negándose a ser *castrados* de ellos. En este momento, la *Magistratura* funciona reprimiendo esta suerte de regresión social aplicando sus normas prohibitivas, pero a diferencia de lo que pasaba entre el *Ello* y el *Yo*, entre la *Magistratura* y la *Voluntad Popular* la represión no será únicamente psíquica; en este caso, la represión podrá ser material, en la forma de multas, amonestaciones, cárcel, etc.

No obstante, como antes se dijo, la *Voluntad popular*, por más que exista una *Magistratura*, seguirá siendo pulsional, y en ocasiones llegará hasta el punto de doblegar a la misma *Magistratura*, sometiéndola e imponiéndole sus deseos primitivos, que pueden ir desde la privación o desconocimiento del deseo (derechos) de cierto grupo de personas

(como de las minorías sexuales, etarias y étnicas) con el objetivo de acaparar los recursos deseados por dichos grupos, hasta la exigencia de que dichos grupos sean eliminados (como se vio con el nazismo, donde la medidas de exterminio y esclavitud al pueblo judío tenían un revestimiento legal, siendo esto un ejemplo histórico del desborde desenfrenado de la *Voluntad popular* que doblegó a la *Magistratura*) (Peña Freire, 2016).

Es por esto que la eficacia de la represión de la *Magistratura* de aquellas pulsiones primitivas dependerá de la ayuda que tenga de la *Constitución*, el *Superyó* del Derecho. La *Constitución* será aquel ideal y criterio de corrección que tenga la *Magistratura* para poder someter los desbordes de la *Voluntad popular*. Claro está que, en este caso, por *Constitución* no se entiende una Ley fundamental (como tradicionalmente se concibe en el Derecho), sino todo aquel conjunto de normas y valores que preceden a la *Magistratura* y que pueden tener inclusive una fuente exterior a la sociedad (como los tratados internacionales de Derechos Humanos), o una fuente extra sistémica (como la religión, las costumbres y la economía). Es más cercana esta idea de *Constitución* a la noción del bloque de constitucionalidad y de cultura jurídica.

2. Lo onírico como fundamento de lo jurídico

2.1. Las normas como sueños

Para Freud los sueños eran la *vía regia* hacia el inconsciente y en ellos las personas intentaban satisfacer sus deseos. Los deseos que se procuran satisfacer con los sueños pueden ser muy variados y no necesariamente agradables o socialmente bien vistos. De hecho, puede que una persona sueñe con ser castigada, y esto tendría su explicación en que los deseos pueden ser pulsiones masoquistas, donde el placer de alguien esté relacionado con el propio dolor (Méndez & Iceta, 2012).

Una variación de los sueños son las pesadillas, que serían más bien un mecanismo de alarma, una manifestación de la vorágine del inconsciente que despierta al soñante en

medio de la noche, y una vez activada la alarma, en la forma de la angustia, lleva al sujeto consciente a tomar las medidas para hacer frente a las pulsiones del *Ello.*

Para Freud, los sueños son como una obra de teatro, donde hay un contenido manifiesto, que son las imágenes y escenas que reproduce el soñante, y un contenido latente, aquellos deseos que se esconden y que motivan al sueño. Mientras que el primero, es la puesta en escena de la obra, el segundo es lo que sucede tras bambalinas.

Esta arquitectura que Freud observa en los sueños puede ser empleada para analizar tres esferas del Derecho, la primera a partir de la tríada: *deseo-masoquismo-pesadilla*; y las otras dos, a través del complejo *contenido manifiesto-contenido latente*.

Para empezar, diremos que los actos normativos que emiten los órganos legislativos, como los senados, los congresos y las asambleas, al igual que los sueños, persiguen el cumplimiento de los deseos de la sociedad o de ciertos grupos de personas. Es decir, siempre nos muestran, o representan, de alguna forma, las pulsiones que subyacen en la *Voluntad Popular*.

Con esto, podríamos decir que una ley por medio de la cual se apruebe la universalización de una dotación de desayuno para todos los estudiantes en edad escolar, responde al deseo de la sociedad, o de un sector de ésta, de satisfacer esta demanda. Esta forma de cumplimiento de deseo corresponde a la idea básica de sueño, un deseo que se busca realizar o complacer mediante una producción simbólica. En el caso de los sueños, dicha producción simbólica se hace con las imágenes, sonidos y sensaciones que se proyectan en el escenario onírico, mientras que, en el caso de los actos normativos, los símbolos serán las letras proyectadas en un texto. Nuevamente, es importante hacer énfasis en que tanto los sueños como los actos normativos satisfarán el deseo únicamente de forma simbólica, esto en cuanto que, el hecho que haya un texto cuyas letras (símbolos) digan: *"Todos los estudiantes en edad escolar deberán recibir una dotación de desayuno"*, no es condición suficiente para que esta satisfacción se manifieste de forma material. De hecho, son muchos los actos normativos que nunca se llegarán a materializar.

Pero los sueños y las leyes pueden ser *masoquistas*, en el sentido de que no persiguen la satisfacción de las necesidades de la sociedad, sino que más bien dan paso a su sufrimiento, por ejemplo, una ley que provoque la regresión de los derechos laborales o de las pensiones jubilares. Esto que comúnmente podría ser motivo de rechazo, angustia e incomodidad en la sociedad, puede ser recibido con beneplácito, al considerar que tal regresión normativa le genere a la sociedad una satisfacción en otro aspecto, como con la atracción de inversión extranjera de cierto país del que se tenga una imagen *paterna*, como sucede en las relaciones de colonialismo y neocolonialismo. Esto podría interpretarse como una demanda no satisfecha de aceptación de una figura paterna, inclusive si dicha figura está vinculada con un historial de abuso hacia el soñante (Rodríguez, Carrasco & Holgado-Tello, 2016).

Finalmente, la noción de *pesadilla* aparece en aquellos actos normativos que cuentan con un gran apoyo de la *Voluntad popular*, pero que una sociedad civilizada no puede darle paso bajo ninguna circunstancia. Paradigmas de estas situaciones observamos en los referéndums donde las mayorías pretenden privar de su capacidad jurídica o de sus derechos a cierto grupo minoritario de personas, que por su densidad demográfica no podrían hacer oposición a un acto refrendario. Ante estas circunstancias la *Magistratura*, como entidad consciente del entramado social, se vería afectada por una angustia (protestas de los grupos minoritarios, quejas de organismos internacionales, acciones judiciales, etc.) que le advertirían la necesidad de reprimir dicho desbordamiento de pulsiones de la *Voluntad popular*, activando medidas extraordinarias, como el control *a priori* del cuestionario del *referéndum*[3], o el poder de veto.

Por otro lado, en lo que refiere al complejo *contenido manifiesto-contenido latente* de los sueños, dicha fórmula permite abordar dos facetas que se presentan en el Derecho, una procedimental y otra hermenéutica. En este sentido, en lo que corresponde a la faceta procedimental o de configuración normativa, la diferencia entre lo manifiesto y lo latente,

[3] Por ejemplo, en el Ecuador el artículo 438 de la Constitución faculta que la Corte Constitucional pueda realizar un control previo de constitucionalidad de las consultas populares.

nos ayudaría a distinguir entre lo formal y observable del proceso de creación de una norma, donde ubicaríamos la iniciativa normativa, la redacción, los debates y todo aquello que se realiza de forma pública y que puede ser sujeto al escrutinio del público y lo latente, esto es, los intereses generales y particulares que han inspirado la adopción de dicha norma, sea que estos intereses procuren un beneficio social (es decir la satisfacción de un deseo común), o meramente un beneficio egoísta (que solamente lucre o beneficie a cierto sector).

En último lugar, el complejo *contenido manifiesto-contenido latente* funciona como herramienta hermenéutica de la norma, donde lo manifiesto es equiparable al texto jurídico o a su *tenor literal*, mientras que lo latente sería aquello que comúnmente se identifica como *espíritu de la norma* o su *finalidad*, esto es, la intención que el autor quiso propiciar a la norma (interpretación genética) o los fines que originalmente se buscaban perseguir (interpretación teleológica) (Anchondo Paredes, 2012).

2.2. Jung y la norma

Jung, a diferencia de Freud, no considera que los sueños se construyan exclusivamente con base en el inconsciente individual o que se centren en el intento de realización de deseos. Para Jung, en los sueños se manifiestan *arquetipos*, esto es, imágenes o símbolos que la humanidad ha compartido durante el transcurso de su historia (Robertson, 2002; Nante, 2010). Tal como el hombre moderno conserva en su dimensión fisiológica testimonios de una etapa biológica arcaica, la mente humana conservaría un patrimonio psíquico común, compuesto por una serie de símbolos e imágenes innatos que se han ido heredando entre generaciones.

Estos arquetipos se manifestarían en los sueños de las personas, inclusive entre aquellas que no tienen ninguna conexión cultural o familiar, siendo la supuesta evidencia de la existencia de un inconsciente colectivo. Entre las estructuras y los arquetipos que se muestran en los sueños, se encuentran los de la *persona*, el *alma*, la *sombra*¸ el *sí mismo*, la *Gran Madre*, el *Héroe*, el *Viejo Sabio*, entre otros (Quirós Bonilla, 2006). Sobre este

patrimonio psíquico común, que Jung denominó inconsciente colectivo, Heras (2008: 12) ha sostenido:

> El inconsciente colectivo está constituido cual se tratara de lechos secos de antiguos ríos (las estructuras arquetípicas) que, de vez en vez, reciben agua (los arquetipos) y, entonces, se manifiesta. Estas estructuras son el resultado de los momentos emocionales esenciales y fundamentales de la humanidad.

Retomando los arquetipos, en estos la figura de la *Sombra* es una extensión y adaptación del mecanismo de la proyección estudiado por Freud. En la imagen de la *Sombra,* el sujeto deposita todas aquellas emociones, pensamientos y pulsiones que le resultan repulsivas o vergonzosas pero que le pertenecen a él mismo, en este caso, que le pertenecen a la humanidad. Mediante la proyección en la *Sombra,* el sujeto logra disociar su propio contenido e historia, se apropia de la parte que es socialmente deseable o que desea exteriorizar en la figura de su *Persona (máscara)* y reprime todo aquello que lo angustia en el arquetipo de la *Sombra*. De esta forma, procura convencerse de que la *Sombra* ya no es él, y que la vida de ésta es ajena a su control y consciencia. Pero puede pasar que la represión de emociones, sentimientos, ideas y pulsiones alcance niveles que hagan imposible que el *Dr. Jekyll* psíquico, la *Persona*, pueda tener a raya al *Mr. Hyde* que habita en la mente, la *Sombra* (Hertogue, 1992). Sobre la *Sombra*, Jung (2011: 22) señaló:

> El encuentro con uno mismo, al principio, es el encuentro con la propia sombra. La sombra es un pasaje, una puerta estrecha y no hay forma de bajar al pozo profundo sin sufrir el dolor del angostamiento que implica cruzarla. Pero hay que aprender a conocerse a uno mismo para saber quién se es. Porque, por sorpresa, lo que se encuentra detrás de la puerta es una vasta extensión de incertidumbres sin precedentes, sin derecho ni revés, sin parte superior ni inferior, sin ubicación ni pertenencia, ni bien ni mal.

Por otra parte, la figura del *Alma* juega un papel importante en la comprensión de los arquetipos. El alma se presenta siempre sexualizada, ya sea como una mujer, *Anima,* o, como un hombre, *Animus.* El *Anima* y el *Animus* tendrán las características paradigmáticas (estereotipos) que históricamente se le han asignado a las mujeres y a los hombres, los

cuales no se corresponderán necesariamente con los hombres y mujeres de la realidad, pero afectarán nuestra percepción de éstos (Huertas Torres, 2012; Guil Bozal, 1999).

La figura del *Anima* está relacionada con lo femenino que es latente en el sujeto masculino, y el *Animus* con lo masculino latente en el sujeto femenino; de ahí que *Anima* y *Animus*, más que figuras sexualizadas, podrían interpretarse como figuras contrasexuales, es decir, arquetipos que muestran lo femenino del hombre y lo masculino de la mujer.

Respecto a las características y contenidos de estos arquetipos, existe mucho debate, puesto que se acusa a Jung de haber sucumbido ante los estereotipos de su época, en la medida en que definió la faceta positiva del *Animus* como aquello que presta a la conciencia femenina la reflexión, la deliberación y el conocimiento, y al *Anima* como aquello que para el hombre es "el consuelo de todas las amarguras de la vida" y, al mismo tiempo, "la gran ilusionista, la seductora que lo arroja a la vida" (Jung, 2011). Observándose que mientras que a lo positivo del *Animus* se le da un sentido reflexivo y cognitivo, a lo positivo del *Anima* se le otorga un sentido emotivo y creativo (Jung, 2011).

Por otro lado, en el campo de los sueños, Jung postularía que pueden existir sueños compensatorios y no compensatorios, y dentro de estos últimos admitiría la posibilidad de sueños premonitorios. Respecto a este último tipo de sueños, si se parte de la idea de que existe un inconsciente colectivo, el mismo sería atemporal, puesto que existe fuera de las dimensiones y de las leyes de la física, siendo completamente posible que se sueñe (atemporalmente) en algo que sucederá o que tenga algún tipo de relación con un evento futuro (temporalmente) (Mattoon, 1980).

Por su parte, los sueños compensatorios tendrían como finalidad equilibrar las distintas fuerzas que coexisten dentro de la psiquis humana, haciéndole ver a la parte consciente del individuo aquello que está dejando de lado, o aquello que está siendo excesivamente omitido o reprimido. Un claro ejemplo de sueños compensatorios puede identificarse en el sueño del *joven jinete* que estudió Jung, donde un joven soñaba que cabalga junto a un grupo de jinetes, tomaba la delantera y saltaba una zanja que ninguno de

los otros jinetes podía superar. En su parte consciente, este joven se auto consideraba como un ser introvertido y débil, y de ahí que para Jung el sueño que había tenido, de alguna forma, le ayudaría a compensar su estado psíquico mostrándolo como un ser extrovertido (que rebasa en la carrera a otros) y triunfador (que supera el obstáculo que otros no pueden superar) (Melana, 2020).

2.3. El carácter de la norma y los arquetipos del sueño

Ahora bien, si adaptamos al estudio de las normas algunos de los arquetipos postulados por Jung, a saber, la *Sombra,* el *Animus* y el *Anima*, puede llegarse a identificar cierta compatibilidad con el carácter *prohibitivo, mandatorio* y *permisivo* de éstas (Kelsen, 2018). Si se empieza por la *Sombra,* la cual habíamos sostenido que era aquel conjunto de emociones, ideas y pulsiones que reprimimos y proyectamos en una imagen como un ente distinto a nosotros (proyección), podemos reconocer que este mismo fundamento subyace en las normas prohibitivas, aquellas que niegan la posibilidad de ejecución de cierto acto, conducta o estado en la sociedad.

Las normas prohibitivas también realizan un ejercicio de represión-proyección; niegan la factibilidad de consentir ciertas conductas (reprimir) que consideran dañinas o indeseables para el constructo social, y las proyectan hacia la *Sombra* de lo *Prohibido*, en la imagen del *Infractor.*

En el Derecho Penal se percata una preeminencia de la *Sombra*, aquí este arquetipo toma el nombre de *Delito* y viene aparejado de la imagen del *Delincuente*. Los *Delitos* son todos aquellos actos que avergüenzan a la sociedad, los robos, los asesinatos, las violaciones. Es aquí cuando la sociedad, como mecanismo de defensa, decide reprimirlos, ubicarlo como algo que no está dispuesta a hacer ni consentir, o aceptar que son parte de ella. Así, se pretende que el *Delincuente* sea visto como algo ajeno a la sociedad, algo que está fuera de ella, un antisocial. Pero al igual que la *Sombra,* el *Delito* y su represión se queda mayoritariamente en lo onírico, es decir, en lo no material. La sociedad sigue conteniendo esas conductas que la avergüenzan, el que las marque como

Delitos no las hace desaparecer, y siguen siendo parte de sí. Tampoco las causas que provocan tales conductas desaparecen (inequidad económica, de género, etc.), solamente son encasilladas en el lado de lo *Prohibido*, y se reprimen parcialmente cuando se exteriorizan.

Claro está que cuando se reprimen conductas de manera excesiva, ya sea porque el Derecho Penal no es mínimo y califica como *Delitos* a muchas conductas, o cuando prohíbe conductas que no son malas *per se*, puede existir un desbalance en la sociedad y aparecer manifestaciones violentas de esta *Sombra* reprimida, como una válvula de escape por medio de la cual se libera la presión contenida. Un ejemplo de esto, son las manifestaciones pacíficas por la reivindicación de derechos, que terminan desviándose en actos de violencia contra civiles, con la destrucción de propiedad privada o pública. El origen de esto se encontraría en una represión o punición previa y desmedida de la *Sombra* por parte de la *Magistratura*, o simplemente en su desatención por mucho tiempo, es decir, por la falta de aceptación de que el contenido de la *Sombra* es parte de la sociedad en sí.

Por otra parte, si nos basamos en la definición de *Animus* como aquello que es racional, reflexivo y cognitivo, su noción se adecuaría a la idea de lo que está "tasado" o "medido" en el Derecho, lo cual se relaciona con las normas de orden público, aquellas que mandan y obligan de forma general. Entonces, podemos considerar que en el Derecho Público, y particularmente en el Derecho Administrativo, hay una preponderancia del arquetipo *Animus*. Esta rama del Derecho descansa sobre el principio de legalidad pública, según el cual, la Administración Pública solo debe hacer lo que está expresamente permitido por la Ley. Diremos que el *Animus* en el Derecho equivaldría al arquetipo de lo *Público y Legal*, esto es, con aquello que ya se encuentra establecido como lo racional o lo debido. Nuevamente, la existencia de una norma con carácter mandatorio en determinado sentido, no implica que efectivamente dicha obligación o mandato se cumpla, siendo plenamente concebible que las normas mandatorias no sean respetadas o cumplidas en la sociedad. De allí que el arquetipo de lo *Público y Legal*, pertenezca más a lo soñado o socialmente deseado, antes que a lo material o socialmente concreto (Islas Montes, 2009).

Finalmente, el *Anima* encontraría su paralelo en el carácter permisivo de la norma, en lo que concierne al Derecho dispositivo, toda vez que se lo concibe como aquello que da paso a lo emotivo y a lo creativo. En este sentido, existe una conexión entre el *Anima* psíquica y el principio de legalidad privado. El principio de legalidad privado o de permisión permite que las personas puedan hacer todo aquello que no está expresamente prohibido por el Derecho, en consecuencia, las personas tendrían la posibilidad de desarrollar todo su potencial creativo en el ámbito de lo no prohibido (Ku Yanasupo, 2020).

2.4. La premonición y el fin compensatorio de la norma

Como señalamos anteriormente, para Jung, el inconsciente social existe prescindiendo de las leyes y dimensiones de la física, y por tanto es plenamente concebible que se sueñe —atemporalmente— en determinado evento, que en el mundo real tenga una materialización posterior. Esto había sido denominado como sueños premonitorios. En esa línea, podemos afirmar que la expedición de una norma tiene por lo general un carácter premonitorio, debido a la forma en la que se construye y los efectos que tiene en el tiempo.

Las normas se construyen con base al conjunto de deseos, ideas, necesidad y expectativas que existen en la sociedad sobre un determinado asunto. Este conjunto siempre existe de forma previa a la expedición de la norma, dibujándose una suerte de relación causa-efecto, o insumo-obra, entre aquel y la norma producida. Efectivamente, siempre se necesitará que las motivaciones para la creación o la reforma de una norma preexistan a su nacimiento (creación) o renacimiento (reforma), siendo descabellado pensar una norma que nazca para satisfacer o responder a un deseo, idea, demanda o necesidad que aún no existe o que no está manifiesta.

Con esto, el que las normas sobre el comercio digital no hayan aparecido en el siglo XVIII junto a las normas decimonónicas del libre comercio, es razonable, puesto que, si bien en esa época se demandaba la necesidad de ejecutar actos de comercio sin restricciones estatales y sin sujeción a cuotas o privilegios aristocráticos, la necesidad que dichos actos se ejecuten a través de instrumentos electrónicos y con potencialidad

telemática, aún no estaba manifiesta. Lo mismo sucede con los sueños, si se sigue la teoría del inconsciente colectivo, cuando un sujeto en la actualidad observa al *Anima* mientras duerme, diremos que lo ha hecho porque el arquetipo del *Anima* ya existía y es una herencia histórica de su linaje humano. La idea del *Anima* precede a su concreción temporal en el sueño de una persona en el mundo actual.

Sin embargo, a diferencia del mundo de los sueños, el mundo real, escenario de las relaciones sociales, sí está sometido a las leyes de la física y a sus dimensiones, lo que incluye el tiempo. De ahí que la función premonitora de la norma no responde al carácter atemporal de sus motivaciones, como sucedía en los sueños estudiados por Jung, donde el inconsciente colectivo no estaba sujeto al tiempo. Al contrario, la potencialidad premonitoria de la norma descansa expresamente sobre la determinada temporalidad del mundo físico.

Para comprender esto, partamos desde la premisa de que las motivaciones de una norma son anteriores a estas, es decir, refiere e identifica deseos, necesidades, demandas y exigencias que ya han tenido su manifestación en el mundo. No obstante, la norma va a regir para lo venidero, y no para el pasado, puesto que resulta imposible transformar el pasado o cambiar lo que *ya fue* (principio de irretroactividad). Esto obliga a que la norma siempre contenga un acto de premonición, o más precisamente, una intención premonitora, en el sentido de confiar en que las ideas y deseos que la motivaron permanezcan o se vuelvan a repetir en el futuro, y que en consecuencia conserve su utilidad normativa. Esto es, que lo que *ya fue* vuelva a repetirse como una demanda, necesidad o motivo, en lo que *será*, a fin de que la norma cumpla su objetivo.

Ahora bien, también se puede hablar de la capacidad premonitoria de las normas en otro sentido, específicamente en lo que atañe a la expectativa de cumplimiento. Ya hemos sostenido que lo que manda, prohíbe o permite una norma no necesariamente tendrá algún efecto material, y se puede quedar simplemente en el ámbito normativo, como un símbolo (texto) expresado en un documento. Sin embargo, la transmutación de lo normativo a lo material siempre se ejecutará en un sentido premonitorio. Toda vez que, si

una norma dice que obliga a los servidores públicos a presentar una declaración patrimonial al final de cada período fiscal, es porque aquello se realizará materialmente en el futuro, no en el pasado, o en el presente (mientras se expide la norma). O si una norma se promulga para prohibir que se comercie con especies silvestres, es porque dicha conducta será penada cuando alguien la ejecute en el futuro, no en el pasado o durante la promulgación de la norma. En consecuencia, diremos que la norma tiene un efecto premonitorio en lo que corresponde a su transmutación de lo normativo a lo material.

Por último, el mismo proceso que detectó Jung en los sueños, que valió para que les otorgase el estatus de mecanismos de compensación, es replicable en las normas. Esto, en la medida en que las normas suelen nacer como respuesta ante una deficiencia o como oposición a un exceso detectado en la sociedad. En esta línea, si en una sociedad no hay carencia de tierra cultivable, es natural que no se necesite de la expedición de una norma de reforma agraria. A contrario sensu, si existe tal carencia, lo lógico es que se exija que se expida una norma en ese sentido. Asimismo, si en una sociedad existe un exceso de salida de divisas que ponen en peligro el mantenimiento del sistema monetario, lo lógico sería que se expida una norma que desincentive la fuga de capitales, a fin de mantener equilibrada la balanza de pagos. En razón de esto, se puede concluir que las normas nunca actúan, o por lo general no actúan, ante situaciones de equilibrio, sino que se expiden frente a escenarios desequilibrados sea porque hay un exceso o una deficiencia en determinado sector o situación. En consideración de aquello es que podemos decir que las normas siempre tienen un fin compensatorio, para allanar lo excesivo o para levantar lo deficiente.

Empero, correspondiendo esta compensación al plano normativo, el cual hemos comparado con el plano onírico, el hecho de que una norma busque el equilibrio en la sociedad no quiere decir que vaya a materializarlo, sea porque la norma nunca se ejecute o sea porque la fuente o los autores del desequilibrio encuentren otras medidas para continuar obteniendo los beneficios que obtiene del exceso (escape de divisas, por ejemplo), o por la deficiencia (escasez de tierra, v. gr.).

3. Conclusión

Como ha quedado expuesto, con el presente trabajo se pretende mostrar una mirada inicial de algunos puntos de encuentro que existiría entre varios conceptos de la teoría psicoanalítica freudiana, post freudiana, y el Derecho. Particularmente, se ha procurado dejar en evidencia cómo la estructura psíquica analizada por Freud compuesta por la interacción del *Ello*, el *Yo* y el *Superyó*, es de basta utilidad para justificar teóricamente la creación del Derecho, como un proceso que nace de la *Voluntad Popular*, y que tiene su institucionalización, a través del lenguaje, en la forma de una *Magistratura* que se soporta sobre una *Constitución.*

Las nociones de goce y deseo también han ocupado un lugar central en el desarrollo de este abordaje psicoanalítico del Derecho, proponiéndose el nacimiento del Derecho como una consecuencia de la castración que la sociedad afronta ante la escasez de bienes para satisfacer sus necesidades, exigencias y demandas. De ahí que los derechos pertenecerían a la esfera del deseo y no del goce, en la medida en que únicamente un sujeto o sociedad que es consciente de su limitación en el acceso a bienes y servicios, y de su falta de omnipotencia y autosuficiencia para cubrir sus necesidades, puede ser capaz de expresar su necesidad y exigir su satisfacción, y en consecuencia desear.

En cuanto al análisis de los sueños, hemos visto cómo puede dibujarse una línea entre la tríada *deseo-masoquismo-pesadilla* con los procesos de configuración normativa. Así, hemos sostenido que existe una relación entre las normas que se crean para responder a una necesidad de la sociedad, y los sueños, en el sentido freudiano clásico, esto es, como intentos de realización de deseos. Mismo vínculo habría entre los sueños *masoquistas* y aquellas normas que se crean en perjuicio de la sociedad, pero que, no obstante, alimentan o responden a la complacencia de algún otro tipo de deseo, como ganar la aceptación de una figura paterna o de dominio. Y entre las *pesadillas*, y los procesos de desborde de la *Voluntad Popular* en contra de las minorías, que deben ser frenados por la *Magistratura.*

Acerca de los sueños, también se hizo notar cómo los conceptos de contenido manifiesto y contenido latente, son viables para emplearse en la revisión adjetiva y hermenéutica de la norma. A saber, en lo que refiere a la dimensión adjetiva, estos conceptos pueden ser aplicados para estudiar la diferencia entre lo público y lo oculto en los procesos de creación de las normas, a fin de distinguir los motivos y consideraciones manifiestas, de aquellas que subyacen en la voluntad del ente con competencia normativa, como los Senados, Congresos, Asambleas, etc. Por otra parte, estas mismas nociones, como herramientas hermenéuticas, nos ayudarían a distinguir entre el *tenor literal* de la norma (lo manifiesto) de lo que fue intención o finalidad original de dicha norma (lo latente).

Finalmente, en cuanto a los aportes de Jung, se examinó cómo su teoría de los arquetipos guardaba consonancia con el carácter de las normas, viendo en las normas prohibitivas una preponderancia de la *Sombra*, es decir, de todo aquello que la sociedad se niega a aceptar como suyo y que por tanto reprime. También se observó en las normas permisivas una principalización del *Anima* como principio de libertad y de creación, y en las normas mandatorias se consideró una presencia marcada del *Animus*, como arquetipo de lo tasado y racionalmente limitado. Por último, los postulados de Jung, sobre los sueños compensatorios y premonitorios, permitieron abordar un nuevo enfoque del principio de irretroactividad (como premonición que se transmuta de lo simbólico a lo material), y a las normas como herramientas para equilibrar los excesos o deficiencias verificadas en una sociedad.

Referencias bibliográficas

Anchondo Paredes, Víctor Emilio. (2012). "Métodos de interpretación jurídica", *Quid Iuris (Chihuahua)*, Vol. 16, pp. 33-58.

Aranda Boyzo, Blanca, Francisco Bautista Ochoa, Irene Aguado Herrera & Laura Palomino Garibay. (1999). "La función paterna en la clínica psicoanalítica", *Revista electrónica de psicología Iztacala*, Vol. 2, No. 1. Recuperado de: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/repi/article/view/22837/21562>. Fecha de consulta: 1 de julio de 2021.

Freud, Sigmund. (2004). *El yo y el ello*, Ardid, Ramón Rey & Luis López-Ballesteros de Torres (trads.), Madrid, Alianza. (Obra original publicada en 1923)

Guil Bozal, Ana. (1999). "El papel de los arquetipos en los actuales estereotipos de la mujer", *Comunicar*, No. 12, pp 95–100.

Heras, Antonio las. (2008). *Manual de psicología junguiana*, Buenos Aires, Editorial Trotta.

Hertogue, Ana María. (1992). "Relevancia de algunos conceptos y arquetipos de C. Jung para la labor profesional de los trabajadores sociales", *Alternativas. Cuadernos de Trabajo Social*, No. 1, pp. 195-199.

Huertas Torres, Octavio. (2012). "Revisión teórica de la Psicología Analítica de Carl Gustav Jung", *Anuario de Psicología/The UB Journal of psychology*, Vol. 42, No. 3, pp. 411-419.

Islas Montes, Roberto. (2009). "Sobre el principio de legalidad", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, No. 15, pp. 97-108.

Jung, Carl Gustav. (2011). *Aion. Contribuciones al simbolismo de sí mismo*, Ramírez, Carlos Martín (trad.), Colección Obras Completas de Carl Gustav Jung, Volumen 9/2, Madrid, Editorial Trotta. (Obra original publicada en 1951)

Kelsen, Hans. (2018). *Teoría general de las normas*, Buenos Aires, Marcial Pons.

Ku Yanasupo, Lily. (2020). "La importancia del concepto de permisión en los sistemas normativos y en el marco de los estados constitucionales", *Ius et veritas*, No. 60, pp. 160-187.

López Fernández, María Del Pilar. (2009). "El concepto de anomia de Durkheim y las aportaciones teóricas posteriores", *Iberóforum. Revista de Ciencias Sociales de la Universidad Iberoamericana*, Vol. 4, No. 8, pp. 130-147.

Mattoon, Mary Ann. (1980). *El análisis junguiano de los sueños*, Buenos Aires, Paidós.

Melana, Hernán. (2020). *Filosofía, Psicología e Historias* [Podcast]. Anchor by Spotify. Recuperado de: <https://anchor.fm/hernu00e1n-melana>. Fecha de consulta: 1 de julio de 2021.

Méndez, José Antonio & Mariano de Iceta. (2002). "La teoría de los sueños. Parte I: una revisión bibliográfica" *Aperturas psicoanalíticas, Revista internacional de psicoanálisis*, No. 12, Recuperado de: <http://www.aperturas.org/articulo.php?articulo=0000217#contenido>. Fecha de consulta: 1 de julio de 2021.

Moreno Chía, Fredy Ricardo. (2017). "Orígenes y destinos del superyó en la obra de Freud: la primera tópica", *Psicoespacios: Revista virtual de la Institución Universitaria de Envigado*, Vol. 11, No. 19, pp. 269-304.

Nante, Bernardo. (2010). *El libro rojo de Jung. Claves para la comprensión de una obra inexplicable*, Buenos Aires, El hilo de Ariadna.

Peña Freire, Antonio. (2016). "¿Fue Auschwitz legal? Legalidad, exterminio y positivismo Jurídico", *Isonomía*, No. 45, pp. 11-46.

Pujante, David. (2011). "El difícil equilibrio entre eros y tánatos en el discurso cultural (arte y literatura) de occidente", *Edmond Cros: Teoría y Práctica Sociocríticas, Aplicaciones sociocríticas y otros estudios*, Vol. 26, pp. 207-243.

Quirós Bonilla, Rebeca. (2006). "La responsabilidad colectiva en 'Las moscas' J. P. Sarte, desde los arquetipos de C. G. Jung", *Reflexiones*, Vol. 85, No. 1-2, pp. 171-177.

Robertson, Robin. (2002). *Introducción a la psicología junguiana*, Barcelona, Ediciones Obelisco.

Rodríguez Ruiz, Maria de las Mercedes, Miguel Ángel Carrasco & Francisco Pablo P. Holgado-Tello. (2016). "Contribución de la aceptación-rechazo materno y paterno al ajuste psicológico de los hijos: Diferencias entre población clínica y general", *Revista de Psicopatología y Psicología Clínica*, Vol. 21, No. 2, pp. 137-146.

1989-2020 – ALGUNOS DE LOS CAMBIOS OCURRIDOS EN EL CAMPO DE ESTUDIO DE LA SOCIOLOGÍA JURÍDICA[1]

Vincenzo Ferrari[2]
ORCID: 0000-0002-4018-5412
Correo electrónico: vincenzo.ferrari@unimi.it

Traducción de Priscila Marquez Arias y Victoria Belen Mourenza[3]

Resumen

Este ensayo, que fue presentado como ponencia en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, ofrece una breve descripción de los más significativos cambios en el marco de la sociología del derecho en las últimas décadas. En primer lugar, se observa cómo el debate epistemológico se haya alejado de la tradicional oposición entre "holismo" y "reduccionismo" para focalizarse sobre la construcción de "distintas epistemologías" socio-jurídicas, como sucedió en los casos del Feminismo y de la oposición "Norte-Sur", entendidos como diferentes visiones de la relación entre derecho y sociedad. En segundo lugar, en el nivel de la teoría de alcance amplio, el autor se concentra sobre los méritos y los límites del neo-funcionalismo, así como sobre el desarrollo de las teorías pluralistas frente a la actual resurrección del nacionalismo estatista y, finalmente, sobre el reciente traslado de atención de la comunidad socio-jurídica "desde la ley hacia los derechos". En tercer lugar, en el nivel de la sociología de "alcance intermedio", el artículo describe los cambios ocasionados en unos campos específicos, como la familia, las profesiones legales,

[1] Con este trabajo, el autor ha contribuido a un programa de conferencias impartidas en 2021 en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati (IISL, por sus siglas en inglés: *Oñati International Institute for the Sociology of Law*) por algunos académicos de edad avanzada, quienes han sido personalmente "testigos" del desarrollo de la sociología del derecho a lo largo de las últimas décadas. Está previsto que aparezca en un volumen colectivo editado por Martin Ramstedt, actual director del Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati. El autor ha querido dedicar estas páginas a la memoria de su amigo cercano Manuel Calvo García, influyente sociólogo del derecho y protagonista de la difusión de los estudios socio-jurídicos en España.

[2] Profesor Emérito, Universidad de Milán.

[3] Colaboración. Miembros de la Carrera de Traductorado Público, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

la litigiosidad y las instituciones del derecho penal, asumidos como ejemplos significativos de la atención de la sociología del derecho hacia el cambio social y jurídico.

Palabras claves: sociología del derecho, cambios, epistemología, teoría de alcance amplio, investigación de alcance intermedio.

1. Premisa

El propósito de esta conferencia es describir en algunos minutos el desarrollo de la sociología del derecho en las últimas décadas. Tomé como punto de partida simbólico la fundación del Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati (IISL, por sus siglas en inglés: *Oñati International Institute for the Sociology of Law*), a todas luces un acontecimiento extraordinario en la historia de nuestro campo de estudio, para subrayar que supuso una gran contribución a este desarrollo. Sin embargo, serán inevitables algunas referencias a lo ocurrido con anterioridad a su fundación.

Es necesario aclarar que la contribución que voy a ofrecer será tanto de alcance reducido como de espíritu unilateral. Basta con echar un vistazo a las bibliografías internacionales de esta disciplina de los años 70 y 80 –por ejemplo, el relativamente compacto texto *Sociology of Law 1960-1970* de Valerio Pocar y Mario G. Losano (1971), y *Developing Sociology of Law* (Ferrari, 1990), un libro de su autoría bastante más amplio que edité veinte años más tarde– y compararlas con la inmensa biblioteca del Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati (aunque desgraciadamente haya perdido el ritmo en los últimos años), para comprender que tal contribución sólo es posible en unos minutos al precio de decisiones drásticas y ciertamente discutibles. Es decir, me ceñiré a una concepción restringida de la disciplina y me referiré a un conjunto limitado de fuentes, especialmente a los materiales recogidos a lo largo de décadas de conferencias internacionales de sociología del derecho.

Procederé a través de tres niveles de análisis: el metanivel de la epistemología y los métodos, el de la teoría de alcance amplio y el de la teoría e investigación de alcance intermedio.

2. El metanivel de la epistemología y el método

No voy a molestar a mi audiencia repitiendo la pregunta sobre si la sociología del derecho debe insertarse en el ámbito de la sociología o en el de la doctrina, y preguntarme si debe inspirarse en la jurisprudencia sociológica estadounidense, que consideraba la sociología del derecho y la ciencia jurídica como un único campo, o en Max Weber, que las mantenía separadas. De hecho, esta cuestión, que en mi país (por lo menos) se convierte recurrentemente en una especie de campo de batalla, no parece atraer la atención de los académicos internacionales de este período, ya que existe una opinión generalizada de que nuestra materia implica un conocimiento científico detallado tanto de las instituciones jurídicas, como de las particularidades del derecho, y de los marcos teóricos/metodológicos de la sociología. Lo que es más significativo hoy en día es una tendencia visible a la difuminación de estos límites formales. Los buenos trabajos socio-jurídicos aparecen bajo diferentes etiquetas, acorde con la tendencia general de todas las ciencias hacia una mayor interdisciplinariedad. Entre ellas se encuentran campos como la historia del derecho, el derecho y la economía, el derecho y la política, el derecho y la literatura y, aún más, la antropología jurídica, cuyos métodos en las últimas décadas tendieron a converger con los de la sociología del derecho.

En el metanivel, habría que dedicar algunas palabras a las relaciones entre la teoría y la investigación empírica en el ámbito de la sociología del derecho, una cuestión que fue objeto de vivos debates hace algunas décadas. ¿Puede la investigación "organizada" –me refiero a la observación según protocolos establecidos– inspirar u orientar la teoría? O, más bien, ¿puede limitarse a confirmar una teoría elegida, o debe descartarse por ser demasiado sectorial y quizá insignificante? Si observamos nuestra historia, podemos percibir una especie de oscilación pendular entre estos dos extremos: simbólicamente, y recordando una famosa discusión (Maus & Fürstenberg, 1969), entre la visión de Karl Popper de la ciencia

como una "búsqueda sin fin", que trabaja a través de hipótesis abiertas a la refutación y a la reformulación, y la visión de Theodor Adorno, según la cual una teoría social debe tomarse holísticamente como una especie de espejo irrefutable para observar la realidad.

Las grandes figuras de la sociología del derecho de la posguerra se propusieron construir y reconstruir sus teorías mediante la observación regulada. Por mencionar algunos ejemplos, Vilhelm Aubert, Adam Podgórecki y Renato Treves defendieron esta opinión e insistieron en la importancia de la investigación empírica como antecedente para la teorización, aun sabiendo que los datos observables están abiertos a diferentes interpretaciones según la perspectiva de cada observador. Los teóricos socio-jurídicos marxistas, que fueron especialmente influyentes en Europa entre finales de los años 60 y principios de los 80, sostenían la opinión contraria, en el sentido de que tomaban su teoría como un conjunto de afirmaciones irrefutables, especialmente en el campo de la desviación y el control social. Hasta cierto punto, aunque con una pizca de sincretismo, el movimiento de los Estudios Críticos del Derecho en los Estados Unidos siguió caminos no muy diferentes en el mismo período. En una línea similar, los académicos inspirados en el neofuncionalismo de Niklas Luhmann, que dominaron la teorización socio-jurídica en Europa (y en algunos lugares de América Latina) entre los años 80 y 90, tomaron su teoría como un bloque válido y unitario y llegaron a descartar la observación empírica regulada por considerarla una especie de derivado no científico. Mi sensación actual es que esta lucha entre "reduccionismo" y "holismo" ha perdido la mayor parte de su impacto en las últimas décadas.

Sin embargo, los debates epistemológicos no desaparecieron de nuestro horizonte. Mientras que las generaciones anteriores solían debatir sobre la epistemología *correcta*, hoy en día un número cada vez mayor de académicos se pregunta sobre la necesidad de elegir entre *diferentes* epistemologías, cada una de ellas tomada como potencialmente correcta por cuanto se dice que representa una visión especial del mundo social. Los movimientos feministas en la ciencia han desarrollado una Epistemología Feminista como un marco cultural e incluso antropológico distinto para entender y explicar la realidad, que no puede reducirse a las formas tradicionales de organizar los materiales científicos, en tanto que

refleja una percepción especial del mundo[4]. Del mismo modo, los choques cada vez más frecuentes entre culturas, Occidente-Oriente y Norte-Sur, han llegado a definirse en términos de epistemologías distintas, especialmente cuando se refieren a la Cosmovisión[5] de las comunidades originarias del hemisferio sur (Sousa Santos, 2014). Este enfoque tiene un impacto cada vez mayor en los estudios del derecho y la sociedad, por ejemplo en el campo de los derechos humanos de diferentes tipos, y es una fuente creciente de inspiración de las teorías socio-jurídicas.

3. Teorías de alcance amplio

¿Qué es el derecho, en términos sociológicos? ¿Cuál es su estructura como conjunto de elementos que interactúan? ¿Qué funciones cumple en la sociedad? ¿Cómo se pueden describir sus relaciones con otras formas de acción humana o de comunicación? ¿Es autónomo de ellas, puede afectarlas o, más bien, depende de ellas, especialmente del sistema económico o del sistema político? ¿Es constitutivo de, o está constituido por, las acciones, valores y elecciones individuales? ¿Cómo se puede circunscribir el "derecho" entre los demás tipos de comportamiento normativo de nuestra especie?

Intentemos ver lo que ha ocurrido en este campo.

Cuando me familiaricé con la sociología del derecho hace medio siglo, la cuestión consistía en elegir entre el enfoque estructural-funcionalista parsoniano, que consideraba al derecho como un subsistema social dirigido funcionalmente a garantizar la integración social a través de sus normas, valores y maquinarias, y las teorías del conflicto, que presentaban al derecho como un instrumento de control social en manos de clases o grupos sociales privilegiados. De hecho, el propio concepto de "sistema" fue objeto de discrepancia entre estos dos grupos de académicos. Dada por sentada por los funcionalistas clásicos, que utilizaban este esquema para describir la acción social en términos de estructuras preestablecidas que desempeñan funciones preestablecidas en aras de la

[4] Para una visión general actualizada ver: Smith (2017)
[5] *Weltanschauung*

estabilidad de toda una sociedad, la noción de "sistema" sonaba ajena a los teóricos del conflicto, especialmente para aquellos inspirados en el interaccionismo simbólico, un enfoque especialmente influyente en el campo del derecho y la sociedad –como ya se ha mencionado– por su impacto en el estudio de la desviación.

Esta oposición pareció perder parte de su importancia a finales de los años 70, con la amplia difusión de la *revolución sistémica* provocada por el neofuncionalismo de Luhmann. Al representar la sociedad como una red de comunicaciones, y los sistemas sociales como estructuras autoadaptables que dependen de las funciones que desempeñan con vistas a reducir la complejidad, estabilizar las expectativas y hacer frente a los riesgos, el sociólogo alemán dio lugar sin duda a nuevas formas de pensar. Hablar de los sistemas jurídicos como redes complejas de comunicaciones dirigidas a hacer congruentes las expectativas normativas, como él había sugerido (Luhmann, 1972), o como conjuntos de interacciones estructuradas inspiradas en normas jurídicas, como leemos en *The Legal System* de Lawrence Friedman (1975), se convirtió en algo habitual para quienes no se identificaban con los seguidores de Luhmann, aunque con terminologías diferentes, como la elección de Pierre Bourdieu de hablar de "campos" (*champs*) en lugar de "sistemas" (Bourdieu, 1986).

Esta era, más o menos, la situación de la teoría socio-jurídica de alcance amplio más influyente alrededor de los años 80. Sin embargo, los enfrentamientos definidos originalmente en términos de funcionalismo y teoría del conflicto volvieron a surgir, aunque con una denominación diferente.

En lo que respecta al enfoque sistémico, el enfoque dominante pasó de la noción de sistema social como tal a la cuestión de cómo retratar cada sistema, ya sea cerrado y autorreferencial, como sostenían Luhmann y sus seguidores, o más bien abierto y dependiente de los aportes procedentes tanto de otros sistemas como de las opciones individuales, como destacaban los académicos inspirados originalmente en las teorías del conflicto y el interaccionismo metodológico. De hecho, hubo tendencias convergentes. El reconocimiento de Luhmann de que los sistemas sociales "se acoplan", en el sentido de que

son normativamente cerrados pero cognitivamente abiertos (Luhmann 1984 y 1993), y la teoría de Gunther Teubner del derecho reflexivo y del derecho como hiperciclo (Teubner, 1989) ofrecieron una especie de puente entre estos dos mundos. A su vez, los teóricos del conflicto se volvieron más dispuestos a razonar "de manera sistemática" como un método crucial aplicable a todas las ciencias.

Sin embargo, la revolución sistémica trae consigo algunas sombras que aún no se han disipado. Sigue abierta una pregunta sobre las implicancias de la visión del derecho como un conjunto de comunicaciones normativas. ¿Cómo se podría describir el significado de las comunicaciones sin tener en cuenta las opciones semánticas divergentes de los individuos que intervienen en cualquier proceso legal, que se convierte en un choque potencial o real entre estrategias opuestas en una arena conflictiva? ¿En qué medida las opciones semánticas personales pueden producir más complejidad, en lugar de reducirla, en los sistemas jurídicos? A pesar de las notables contribuciones ya ofrecidas por algunos académicos en este ámbito –por ejemplo, André– Jean Arnaud (Arnaud y Fariñas, 1996; Arnaud, 2003), así como Michel van de Kerchove y François Ost (1988 y 1992), todavía falta mucho por conocer. La opinión generalizada de que el derecho puede describirse como un lenguaje también desde un punto de vista sociológico debería allanar el camino hacia una mayor comprensión y descubrimiento en la teoría socio-jurídica.

Con su nuevo inicio en la segunda mitad de los 80, el pluralismo jurídico fue un segundo cambio en la teoría sociológica del derecho, aunque no por ello fue menos importante. Las primeras décadas de debates en nuestro campo de estudio estuvieron atravesadas por una mirada monista del derecho y centrada en el Estado, aun cuando existían diferentes acercamientos a la materia que se contrastaban significativamente con respecto del verdadero concepto del Estado. Por un lado, las temáticas como la eficacia y la implementación del derecho público, junto con el estado de bienestar y sus crisis, o por el otro, la naturaleza opresiva de las instituciones que componen el Estado y el abuso de poder de las élites políticas, tomaron de manera conjunta un lugar central. La transformación al pluralismo, o más bien, la resurrección de la concepción pluralista del derecho, se ha convertido en la visión predominante en la teoría socio-jurídica, aunque bajo corrientes

teóricas más innovadoras en comparación con aquellas de los pioneros del pluralismo jurídico, como Leon Petrażycki, Eugen Ehrlich o Georges Gurvitch. Sus conjeturas sobre la existencia de tipos de sistemas jurídicos por fuera del concepto de Estado, formales o informales, que dejan de lado los límites territoriales del Estado gozan actualmente de una amplia aceptación. Sin embargo, se fue construyendo algo muy distinto sobre dichas bases. No sólo describimos al mundo como una "Global Bukowina" (tal como se mencionó en un libro muy conocido editado por Gunther Teubner en 1997), sino que las teorías actuales, en su mayoría, perciben a los seres humanos como parte de diferentes sistemas en simultáneo, que demuestran un gran rango de identidades diversas y cambiantes, y que se completan con sus corrientes jurídicas correspondientes. Estos objetos, tales como las culturas y las conciencias jurídicas y la representación del campo de estudio jurídico "como una red más que una pirámide" (Ost y Kerchove, 2010), que ya fueron fundamentales en los debates académicos de los últimos treinta años, se encuentran estrictamente conectados con una concepción desarrollada del pluralismo jurídico.

Un tercer cambio de perspectiva surgió para finales de los 80, el cual coincidió en gran medida con la transformación pluralista mencionada precedentemente. Me refiero al cambio del foco de atención en el contexto académico socio-jurídico que pasó *de las reglas a los derechos*. Cuando nos decidimos a dedicar la conferencia anual de 1988 del Comité de Investigación en Sociología del Derecho (RCSL, por sus siglas en inglés: *Research Committee on Sociology of Law*) en Bolonia a "las leyes y los derechos", en atención de los aniversarios actuales y venideros (40 años desde la *Declaración Universal de Derechos Humanos*[6], y 200 años desde la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*[7]), nos percatamos que la sociología del derecho se había basado fundamentalmente en la ley, más específicamente, en la ley emanada por estados oficiales, y se habían ignorado completamente las cuestiones atinentes a los derechos. Desde entonces, los derechos humanos, fundamentales y constitucionales han sido el centro del campo socio-jurídico. Ello, según una simple lectura de la literatura de los últimos cuarenta años y de los temas tratados en los congresos internacionales de sociología del derecho.

[6] *Universal Declaration of Human Rights*
[7] *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*

REVISTA LATINOAMERICANA DE SOCIOLOGÍA JURÍDICA 2020 | ISSN 2718- 6415 | Año II | N° 3 | pp. 355-371

La cuestión de los derechos fue acogida en la sociología del derecho desde diferentes puntos de vista. Los derechos pueden respetarse o no, estar en armonía con el derecho positivo o estar por fuera de este, estar distribuidos de forma proporcionada o desproporcionada y ser ejercidos a nivel social, coincidir o no con la cultura jurídica predominante, incentivar a grupos sociales a luchar para que la ley se respete, o bien se modifique, como también pueden disentir entre los distintos grupos sociales y dentro de estos. La cuestión atinente al derecho va de la mano con los problemas sociales vinculados a las necesidades más básicas de los individuos, tales como las desigualdades, privaciones, explotaciones económicas, nuevas formas de esclavitud, migraciones, conflictos religiosos, abusos de poder, vida en familia, identidades individuales y sociales, etc.: todos ellos objeto de teorización y observación de campo. La cuestión de género, especialmente aquella relacionada al rol de la mujer dentro de la sociedad, es sin lugar a dudas el problema más importante en este sentido. Mientras que su importancia en los congresos socio-jurídicos había sido insignificante hasta la segunda mitad de los 80, la cuestión de género paradójicamente ganó gran importancia y repercusión luego de dicho período.

El impacto de la revolución de los derechos en el marco de la sociología del derecho fue realmente significativo. Además de dar pie a un gran número proyectos de investigación (entre los cuales, se encuentran los numerosos talleres brindados por el Instituto de Oñati y publicaciones subsiguientes), logró que una visión clásica del derecho entendido como una *lucha perpetua* vuelva a surgir (Ihering, 1872). En la esfera de políticas culturales, me gustaría destacar que el desarrollo prometedor de la sociología del derecho en Latinoamérica fue resultado, en gran parte, del cambio del foco de atención en el contexto académico que pasó del derecho positivo a los derechos individuales y colectivos. Una pregunta entonces podría ser: ¿El *derecho como lucha* se encuentra destinado a ser la contracara del *derecho como congruencia* en el pensamiento socio-jurídico? ¿No se tratará de una reproducción actual del choque que existió entre funcionalismo estructural y la teoría del conflicto?

Existen algunas cuestiones pendientes que aún no fueron objeto de tratamiento en relación a las teorías pluralistas y aquellas que tienen como base la cuestión de los derechos.

Sin perjuicio de que hayamos aprendido a reflexionar sobre la crisis del estado, o quizás a soñar, como John Lennon, que "el mundo será como uno", aunque con un gran número de identidades individuales y sociales, todavía somos testigos de la existencia permanente de los Estados que tienen una primera y última palabra sobre las cuestiones económicas y políticas más importantes. Corrientes nacionalistas fuertes, que frecuentemente alzan la bandera del racismo, luchan con uñas y dientes contra el universalismo. Por otro lado, algunos de los valores sociales básicos reconocidos oficialmente por la mayoría de los sistemas jurídicos, sino todos, actualmente se encuentran en una situación bastante complicada. En este punto, vale la pena mencionar como ejemplos la devastación del medio ambiente o los crímenes transnacionales, que representan riesgos sumamente graves para el derecho en sí mismo, como un medio de la regulación social, y para la idea universal de justicia. Hasta ahora, pocos esfuerzos se han llevado a cabo desde el campo de la sociología del derecho para enfrentar dichas cuestiones.

4. Investigación y teorías de alcance intermedio

En los siguientes puntos trataré objetos de estudio más específicos, por lo que estoy seguro que los lectores comprenderán que debo simplificarlos de forma drástica. Los temas acogidos por la literatura y que son objeto de debate en miles de congresos son ilimitados y cada uno de ellos merecería su debida atención.

No obstante, dentro de los mismos hay temas que son más recurrentes que otros, de forma que nos permiten apreciarlos de una forma más íntegra y describir algunos de los cambios que han sufrido a través del tiempo. Procederé a dar una breve descripción de dichos temas.

El primero es la *familia*. Los académicos en materia socio-jurídica ya en los 60 y 70 destacaron los cambios que tuvieron lugar en los roles de familia y en la regulación de esta última, y señalaron que las familias tienen una tendencia a vivir como una red autónoma dentro de sus propios estándares, lo que hace que se distancie de la regulación del Estado, como así también indicaron que hubo una transformación, por un lado, de la familia extensa a la familia nuclear, y por otro, de la estructura familiar jerárquica a la horizontal. Dicha revolución fue de la mano con el proceso de "emancipación" de las mujeres, tal como se definió en ese tiempo. Valerio Pocar y Paola Ronfani (2008) describieron tales cambios que tuvieron lugar en los 80 como una transición "del status al contrato", en concordancia con la renombrada fórmula de Henry S. Maine (1861). Este terreno ha cambiado significativamente en los últimos treinta años. El rol de los hombres en la familia perdió mucha importancia, en contraste con la centralidad creciente de las mujeres. Al mismo tiempo, la estructura de la familia nuclear también sufrió una disrupción de carácter gradual. Un gran número de estudios feministas dejaron de lado la cuestión de la emancipación y actualmente se ocupan de hablar de los géneros como 'universos' autónomos, lo que tiene como uno de sus fundamentos el número creciente de familias de un mismo sexo. En contraste, la regulación heteronormativa en este campo de estudio llevó a concernir a los menores de edad, toda vez que tienen derecho a la "protección, provisión y participación", especialmente cuando la estructura de sus familias se vuelve frágil y contingente. Es necesario destacar que este panorama es realmente típico en occidente, más que en otras culturas, donde se mantienen los modelos de familia 'pre-nucleares'. La pregunta es si la tendencia de los sistemas jurídicos a coincidir en varios aspectos –tal como nos ha de recordar Lawrence Friedman (2001)– también se reproducirá en el aludido microcosmo.

En segundo lugar, mencionaré a las *profesiones dentro del ámbito legal*. Juntamente con la familia, este tema fue tratado por los congresos socio-jurídicos durante una mitad de siglo. La transición de los abogados "de ser patricios a formar parte de las élites de profesionales" (Powell, 1988), debe considerarse como un punto de llegada y también un punto de quiebre. Los estudios realizados durante tres décadas hicieron foco en los cambios sustanciales que sufrió el ejercicio de la abogacía. El creciente porcentaje de

mujeres que ejercen profesiones dentro del ámbito legal es clave. Además de esta y otras cuestiones, podemos percibir cierta deconstrucción en este campo, junto a la crisis de los sistemas de justicia tradicionales. En algunos países, investigadores señalaron la existencia de una tendencia a la "proletarización" de un gran porcentaje de abogados (que asciende a más del 50% en algunos territorios), especialmente de aquellos abogados que trabajan fuera de las estructuras privilegiadas que brindan las multinacionales que se encuentran dentro del ámbito jurídico. Sin embargo, la "cuarta revolución tecnológica" (donde se ven comprendidas, a modo de ejemplo, las tecnologías de *Big Data* y de Inteligencia Artificial), también puede provocar un impacto importante en estas organizaciones: no es coincidencia que Richard Susskind (2008 y 2013) haya hablado en varias oportunidades sobre el posible "fin de los abogados" o, cuanto menos, la necesidad una reinvención de su rol dentro de la sociedad.

La *disputa* también atrajo la atención de los académicos en el ámbito legal y social a través de las décadas. A fin de brindarles una pequeña introducción sobre el tema, me gustaría señalar que el cambio más importante dentro de esta área fue el de la transición del "acceso a la justicia" o "justicia total" que caracterizó a los 60 y 80, a la crisis de los sistemas de justicia tradicionales, reflejada en la fórmula "*The Vanishing Trial*" desarrollada por Marc Galanter (2003) y en la amplia difusión del movimiento de Resolución Alternativa de Conflictos (ADR por sus siglas en inglés: *Alternative Dispute Resolution*), cuyo potencial y limitaciones todavía no fueron identificados. Se presenta una pregunta que resulta polémica: ¿qué alcance tendrán las opciones que brindan la Resolución Alternativa de Conflictos en el futuro próximo para canalizar los conflictos sociales y en qué medida logrará que se eviten todas las vías institucionales y se promuevan nuevas formas alienadas de "hacer justicia" por fuera de la ley positiva?

La *desviación y el control social* también ocuparon frecuentemente los espacios de debate jurídico-sociológico. Como se conoce, una transición importante, la cual se definió como "paradigmática" en ese momento, aunque no por coincidencia, ya había ocurrido entre la segunda mitad de los 70 y principios de los 80, con la teoría del etiquetamiento, lo que se alejó de las formas tradicionales de ver a la desviación. Esta línea de pensamiento

sigue vigente desde entonces, de manera tal que se precedió a estudiar las instituciones especiales de control social, siendo las primeras y principales las cárceles, consideradas injustificables desde una visión ética y política: la postura abolicionista, que se expandió desde Escandinavia (Christie, 2004; Mathiesen, 1990) hacia el resto de Europa, puede ser una solución utópica para el futuro, aunque si se contrasta con las pruebas, las mismas demuestran que estas instituciones aun son casi la única forma de combatir los "delitos", ya sean "naturales" o "artificiales", según una distinción clásica elaborada por la filosofía jurídica del siglo XIX.

Podría continuar refiriéndome a otros campos de investigación. En el presente, ya he desarrollado el potencial del enfoque de los derechos humanos, también como parte de la investigación de campo. Pero no insistiré en brindar más ejemplos, con excepción de un único ejemplo sobre las migraciones, las cuales no sólo despertaron un mayor interés en el marco de las políticas públicas alrededor del mundo, sino que también se convirtieron en una materia de estudio común para nuestra comunidad académica en las últimas décadas, particularmente por su importancia en la esfera específica de los derechos básicos de las personas migrantes y de las sociedades que los reciben, especialmente en virtud de los choques existentes entre las diferentes identidades (en mayor medida religiosas).

Una vez tratados todos los objetos que resultan recurrentes dentro de nuestro campo, finalmente procederé a presentarles una diferencia perceptible entre los estudios europeos (y, en cierta medida, latinoamericanos) por un lado, y los estudios norteamericanos por el otro. Mientras que el primero parece cubrir todas las áreas expuestas en el presente, el segundo presenta una multitud de objetos más amplia. Los movimientos sociales y la ley europea no parecen estar tan familiarizados con las problemáticas atinentes a la propiedad, herencias, contratos, sociedades, seguros, responsabilidad civil y extracontractual, operaciones bancarias, herramientas financieras y procesos falenciales. Es decir, no parecen incluir la esencia del derecho civil y comercial, y también a modo de ejemplo, cuestiones relacionadas a las nuevas tecnologías en el ámbito de las comunicaciones y la biología, con excepción en cierta medida del derecho laboral, sobre el cual se realizaron actividades de investigación y teorización en este hemisferio (Rogowski,

2015; entre otros). Claramente existen y existieron excepciones (Maria Rosaria Ferrarese, Volkmar Gessner y Sol Picciotto), pero aún no lograron rebatir dicha tendencia. Por el contrario, estas cuestiones y otras atinentes al derecho común parecen ser una parte íntegra de la producción socio-jurídica en los Estados Unidos, tal como fuera demostrado en revistas como *Law & Society Review* o la *Journal of Empirical Legal Studies*. Es posible que no todos estos estudios demuestren raíces sólidas en la teoría sociológica, pero sí contribuyen ampliamente al conocimiento del derecho positivo y a la necesidad permanente de adaptar el mismo a medida que pasa el tiempo, lo que debería entenderse como una "razón de ser" (*raison d'être*) indirecta aunque de todas maneras importante de la sociología del derecho como un campo distintivo del estudio científico.

Muchas gracias por su paciencia y su atención.

Referencias bibliográficas

Arnaud, André-Jean. (2003). *Critique de la raison juridique. 2. Gouvernants sans frontières. Entre mondialisation et post-mondialisation*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.

Arnaud, André-Jean & María José Fariñas. (1996). *Sistemas jurídicos: Elementos para un análisis sociológico*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado.

Bourdieu, Pierre. (1986). "La force du droit. Éléments pour une recherche du champ juridique", *Annales de la recherche en sciences sociales*, Vol. 64, No. 1, pp. 3-19.

Christie, Nils. (2004). *A Suitable Amount of Crime*, Londres, Routledge.

Ferrari, Vincenzo (ed.). (1990). *Developing Sociology of Law. A Wide-world Documentary Enquiry*, Milán, Giuffrè.

Friedman, Lawrence Meir. (1975). *The Legal System. A Social Science Perspective*, Nueva York, Russell Sage.

Friedman, Lawrence Meir. (2001). "Erewhon: The Coming Global Legal Order", *Stanford Journal of International Law*, Vol. 37, pp. 347-64.

Galanter, Marc. (2003). "The Vanishing Trial. An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts", *Journal of Empirical Legal Studies*, Vol. 1, No. 3, pp. 459-570.

Ihering, Caspar Rudolf von. (1872). *Der Kampf ums Recht*, Reihe Libelli, band 88, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft.

Kerchove, Michel van de & François Ost. (1988). *Les systèmes juridiques entre ordre et désordre*, París, Presses Universitaires de France.

Kerchove, Michel van de & François Ost. (1992). *Le droit ou les paradoxes du jeu*, París, Presses Universitaires de France.

Luhmann, Niklas. (1972). *Rechtssoziologie*, Reinbek, Rowohlt.

Luhmann, Niklas. (1984). *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen theorie*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp.

Luhmann, Niklas. (1993). *Das Recht der Gesellschaft*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp.

Maine, Henry James Sumner. (1861). *Ancient Law. Its Connection to the Early History of Society, and Its Relation to Modern Ideas*, Nueva York, Henry Holt and Co.

Mathiesen, Thomas. (1990). *Prison on Trial. A Critical Assessment*, Nueva York, Sage.

Maus, Heinz & Friedrich Fürstenberg (eds.). (1969). *Der Positivismusstreit in der deutschen Soziologie*, Neuwied/Berlín, Luchterhand.

Ost, François & Michel van de Kerchove. (2010). *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruselas, Facultés Universitaires Saint-Louis.

Pocar, Valerio & Mario G. Losano. (1971). *Sociology of Law 1960-1970. A Bibliographical Survey with KWIC-Index*, Milán, Asociación Internacional de Sociología - Grupo de investigación para la documentación de la Sociología del Derecho - Università di Milano - Istituto di Filosofia e Sociologia del Diritto.

Pocar, Valerio & Paola Ronfani. (2008). *La famiglia e il diritto*, Roma-Bari, Laterza.

Powell, Michael. (1988). *From Patrician to Professional Elite. The Transformation of the New York City Bar Association*, Nueva York, Russell Sage.

Rogowski, Ralf. (2015). *Reflexive Labour Law in the World Society*, Londres, Edward Elgar.

Smith, Patricia. (2017). "Feminist Philosophy of Law", Francis, Leslie (rev.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (versión original publicada en 2009)

Sousa Santos, Boaventura de. (2014). *Epistemologies of the South. Just Against Epistemicide*, Nueva York, Routledge.

Susskind, Richard. (2008). *The End of Lawyers? Rethinking the Nature of Legal Services*, Oxford, Oxford University Press.

Susskind, Richard. (2013). *Lawyers. An Introduction to Your Future*, Oxford, Oxford University Press.

Teubner, Gunther. (1989). *Recht als autopoietisches System*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp.

Teubner, Gunther. (1997). "Global Bukowina. Legal Pluralism in the World Society", en: Teubner, Gunther (ed.), *Global Law without a State*, Aldershot, Dartmouth.

INSTRUCCIONES PARA LA PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS

Los artículos se publicarán de manera digital, en una plataforma abierta y gratuita. Pueden ser postulados en cualquier momento.

Los artículos pueden corresponder a trabajos teóricos o contener investigaciones empíricas, sobre cuestiones de sociología jurídica.

Los artículos, en tamaño carta, pueden ser escritos en castellano y portugués, pero también en inglés, francés o italiano.

El título completo no deberá tener más de dieciocho (18) palabras, escrito en castellano, portugués e inglés. El título, centrado, debe escribirse en negrilla, Times New Roman, 12 puntos, con mayúsculas sostenidas, con los signos y acentos que correspondan. El texto tendrá un resumen o *abstract* en castellano, portugués e inglés que no debe exceder las 250 palabras. Incluirá un mínimo de tres (3) y un máximo de cinco (5) palabras claves o *key words*, redactadas en castellano, portugués e inglés. Además de los idiomas anteriores, cuando se publique en francés o italiano, todas las secciones antes citadas (título, resumen, palabras claves) incluirán el idioma usado en el texto.

Después del título, se colocará el nombre del autor o autores, su código de ORCID, su correo electrónico, todo centrado, junto a una nota a pie de página, en la que debe indicarse, únicamente, sus títulos académicos y filiación institucional, ciudad y país si el nombre de la institución no lo hacen evidente.

El texto será elaborado en formato Word, Times New Roman, 12 puntos, a 1.5 de interlineado, justificado, colocando un espacio adicional entre párrafos, con una extensión máxima de 10 mil palabras, incluidos el título, nombre de los autores y sus datos, resumen, palabras claves, texto y referencias bibliográficas. Márgenes superior e inferior de 2.5 centímetros, márgenes izquierdo y derecho de 3.0 centímetros. Las tablas, cuadros y gráficos deberán adjuntarse en archivo separado con indicación de la autoría.

El texto debe ser original o inédito, esto es, no haber sido publicado en ningún otro formato, de manera parcial o total. Podrá postularse un manuscrito ya publicado, siempre que lo haya sido en otro idioma distinto al usado en su postulación, además de lo cual deberá informarse este hecho. El autor o autores se comprometen a no presentar el texto ninguna otra publicación, después de haberlo sometido a esta revista y mientras se decide o efectúa su publicación.

Las notas serán siempre a pie de página, deberán elaborarse en Times New Roman, 10 puntos, justificadas, y su propósito será informativo. No deben incluirse citas de fuentes bibliográficas en las notas.

Las citas textuales de apartados de una obra deberán ir en el texto, entre comillas, de corrido, cuando sean menores o iguales a 40 palabras. Si son mayores de 40 palabras deberán ir en párrafo separado, centrado, con sangría de 0.3 centímetros en el margen izquierdo, todos los renglones.

En la citación será utilizado un sistema de normas APA, en el que, en el texto, entre paréntesis, se colocará el apellido o apellidos del autor, seguido del signo coma y a continuación el año de edición. Por ejemplo: (Treves, 1981).

Si en el cuerpo del texto se incluye una cita literal de un trabajo, entre comillas, la cita, además de los datos anteriores, incorporará después del año el signo dos puntos, luego de lo cual se colocará la página. Por ejemplo: (Treves, 1981: 79). Si son varias las fuentes referidas en una misma cita, los autores serán registrados del mismo modo separados entre puntos y comas. Por ejemplo: (Bergalli, 1983; Rodríguez Manzanera, 1982; Drago, 1930). Si son varios los autores referidos pertenecientes a la misma fuente, serán citados separándolos con comas, y el último separado por la conjunción “y”, o el signo “&”, siempre que no excedan de tres. Por ejemplo: (Bergoglio, Lista y Fucito, 2010). Si son más de tres autores, sólo se cita el primero, junto a la abreviatura de la expresión latina “et alii”, que significa “y otros” en latín. Por ejemplo: (Fix Zamudio et al, 2002). En las referencias bibliográficas se colocan todos los autores. Si en una misma cita son incluidas varias

fuentes del mismo autor, debe colocarse sólo la primera vez su (s) apellido (s), luego de lo cual se ubican todos los años en orden cronológico. Por ejemplo: (Pérez Perdomo, 2001, 2003 y 2007).

Cuando un autor citado en múltiples oportunidades ha publicado varios de los textos referidos el mismo año, el primero de ellos en ser citado será identificado con la letra "a" en minúscula, colocada sin espacios después del año, y los siguientes seguirán el orden del abecedario. Por ejemplo: (Cotterrell, 1994a) y (Cotterrel, 1994b). En las referencias bibliográficas las letras que identifican los textos serán colocadas después del año, tal como aparecen en la cita y siguiendo el orden de citación. Si hay varios autores con el mismo apellido y año de publicación debe agregarse en la cita la inicial de su nombre. Por ejemplo: (Becker H., 1963).

En un trabajo no publicado aún, puede colocarse una aclaración que sustituya el año. Por ejemplo: (Carbonier, en prensa) y en la referencia sería Carbonier, Jean. (En prensa). Si el texto no tiene fecha, en los mismos términos se usará la abreviatura n.d. Si la autoría corresponde a una entidad que tiene una sigla, en las citas puede usarse la sigla y en las referencias bibliográficas ponerse la sigla después del nombre completo de la institución.
Las referencias bibliográficas deben ser ubicadas al final en orden alfabético. Para colocarlas deben ser omitidas las partículas que anteceden a algunos apellidos como de, del, de la, della, da, di, von, van, que seguirán al primer nombre. Por ejemplo: Olmo, Rosa del. (1984). América Latina y su criminología, 2ª ed., México D.F., Siglo XXI. Cuando sean varios los autores la referencia iniciará con el apellido o apellidos de quien figure en el texto como primer autor, pero luego no será necesario fijar a los coautores por su apellido. Por ejemplo: Bandura, Albert y Richard H. Walters. (1980). Aprendizaje social y desarrollo de la personalidad, 5ª ed., Madrid, Alianza.

Los libros se registrarán así, con los tipos de letra y los mismos signos ortográficos que son indicados a continuación: Apellido o Apellidos, Nombre o Nombres. (año de edición). Título del libro y subtítulo si lo tiene, Ciudad de edición, Editorial. Por ejemplo: Weber, Max. (1986). Economía y sociedad, México, Fondo de Cultura Económica.

Los capítulos de libro se registrarán así, con los tipos de letra y los mismos signos ortográficos que son indicados a continuación: Apellido o Apellidos, Nombre o Nombres. (año de edición). "Título del capítulo", Título del libro, Ciudad, Editorial. Por ejemplo: Silva García, Germán. (1996). "La concepción sobre el crimen: un punto de partida para la exploración teórica", Memorias congreso internacional. Derecho público, filosofía y sociología jurídicas: perspectivas para el próximo milenio, Bogotá, Universidad Externado de Colombia y Consejo Superior de la Judicatura.

Los artículos de revista se registrarán así, con los tipos de letra y los mismos signos ortográficos que son indicados a continuación: Apellido o Apellidos, Nombre o Nombres. (año de edición). "Título del artículo", Nombre de la Revista, volumen, si lo tiene, con las iniciales Vol. seguida del número arábigo o romano, número de ejemplar indicado con las abreviaturas No., y el número, finalizando con el número de páginas de inicio y final del texto. Por ejemplo: Calvo García, Manuel & Teresa Picontó Novales. (2013). "La investigación empírica en el ámbito de la sociología jurídica", Revista Pensamiento Penal, No. 3, pp. 5-48.

Los autores en lengua portuguesa se registrarán como aparecen en los textos. Por ejemplo: Boaventura de Sousa Santos, será siempre: (Sousa Santos, 2016) y en las referencias bibliográficas Sousa Santos, Boaventura de.

En la cita de los textos en inglés, excepto los artículos, pronombres y preposiciones, la primera inicial de los títulos se escribe siempre en mayúscula.

Si el nombre de un autor que será citado aparece en el texto como parte de éste, sólo será necesario colocar el año. Por ejemplo: La eficacia de las normas ambientales es explicada por Becerra (2019) en su obra.

Cuando excede la primera, el número de la edición, con el número seguido de la letra "a" y la abreviatura ed. Cuando corresponde a un volumen o un tomo, las abreviaturas Vol. o T.

con el número arábigo o romano que corresponda, todos colocados después del título del libro.

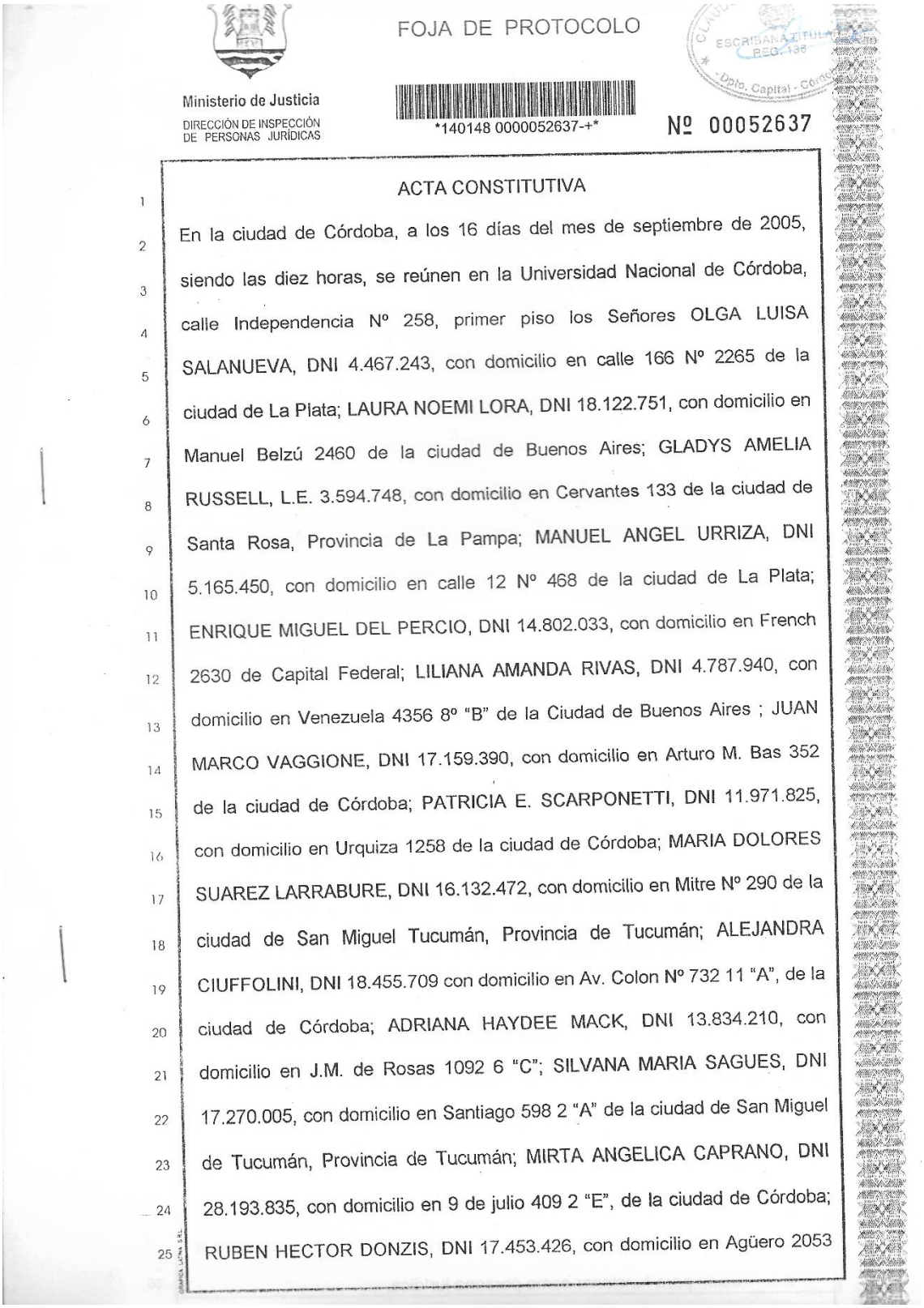
En la cita de jurisprudencia se coloca el nombre de la institución, se agrega el país si hay de distintos países. El año, agregando al año una letra en minúscula y sin espacios, si hay varias jurisprudencias citadas del mismo año. Por ejemplo: (Corte Constitucional, 2019c). En las referencias bibliográficas se sitúa el Nombre de la Institución. Año entre paréntesis. Nombre del magistrado ponente identificado con las iniciales M.P., número del fallo y fecha. Por ejemplo: Corte Constitucional. (2019c). M.P. Alberto Rojas Ríos, T-130.

En la citación o referencia de documentos de internet debe aparecer la dirección URL y la fecha de consulta.

Los artículos serán evaluados por el sistema doble par ciego. Los informes de los pares serán comunicados a los autores, antes o después de lo cual, la revista cursará las instrucciones sobre adiciones, modificaciones o correcciones que deban hacerse, si son procedentes.

Aceptada la publicación el autor o autores harán la cesión de los derechos de publicación y reproducción del artículo, pero conservarán su propiedad intelectual. Al efecto, deberá diligenciarse un formato.

Los artículos deberán ser remitidos a la dirección relasocju@usi.edu.ar .



FOJA DE PROTOCOLO

Ministerio de Justicia
DIRECCIÓN DE INSPECCIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS

140148 0000052637-+

Nº 00052637

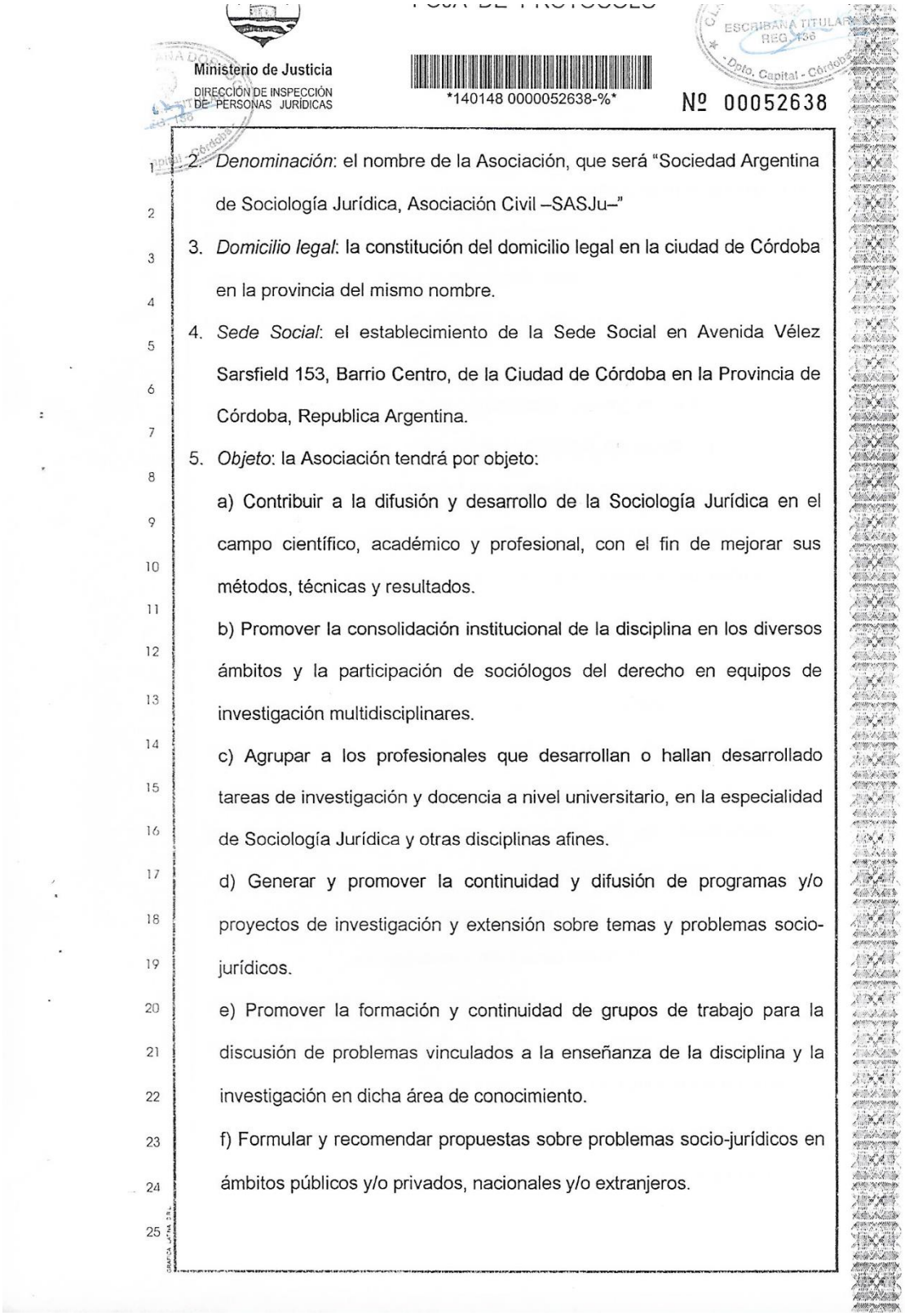
ESCRIBANA TITULAR REG. 138 - Dpto. Capital - Córdoba

ACTA CONSTITUTIVA

En la ciudad de Córdoba, a los 16 días del mes de septiembre de 2005, siendo las diez horas, se reúnen en la Universidad Nacional de Córdoba, calle Independencia Nº 258, primer piso los Señores OLGA LUISA SALANUEVA, DNI 4.467.243, con domicilio en calle 166 Nº 2265 de la ciudad de La Plata; LAURA NOEMI LORA, DNI 18.122.751, con domicilio en Manuel Belzú 2460 de la ciudad de Buenos Aires; GLADYS AMELIA RUSSELL, L.E. 3.594.748, con domicilio en Cervantes 133 de la ciudad de Santa Rosa, Provincia de La Pampa; MANUEL ANGEL URRIZA, DNI 5.165.450, con domicilio en calle 12 Nº 468 de la ciudad de La Plata; ENRIQUE MIGUEL DEL PERCIO, DNI 14.802.033, con domicilio en French 2630 de Capital Federal; LILIANA AMANDA RIVAS, DNI 4.787.940, con domicilio en Venezuela 4356 8º "B" de la Ciudad de Buenos Aires ; JUAN MARCO VAGGIONE, DNI 17.159.390, con domicilio en Arturo M. Bas 352 de la ciudad de Córdoba; PATRICIA E. SCARPONETTI, DNI 11.971.825, con domicilio en Urquiza 1258 de la ciudad de Córdoba; MARIA DOLORES SUAREZ LARRABURE, DNI 16.132.472, con domicilio en Mitre Nº 290 de la ciudad de San Miguel Tucumán, Provincia de Tucumán; ALEJANDRA CIUFFOLINI, DNI 18.455.709 con domicilio en Av. Colon Nº 732 11 "A", de la ciudad de Córdoba; ADRIANA HAYDEE MACK, DNI 13.834.210, con domicilio en J.M. de Rosas 1092 6 "C"; SILVANA MARIA SAGUES, DNI 17.270.005, con domicilio en Santiago 598 2 "A" de la ciudad de San Miguel de Tucumán, Provincia de Tucumán; MIRTA ANGELICA CAPRANO, DNI 28.193.835, con domicilio en 9 de julio 409 2 "E", de la ciudad de Córdoba; RUBEN HECTOR DONZIS, DNI 17.453.426, con domicilio en Agüero 2053

10 "A" de la ciudad de Buenos Aires; SOLANGE MARIA MARTA DELANNOY, DNI 6.378.999, con domicilio en Iriondo 951 de la ciudad de Rosario; CARLOS ALBERTO LISTA, DNI 5.073.864 con domicilio en Av. Patria 560 Dpto. 15 de la ciudad de Córdoba; MARIO SILVIO GERLERO, DNI 17.249.048 con domicilio en Julián Álvarez 2666 8º 25 de la ciudad de Buenos Aires; MARIANA NOEMÍ SANCHEZ, DNI 20.346.862 con domicilio en Edison 99 de la localidad de Argüello de la provincia de Córdoba; MARIA MERCEDES SAVALL, DNI 5.245.483 con domicilio en Daniel Conci 8256 de la localidad de Argüello de la provincia de Córdoba; MARTHA DIAZ DE LANDA, DNI 5.597.731 con domicilio en los Espinillos 250 de la localidad de Bialet Massé de la provincia de Córdoba; SILVANA GABRIELA BEGALA, DNI 17.646.225 con domicilio en Pje. Hilario Fernandez 73 2º D de la ciudad de Córdoba; MARIA VERÓNICA SCARO, DNI 17.080.413 con domicilio en casa 167 Barrio Gral. Deheza de la ciudad de Córdoba, MARIA EUGENIA GOMEZ DEL RIO, DNI 13.536.852 con domicilio en Independencia 909 de la ciudad de Córdoba; MARIA INES BERGOGLIO, DNI 6.398.249 con domicilio en Echenique Altamira 3038 de la ciudad de Córdoba; PAULA GISELE PELAEZ, DNI 17.372.624 con domicilio en 4 de enero 33 Costa Azul de la localidad de Villa Carlos Paz, Provincia de Córdoba; con el objeto de constituir una asociación civil de acuerdo a las normas legales vigentes. Consideran en detalle la iniciativa, proponiendo como presidente de la Asamblea Constitutiva, al Sr. Carlos Alberto Lista y como Secretaria a la Sra. María Inés Bergoglio. Después de un intercambio de opiniones, se resuelve en forma unánime:

1. *Constitución*: la creación de una Asociación Civil y la solicitud de la autorización para funcionar como persona jurídica



Ministerio de Justicia
DIRECCIÓN DE INSPECCIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS

140148 0000052638-%

Nº 00052638

2. *Denominación*: el nombre de la Asociación, que será "Sociedad Argentina de Sociología Jurídica, Asociación Civil –SASJu–"
3. *Domicilio legal*: la constitución del domicilio legal en la ciudad de Córdoba en la provincia del mismo nombre.
4. *Sede Social*: el establecimiento de la Sede Social en Avenida Vélez Sarsfield 153, Barrio Centro, de la Ciudad de Córdoba en la Provincia de Córdoba, Republica Argentina.
5. *Objeto*: la Asociación tendrá por objeto:

a) Contribuir a la difusión y desarrollo de la Sociología Jurídica en el campo científico, académico y profesional, con el fin de mejorar sus métodos, técnicas y resultados.

b) Promover la consolidación institucional de la disciplina en los diversos ámbitos y la participación de sociólogos del derecho en equipos de investigación multidisciplinares.

c) Agrupar a los profesionales que desarrollan o hallan desarrollado tareas de investigación y docencia a nivel universitario, en la especialidad de Sociología Jurídica y otras disciplinas afines.

d) Generar y promover la continuidad y difusión de programas y/o proyectos de investigación y extensión sobre temas y problemas socio-jurídicos.

e) Promover la formación y continuidad de grupos de trabajo para la discusión de problemas vinculados a la enseñanza de la disciplina y la investigación en dicha área de conocimiento.

f) Formular y recomendar propuestas sobre problemas socio-jurídicos en ámbitos públicos y/o privados, nacionales y/o extranjeros.

g) Colaborar, a título gratuito, con otras instituciones de carácter nacional, regional y/o internacional; públicas o privadas y con organizaciones con objetivos afines, en actividades vinculadas a problemas socio-jurídicos, para el logro de las finalidades que fundamentan la creación de esta sociedad, y por tanto:

1. Organizar congresos, seminarios, cursos, conferencias y todo evento que tenga por finalidad la divulgación, enseñanza, de tipo no formal, e investigación en el campo de la Sociología Jurídica.
2. Organizar concursos e instituir premios para la promoción e incentivo de la investigación en temas y problemas de Sociología Jurídica.
3. Conceder becas de estudios y auspiciar viajes de estudios o giras de personas destinadas a difundir los objetivos de la Asociación.
4. Editar libros, revistas, diarios, folletos, semanarios u otras publicaciones que divulguen los resultados de las actividades y realizaciones de la Asociación, por todo medio o canal de comunicación, empleando cualquier tecnología disponible.
5. Promover la creación de bibliotecas, hemerotecas, centros de documentación e institutos de estudio e investigación.
6. Establecer vínculos y relaciones con instituciones afines, nacionales o extranjeras, con el fin de desarrollar intercambios, que contribuyan al cumplimiento del objeto social.

6. *Estatuto*: la aprobación del Estatuto de la asociación, el que se adjunta por separado, debiéndose considerar como parte integrante de la presente acta.

Ministerio de Justicia
DIRECCIÓN DE INSPECCIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS

FOJA DE PROTOCOLO

140148 0000052639-0

Nº 00052639

CLAUDIA ROXANA DON... ESCRIBANA TITULAR REG. 136 ... Córdoba

7. *Elección de autoridades:* la Comisión Directiva queda integrada de la siguiente manera **Presidente**: Carlos Alberto Lista, DNI 5.073.864 Domicilio: Av. Patria 560 Dpto 15 5000 Córdoba; Estado Civil: Soltero, Profesión: Docente Universitario; **Vicepresidente**: Manuel Angel Urriza, DNI 5.165.450, Domicilio: Calle 12 Nº 468 1900 La Plata, Estado Civil: Divorciado, Profesión: Docente Universitario; **Secretaria** María Inés Bergoglio, DNI 6.398.249, Domicilio: Echenique Altamira 3038 5000 Córdoba; Estado Civil: Casada, Profesión: Docente–Investigadora; **Tesorero**: Mario Silvio Gerlero, DNI 17.249.048, de Domicilio: Julián Alvarez 2666 8º 25 1425 Ciudad de Buenos Aires, Estado Civil: Casado, Profesión: Abogado Docente **Vocales titulares: 1** María Dolores Suárez Larrabure, Documento: DNI 16.132.472, Domicilio: Av. Mitre 290 Tucumán, Estado Civil: Divorciada, Profesión: Abogada, **2**. Solange María Marta Delannoy, Documento: DNI 6.378.999, Domicilio: Iriondo 951 2000 Rosario, Estado Civil: Casada, Profesión: Docente Universitaria, **3**. Gladys Amelia Russell, Documento: LC 3.594.748, Domicilio: Cervantes 133 6300 Santa Rosa, La Pampa, Estado Civil: Casada, Profesión: Docente Universitaria; **4**. Rubén Héctor Donzis, Documento: DNI 17.453.426, Domicilio: Agüero 2053 10º A 1425 Ciudad de Buenos Aires, Estado Civil: Casado, Profesión: Abogado; **5**. Martha Díaz de Landa, Documento: DNI 5.597.731, Domicilio: Los Espinillos 250 5158 Bialet Massé Córdoba, Estado Civil: Casada, Profesión: Docente Universitario. **Vocales Suplentes: 1.** Silvana María Sagués, Documento: DNI 17.270.005, Domicilio: Santiago 598 2º A 4000

Tucumán, Estado Civil: Casada, Profesión: Abogada-Docente Universitaria; **2.** Adriana Haydeé Mack, Documento: DNI 13.834.210, Domicilio: J.M. de Rosas 1092 6º C 2000 Rosario, Estado Civil: Soltera, Profesión: Abogada–Docente Universitaria; **3.** Daniela Zaikoski, Documento: DNI 21.429.596, Domicilio: Alvear 572 6300 La Pampa, Estado Civil: Divorciada, Profesión: Abogada Docente Universitaria; **4.** Laura Noemí Lora, Documento: DNI 18.122.751, Domicilio: Manuel Belzú 2460 1425 Ciudad de Buenos Aires, Estado Civil: Divorciada; Profesión: Abogada-Docente Universitaria; **5.** Juan Marco Vaggione, Documento: DNI 17.159.390, Domicilio: Arturo M. Bas 352 5000 Córdoba, Estado Civil: Soltero, Profesión: Investigador CONICET–Docente Universitario. El Organo de Fiscalización queda integrado de la siguiente manera: Titular: Manuela Graciela González, Documento: DNI 10.131.443, Domicilio: Calle 46 Nº 1689 1900 La Plata, Estado Civil: Casada, Profesión: Docente Universitaria –Investigadora; **Suplente** Nancy Cardinaux, Documento: DNI 16.602.903, Domicilio: Araoz 2008 4º Dpto. 12 1425 Ciudad de Buenos Aires, Estado Civil: Soltera, Profesión: Docente Universitaria

8. *Declaración jurada*: los Señores miembros de la Comisión Directiva presentes: **Presidente**: Carlos Alberto Lista, **Vicepresidente**: Manuel Angel Urriza; **Secretaria** María Inés Bergoglio; **Tesorero**: Mario Silvio Gerlero, **Vocales titulares: 1** María Dolores Suárez Larrabure, **2**. Solange María Marta Delannoy, **3**. Gladys Amelia Russell, **4**. Rubén Héctor Donzis, **5**. Martha Díaz de Landa, **Vocales Suplentes: 1.** Silvana María Sagués, **2.** Adriana Haydeé Mack, **4.** Laura Noemí Lora;

Ministerio de Justicia
DIRECCIÓN DE INSPECCIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS

140148 0000052640-Z

Dpto. Capital - Córdoba

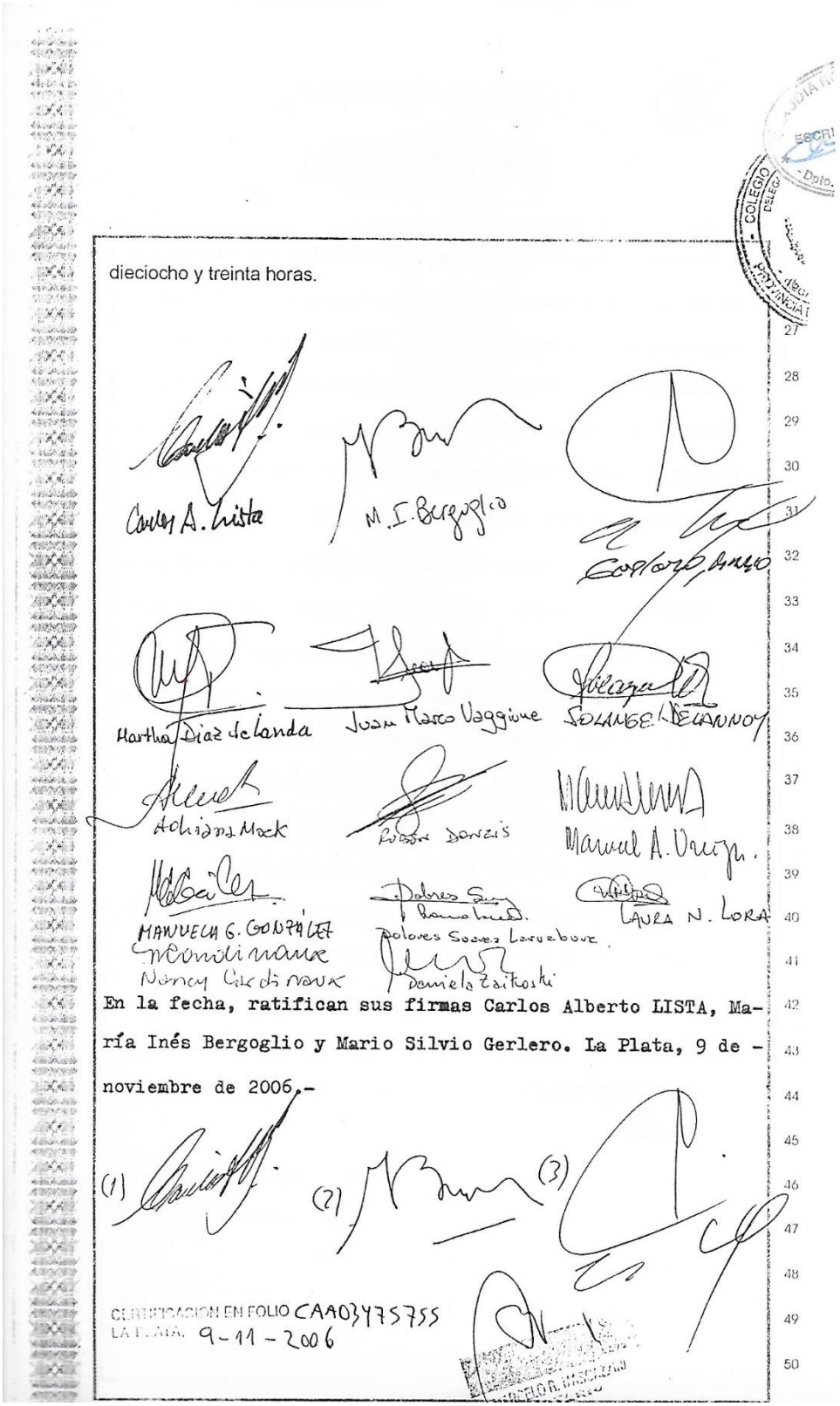
Nº 00052640

5. Juan Marco Vaggione; manifiestan bajo DECLARACIÓN JURADA que no se hayan afectados por inhabilidades o incompatibilidades legales o reglamentarias para revestir la calidad de tales. Se acuerda que los siguientes miembros ausentes: vocal suplente **3.** Daniela Zaikoski; y los miembros del Organo de Fiscalización, **Titular**: Manuela Graciela Gonzalez y **Suplente** Nancy Cardinaux cumplirán con esta formalidad por acta separada, la que se acompañará a la presente.

9. *Aceptación de Cargos*: los Señores miembros de la Comisión Directiva presentes: **Presidente**: Carlos Alberto Lista, **Vicepresidente**: Manuel Angel Urriza; **Secretaria** María Inés Bergoglio; **Tesorero**: Mario Silvio Gerlero, **Vocales titulares: 1** María Dolores Suárez Larrabure, **2**. Solange María Marta Delannoy, **3**. Gladys Amelia Russell, **4**. Rubén Hector Donzis, **5**. Martha Díaz de Landa, **Vocales Suplentes: 1.** Silvana María Sagués, **2.** Adriana Haydeé Mack, **4.** Laura Noemí Lora; **5**. Juan Marco Vaggione, manifiestan la aceptación de los cargos asignados en este acto. Se acuerda que los siguientes miembros ausentes: vocal suplente **3.** Daniela Zaikoski; y los miembros del Organo de Fiscalización, **Titular**: Manuela Graciela Gonzalez y **Suplente** Nancy Cardinaux cumplirán con esta formalidad por acta separada, la que se acompañará a la presente.

10. *Autorización*: La designación de Carlos A. Lista y María Inés Bergoglio para que inicien el trámite y para aceptar observaciones de la Dirección de Inspección de Personas Jurídicas.

No habiendo más asuntos que tratar se levanta la sesión siendo las



dieciocho y treinta horas.

Carlos A. Lista — M. I. Bergoglio — Gerlero Mario

Martha Díaz de Landa — Juan Marco Vaggione — Solange L. De Anno

Adriana Mack — Roberto Dorais — Manuel A. Vargas

Manuela G. González — Dolores Soares Larrabure — Laura N. Lora

Nancy Cárdenas — Daniela Zaikoski

En la fecha, ratifican sus firmas Carlos Alberto LISTA, María Inés Bergoglio y Mario Silvio Gerlero. La Plata, 9 de - noviembre de 2006.-

(1) (2) (3)

CLASIFICACION EN FOLIO CAA03475755
LA PLATA 9-11-2006