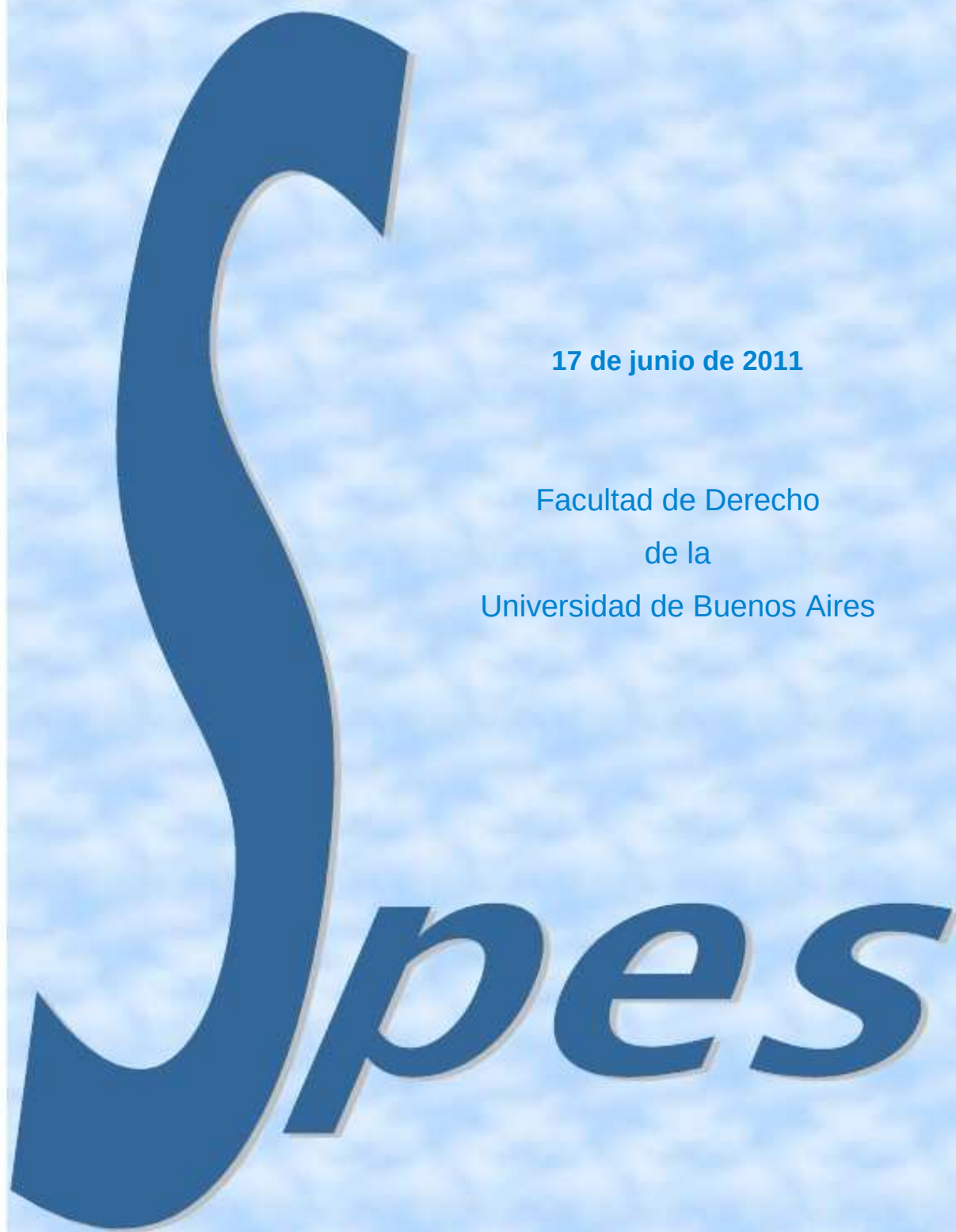


Jornadas sobre Drogadicción: El Debate

17 de junio de 2011

Facultad de Derecho
de la
Universidad de Buenos Aires



S*pes*

Número 33



11° Jornadas

Drogadicción: “El debate”

Viernes 17 de junio

14 a 21 hs.

Salón Verde

Facultad de Derecho – UBA

Dirigente del Comedor Los Pibes, Lito Borello, Licenciado en psicología Gabriel Anapolski (Fundación Maor), padres Eduardo Drable y Carlos Olivero (villas 31, 21 y 24), jueces Dra. Patricia Llerena y Dr. Pablo Jantus, profesora Ana Prawda, Licenciado Yago Di Nella (Director Nacional de Salud Mental y adicciones del Ministerio de Salud de la Nación), Licenciado Alberto E. Calabrese (Asesor de la Jefatura de Gabinete de Ministros), Dra. Lucía García (Coordinación Adicciones en el Mundo del Trabajo, Ministerio de Trabajo de la Nación), Ab. Comisario Liliana Do Santos (División toxicomanía de la Policía Federal Argentina)

Se entregarán certificados de asistencia

Para colaborar con el comedor “Los Pibes”, solicitamos asistir
con alimentos no perecederos, útiles escolares o ropa.

Coordina
Diana Cañal

El debate

Hola, nos volvemos a ver este año, con el mismo tema del anterior. La verdad, no fue por falta de imaginación, sino que los participantes, público y expositores, pidieron a repetición que brindásemos esta segunda parte. ¿El motivo?, no hubo tiempo suficiente para el debate.

Por eso, hemos tratado de organizarnos hoy con un marco expositivo más pequeño, y superior amplitud para el momento de poner en jaque todo lo dicho. Verán que se despliega en esta jornada, por un lado, la visión que tienen de la realidad distintos operadores del sistema, y por el otro, lo que se intenta hacer desde la gestión.

Ahora, y esta es la gran duda: ¿lo que ven los operadores, se conecta con lo que es?, y si lo que ellos describen, tiene mucho o poco que ver con la realidad, ¿cuál es la utilidad de lo que se hace desde la gestión?. Como vemos, son interrogantes importantes, por eso Spes hoy brinda un espacio para que la comunidad, esa que vive y sufre la realidad de la droga, tenga la oportunidad de acercarnos su relato, y replantearnos todos si lo que decimos y hacemos, es útil.

Y, todo eso, en medio de muuuuchos estudiantes, como siempre. Por ser los fundamentales destinatarios de estas jornadas, en el intento de ayudarlos a formarse, y a tener presente la necesidad de conectarse con la realidad, dado el enorme compromiso que tienen en el presente, y el que

tendrán en el presente, al incidir en la comunidad con el instrumento que la universidad ponga en sus manos.

Finalmente, les comentamos que esta nuestra revista presentará trabajos vinculados con las jornadas, pero también el material que a lo largo del año fueron preparando los *spescímenes* (argentinos y brasileños), así como amigos de *Spes*, en el grado, el posgrado, el doctorado y el doctorado intensivo, en este diálogo permanente entre la academia y la realidad en la que se inserta.

La redacción



Spes



“Un mundo mejor”

“Cambiar el mundo” parece no solo una frase hecha sino una gran utopía, el sueño de un iluso que pretende modificar el curso de miles de años de historia. ¿Nunca se preguntaron porque automáticamente solemos relacionar esta frase con lo imposible? Nos sembraron la idea de que las cartas ya están echadas, no luches contra el sistema, no te quejes, no levantes la voz, porque nadie escucha, por más fuerte que grites. Así nos incitan a la resignación, a bajar lo brazos. Es el resumen de miles de discursos de titiriteros que pretenden que dejemos nuestra suerte, la suerte del mundo, en sus manos. Y así crecemos, así crecí yo por lo menos, entre jóvenes que rodeados por un planeta que se cae a pedazos no piensan en otra cosa que en qué van a ponerse el viernes a la noche. Una generación convencida de que si no giras con el sistema, si no caminas a favor de la gran corriente que conduce la tierra te quedas afuera, y pobre de vos si eso llegara a pasarte. Nos convencieron de esto y es tan cómodo creer que es cierto. No tengo la certeza de que la justicia exista como valor fundamental entre los seres humanos o de que el bien sea el camino que “hay” que tomar, pero quiero creer que sí. Y por eso me duelen las frases que declaran abiertamente que la justicia no existe, que el mundo esta “podrido” y que es irrecuperable. Y entonces nos invitan a ser espectadores de nuestras propias vidas, a sentarnos y observar como suceden las cosas convencidos de que cualquier intervención va a ser inútil, que lo único importante es triunfar, ser exitosos. No importa cuantas cabezas haya que aplastar.

Poco a poco nos convencimos de que la única salida es convertirnos en otra más de las “manzanas podridas”, invertir el orden de todos nuestros valores. Estamos sumidos en un gran individualismo, construyendo muros a nuestro alrededor. Y mientras formamos parte de todas y cada una de las

redes sociales que existen, vivimos en una realidad virtual conectados las veinticuatro horas, pero realmente desconectados de lo que nos rodea. Es lamentable la forma en que nos hemos acostumbrado a la pobreza como parte de la cotidianidad de nuestro país. Miles de niños se mueren de hambre y ¿Qué hacemos? Miramos para el costado y buscamos culpables, los gobernantes, la corrupción o eso que llamamos “suerte”. ¿Y nosotros? ¿No somos acaso culpables por no reaccionar?, ¿por dejar que las cosas pasen al lado nuestro? ¿Por ignorar a aquellos que nos necesitan? Es que claro, la salida más cómoda está en mirar alrededor en vez de al espejo a la hora de buscar culpables. Porque reconocernos como culpables implica cambiar nuestra manera de actuar y estamos demasiado ocupados pensando en como ser exitosos, tenemos nuestra vida perfectamente organizada como para cambiarla. Y por sobre todo estamos más que convencidos de que nosotros solos no vamos a llegar a cambiar nada. No tenemos en cuenta que cambiar nuestra forma de vida implica, en menor o mayor medida, comenzar a cambiar el mundo. ¿Qué nos pasa? Es como si a los seres humanos les faltara eso que hemos dado en llamar “humanidad”. No tengo idea como deberían ser las cosas, pero no me explico como hay quienes no reaccionan frente a la mirada triste de los chicos que sufren hambre, que no tienen acceso a una vivienda, y que día a día mueren a causa de la desnutrición o distintas enfermedades que con un mínimo de atención médica podrían solucionarse. Miles de personas que sufren la marginación de una sociedad, en la que por supuesto me incluyo, que los ignora, que los empuja fuera del sistema. ¿Cómo puede ser que el dinero y las comodidades valgan más que la vida de tanta gente? Y miramos con asco los documentales que narran historias de las culturas antiguas que ofrecían sacrificios humanos a sus dioses. ¿Qué acaso no estamos sacrificando la vida de miles que mueren en el mundo para mantener nuestro estilo de vida? Nos asusta el cambio, porque nos queda cómodo el estatus quo. Porque tememos a lo desconocido, tememos abandonar la seguridad

de nuestros hogares y desde adentro vemos como la gente muere, como en la tierra se abren heridas de muerte. Y poco a poco algunos vamos abriendo los ojos, viendo que algo está mal, y decimos “juro que mañana voy a hacer algo”. Y mañana llega, pero lo que no llega es el cambio. Y el tiempo va pasando y no nos damos cuenta de que la frase “es demasiado tarde” pronto va a convertirse en realidad. Una realidad que no estoy muy segura de cuanto de “real” y cuanto de ficción tiene, pero que estoy dispuesta a cuidar, solo por las dudas. Por que si el mundo llegara a ser real jamás me perdonaría haber pasado por él sin luchar por lo que yo creo es “un mundo mejor”.

“De imposibles y esperanza”

La imposibilidad no es más que una creación humana. Un invento de los poderosos para mantener al pueblo callado, sumiso. Para contener la rebeldía que surge en el corazón de los hombres como un fuego provocador, como un llamado del alma a luchar por nuestros sueños. Y entonces, la represión encubierta de los que atentan contra la libertad de hombre surge como inmaculada en una palabra “IMPOSIBLE”. Así la ilusión y los sueños caen y se quiebran en mil pedazos, y unos pocos que se niegan a aceptar esa falsa realidad que alguien inventó para ellos luchan por romper las cadenas que atan al pueblo a la esclavitud eterna. Esa esclavitud que escapa a los hechos, que nace con las palabras y se encarna en las ideas y que, como hiedra venenosa, saca raíces en el alma herida del pueblo. Es ese el instante en que esos pocos locos que se aferran a su amor por una realidad sin imposibles despliegan sus banderas de libertad y alzan sus voces coreando al unísono una palabra “ESPERANZA”. Y desde entonces el mundo se ha fraccionado entre aquellos que luchan por romper las cadenas de lo imposible y se esfuerzan cada día por alcanzar sus ideales, por cumplir

sus sueños y quienes, derrotados por el desencanto, se rinden ante el sonido de aquella palabra que ya no quiero pronunciar por miedo a que su eco alcance algún corazón crédulo y rompa otra lusión.

Spes



LA LEY DEL OFF SIDE

Tan esperanzadoras palabras, como la autora del precedente artículo lo confiesa, provienen de una *spescimen* muy joven, que alberga en su corazón todo el entusiasmo y todas las ganas por ver la realidad, y no escabullirle al bulto de su propia responsabilidad. Pero advierte en el horizonte dos enemigos, material e inmaterial: la propia comodidad y la idea de que será imposible cambiar algo, que más vale ni intentarlo.

Advertimos, hay dos más, que son el cruce de los dos anteriores: el cansancio, y la ley del off side. En el primero, caemos cuando todo lo medimos en tiempo cortos, y en grandes marcos: la realidad completa debe cambiar rápidamente, y debe abarcar exactamente ese ámbito, “todo”. Como ambas cosas, en esa medida son poco probables, lucen irreales y te terminás convenciendo de que, efectivamente, el cambio es imposible, y te cansás de intentarlo.

Pero si lo miramos bien, la estrategia es la opuesta: no importa lo pequeño del cambio que hayas logrado, ni si es la simiente de algo que solo florecerá en el futuro, ya hiciste algo muy valioso que, por multiplicación, crecerá.

El otro y temible enemigo, es el de la *ley del off side*, es el que te convence de que los cambios reales, solo se logran violentamente. Entonces, te convertís en lo que no sos, y en lo que entra en contradicción con tus propias ideas originarias: la del amor por el otro, la del respeto muto. Todo lo tiñe de bandos, de amigos y enemigos, todo se vuelve maniqueo, y te sentís acorralado en un rincón en donde es “matar o morir”.

Cuando te convenciste de eso, es que *te convencieron*, porque quedás justo en el lugar que más conviene para justificar el ataque a tus ideas, a tus proyectos solidarios, de la manera más brutal.

¿Viste?, igualito a la ley de off side: todos se repliegan y te dejan pagando. Eso mismo.

Pensalo bien. ¿Querés cambiar el mundo?, bueno dale, vamos. Vayamos haciendo de a poco, pero sin detenernos. Y si hoy no logramos nada, sigamos mañana. Y si nos vapulean, no hagamos otro tanto, seamos humanamente mejores.

No esperemos que todo suceda ya, disfrutá el camino, no esperes estruendosas algarabías en una línea de llegada. Eso no sirve para nada. La felicidad está en hacer con y por el otro. Ni te pongas plazos improrrogables. Que tu vida misma tenga, como pentagrama, una visión del otro como parte tuya.

Amorosamente lo habrás transmitido a tus hijos, a tus alumnos, a tus amigos, a tu familia.....como una piedra que muy chiquita, cayó en el centro del estanque un día, y que finalmente logró tocar la orilla con sus ondas, cada vez más grandes, con más y más elementos vibrando al mismo compás.



Del Seminario permanente de Spes



ANÁLISIS ESTRUCTURAL DE LA SENTENCIA DEL CASO COMUNIDAD HOMOSEXUAL ARGENTINA C/ RESOLUCIÓN INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA S/ PERSONAS JURÍDICAS

Loperfido, María Manuela (S)

INTRODUCCIÓN

La cuestión debatida en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre el caso: "Comunidad Homosexual Argentina c/ Resolución Inspección General de Justicia s/ personas jurídicas", con fecha del 22 de noviembre de 1991, versa sobre la denegatoria de la personería jurídica a la recurrente.

El artículo 33 del Código Civil, determina que toda persona jurídica debe ser establecida con miras al bien común. Teniendo esto en cuenta, la Inspección General de Justicia no aceptó otorgarle la personería jurídica a la Comunidad Homosexual Argentina por no tener por objeto el bien común. Aquí es donde resulta interesante analizar los argumentos de la Corte en apoyo a esta decisión.

En el considerando 10, la Corte establece que los argumentos de la Cámara son razonables ya que fundó en esencia su decisión, y que es inadmisibles la afirmación que efectúa la recurrente, dado ya que las conclusiones no se basan en una identificación del bien común con la moral católica. Establece la Corte que el tribunal anterior, para decidir, consideró en lo esencial que los propósitos manifestados en el estatuto social del recurrente incluyen la pública defensa de la homosexualidad en sí misma considerada, con vistas a su aceptación social; y, por otro lado, que la Academia Nacional de Medicina dictaminó que la homosexualidad es considerada como una desviación del instinto sexual normal.¹

Ahora, es procedente el análisis de los argumentos sostenidos por la Cámara, que evidentemente son apoyados por la Corte. Éstos son los siguientes:

- El inc. 1º de la segunda parte del actual art. 33 del Cód. Civil se refiere al bien común. Traduce la locución latina "bonum commune" empleada por Santo Tomás de Aquino, que dentro de su pensamiento y en el de las corrientes que en él se inspiran posee un alcance específico; pero aún atendiendo al sentido más amplio que ha pasado a tener fuera de esa concreta doctrina filosófica, la conclusión no varía sustancialmente.
- En este sentido bien común se contrapone a bien individual, y aunque la idea es aplicable en forma análoga a todo bien común, incluyendo el que es propio de las agrupaciones intermedias, remite principalmente al bien común general.

¹ Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: "Comunidad Homosexual Argentina c/ Resolución Inspección General de Justicia s/ personas jurídicas", con fecha del 22 de noviembre de 1991.

■ La Academia Nacional de Medicina ha dictaminado en estas actuaciones que "la homosexualidad masculina y femenina no es considerada a la luz de la psiquiatría contemporánea como una enfermedad psiquiátrica" pero "sí, en cambio, es considerada como una desviación del instinto sexual normal".

■ Tampoco es irrazonable la apreciación de la Inspección General de Justicia relativa a que la homosexualidad, en sí misma considerada, hiere principios de derecho natural y de la ética católica recibidos en los criterios morales y las buenas costumbres de nuestra sociedad; principios que se encuentran desarrollados en la "Carta de los Obispos de la Iglesia Católica sobre la atención pastoral de las personas homosexuales", aprobada por el Papa Juan Pablo II el 19/10/86.

■ Además de su valor intrínseco, estos principios bien pueden considerarse incorporados a nuestra moralidad pública. No sólo en virtud del arraigo de la tradición cristiana en el país, traducida en los arts. 2, 67, inc. 15, y 76 en la Ley Fundamental y en el art. 33 del Cód. Civil, sino también porque su concordancia con la opinión dominante en nuestro medio acerca del tema en cuestión no suscita mayores hesitaciones. Es notorio, en efecto, que la homosexualidad es vista entre nosotros como disvaliosa, aún cuando se advierta una mayor comprensión, tolerancia o respeto a las personas homosexuales. Y en todo caso, es claro que la apreciación efectuada en ese sentido por el poder administrador en la especie "sub iudice", en uso de sus facultades discrecionales, no puede tacharse de arbitraria. Como tampoco la conclusión de que, en esas condiciones, la defensa de la condición de homosexual nada aporta al bien común, el cual, como quedó expuesto

"supra", supone la preservación de la moralidad pública y las buenas costumbres.

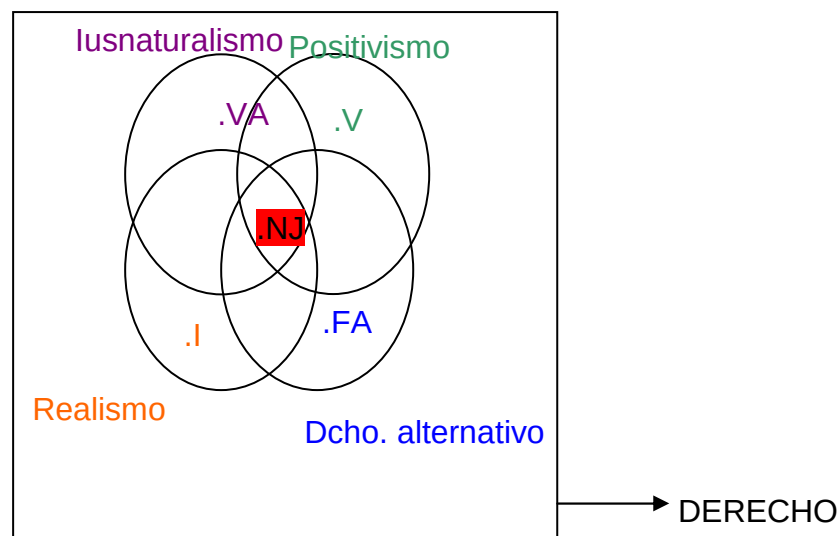
■ La Declaración Universal de los Derechos del Hombre, dictada por la Organización de las Naciones Unidas en 1948, establece que "la familia es el elemento natural de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado" (art. 16, inc. 3º); y la Convención Americana sobre Derechos Humanos suscripta en San José de Costa Rica en 1969, aprobada por la ley 23.054, lo reitera al declarar que "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado" (art. 17, inc. 1º).²

ANÁLISIS ESTRUCTURAL DE LA SENTENCIA

De los argumentos elegidos de la sentencia de la Cámara de Apelaciones, he subrayado ciertos conceptos que prevalecen y apuntan a un mismo norte. En resumen, se sostiene que hay un bien común general, basado en principios de derecho natural y de la ética católica. Y esta es la forma por la que se funda en derecho la situación.

Por lo tanto, "es esta una visión iusnaturalista del fenómeno jurídico. El derecho positivo está referido a un orden superior, de acuerdo con el cual, las conductas deben ser prohibidas o estar permitidas"

² Fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala "I": "Comunidad Homosexual Argentina c/ Resolución Inspección General de Justicia s/ personas jurídicas", con fecha del 12 de julio de 1990.

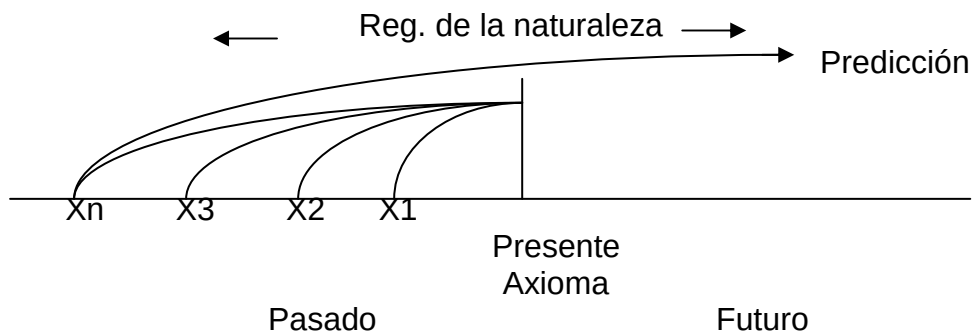


El gráfico anterior representa un sistema de análisis, realizado bajo el procedimiento de la teoría de sistemas. En primer lugar, se determinó el objeto a analizar, éste es el derecho. En segundo, es necesario establecer la finalidad, que en este caso fue describir el derecho. Posteriormente, se seleccionaron cuatro escuelas filosóficas, de las cuales se constituyeron sus elementos.

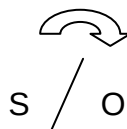
Bajo la finalidad de describir el derecho desde un punto de vista iusnaturalista, surgen los elementos Norma jurídica (compartida por todas las escuelas) y verdad absoluta (de este elemento se desprenden la moral, la religión, etc.), por lo que se considera a una verdad como la única correcta.

Ahora, luego de establecer que el iusnaturalismo implica una verdad absoluta, es necesario analizar los inconvenientes de sostener esta postura.

■ En primer lugar, el método utilizado no permite arrojar por si sólo verdades absolutas, son sólo probabilidades y su afirmación sólo provoca una arbitrariedad³



El anterior esquema responde a la representación del método inductivo. A la hora de analizar un objeto, es necesario tener en cuenta primordialmente que siempre es el sujeto quien analiza al objeto:



Partiendo de esta base, todo individuo que desee analizar un objeto (puede ser un objeto material, una idea, un hecho, etc.), siempre estará incidiendo en la observación, es decir, sus decisiones y su forma de análisis repercutirán en lo que él quiera observar.

Esto se ve claramente en el desarrollo del método inductivo. En primer lugar, el sujeto decidirá que objeto analizar. Para realizar su pretensión, elegirá la cantidad de experiencias que considere necesarias para corroborar

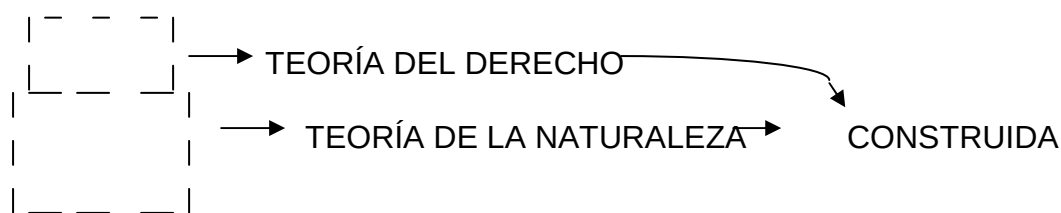
³ CAÑAL DIANA, "Decisiones judiciales, la relación entre normas de fondo y forma". Bs. As. 2006, Editorial Quórum.

su hipótesis, partiendo del axioma construido a tal fin, es decir, su punto de partida. Allí se advierte la primera arbitrariedad: es el sujeto quien decidirá cuándo detenerse, suponiendo que si hubiera seguido experimentando, siempre sucedería lo mismo. La segunda arbitrariedad se lleva a cabo en el momento de decidir que ese resultado también ocurrirá en el futuro.

En resumen, es complejo sostener una verdad absoluta, partiendo de la base que el medio para obtenerla es per se arbitrario. Sólo hay seguridad de que el método arroja verdades relativas, todavía no es posible afirmar que sean o no absolutas.

Este procedimiento puede arrojar predicciones descriptivas (en el ámbito de la teoría de la naturaleza), o prescriptivos (en el ámbito del derecho, se busca ordenar que ciertos actos se realicen)

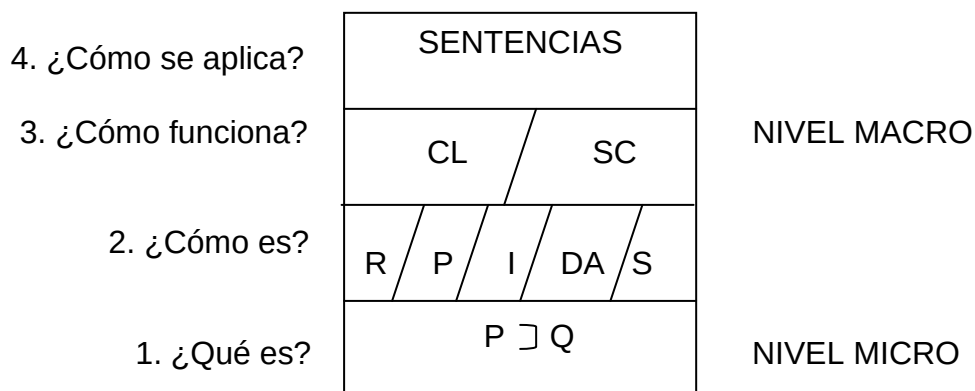
Si ya de por sí la apreciación que se obtenga de la naturaleza será poco objetiva por lo antes explicado, es esperable que la teoría del derecho también lo sea.



Todos los resultados anteriores arrojan conclusiones evidentes: el iusnaturalismo contiene como ideas básicas verdades absolutas que nuestro método de investigación no permite asegurar que así lo sean, son meras probabilidades, por lo que, asegurar su existencia es algo que hoy en día se manifiesta imposible.

Aclarado lo anterior, es oportuno pasar a un nuevo análisis, y demostrar la influencia que tiene dar argumentos en miras de la escuela analizada en una sentencia.

El derecho puede ser analizado desde distintos aspectos, o, mejor dicho, desde distintos niveles.

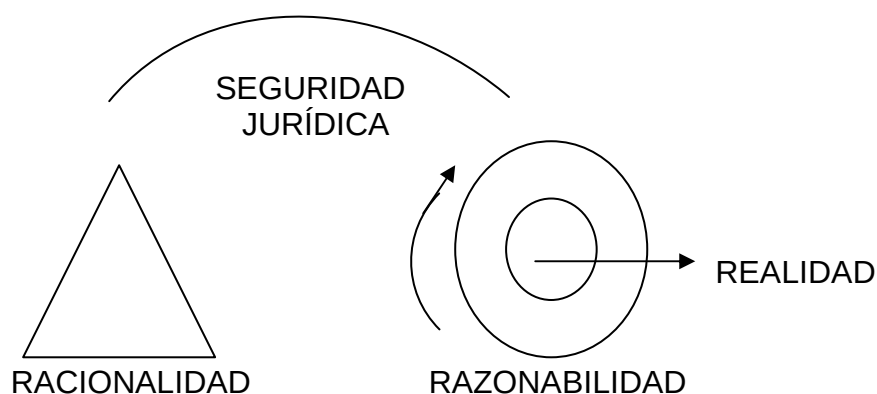


Atendiendo al gráfico anterior, es posible observar que el iusnaturalismo se encuentra en el nivel de ¿Cómo es el derecho?, esto quiere decir que es una interpretación. El nivel de ¿Qué es el derecho? es estructural, las interpretaciones que se puedan hacer sobre el derecho no se encontrarán en este nivel. De esta forma, se puede observar un claro error de la sentencia de la mayoría de la Corte Suprema de la Nación, aceptando los argumentos de la Cámara en el fallo sobre la Comunidad Homosexual Argentina: sus argumentos consideran que el derecho debe funcionar de cierta manera y que son incorrectas ciertas conductas, pero basándose en el nivel dos, desde la interpretación, no desde el primero.

El mayor inconveniente es que intentan ubicar sus argumentos en el nivel uno, pero realmente lo argumentan desde el dos, desde los pensamientos que ellos consideran correctos.

En este punto, a la conclusión anteriormente obtenida consistente en que los argumentos citados contienen verdades absolutas imposibles de corroborar por el momento, se le suma la que versa sobre el intento de explicar qué es el derecho, basado en los pensamientos de los jueces.

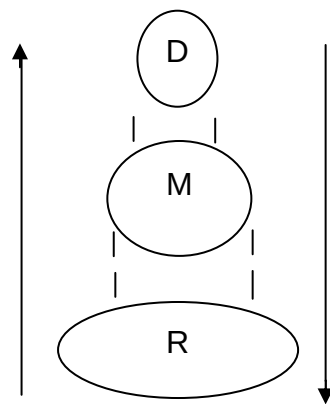
Tal vez, la solución más conveniente con la que puede contar un juez para resolver los casos, no sea la relacionada a sus propios pensamientos, si no partiendo de conceptos estructurales, que puedan y deban ser respetados por todos. La racionalidad del sistema es el conjunto de normas que debe ser íntegramente respetado por quienes aplican el derecho, en nuestro caso los jueces. Por otro lado, la razonabilidad “importa menos la estructura del razonamiento y mucho más su ajuste a la realidad social”. La racionalidad es mucho más estática, y si bien tiene un grado mayor de abstracción, ambos conceptos están basados en acuerdos intersubjetivos. Pareciera, entonces, que la racionalidad, aporta más seguridad jurídica que la razonabilidad⁴.



El gráfico anterior muestra cómo la seguridad jurídica necesita de la racionalidad y de la razonabilidad para existir. A su vez, se puede apreciar que la racionalidad tiene un aspecto más estático, que perdura en el tiempo y que ya está preestablecido, mientras que la razonabilidad, al depender de la realidad, no se asienta en el tiempo, ya que “gira” constantemente

⁴ CAÑAL DIANA, “Decisiones judiciales, la relación entre normas de fondo y forma”. Ob. Cit.

dependiendo de la realidad y de la interpretación de los jueces y la sociedad entera de los hechos.

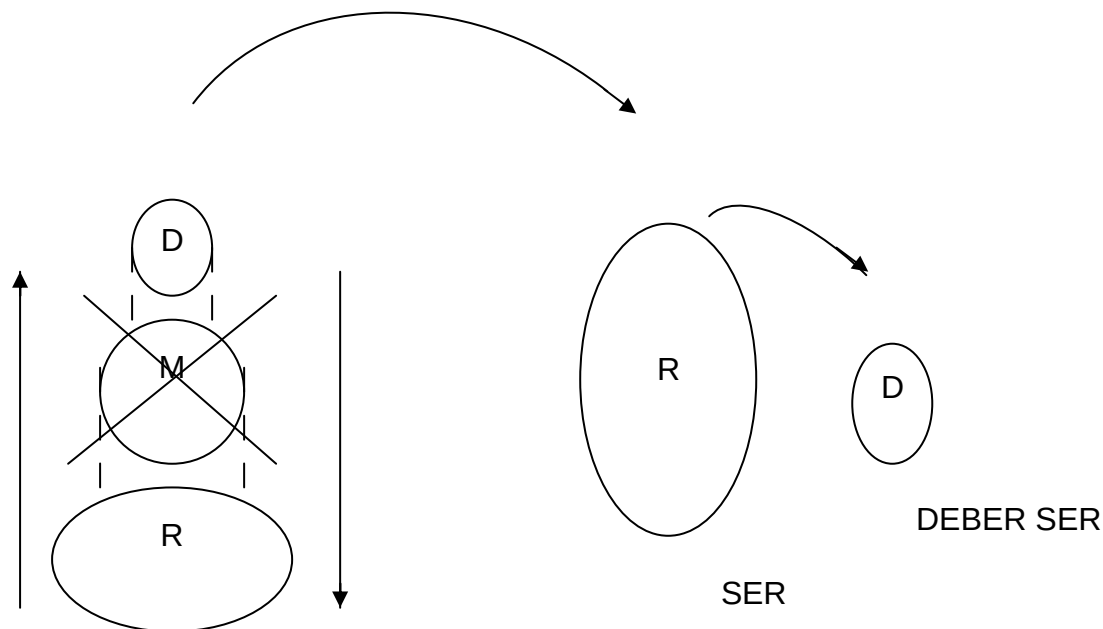


Este esquema permite observar como un hecho de la realidad llega a ser valorado por el derecho. Hay hechos de la realidad de los que la moral pública realiza juicios de valor, como en este caso la homosexualidad, y otros no, como por ejemplo mirar la luna. De los hechos que la moral pública valora, hay algunos que llegan al plano del derecho, por lo que habrá una norma que los prohíba o exija, pero otros no llegarán al derecho y quedarán firmes en la moral pública, como la homosexualidad en el momento de la sentencia del caso Comunidad Homosexual Argentina.

Así se crea el derecho, pero luego ese derecho será el que se aplicará en la realidad. Otro dato relevante es que la realidad cambia mucho más rápido que el derecho, por lo que una norma puede dejar de ser eficaz en la realidad con el correr del tiempo.

Ocurre que el juez, al momento de tomar una decisión, debe apartarse del plano de la mera moral personal o de su grupo de pertenencia, ya que son opiniones subjetivas que no pasaron por la racionalidad del sistema (no integran el derecho), y por ende nada tienen de estructurales.

Así, estaría atendiendo a la racionalidad, sin, obviamente, dejar de lado la razonabilidad, que se basará en los hechos de la realidad. Pero nunca, esta razonabilidad, puede resultar ajena a la racionalidad del sistema.



De esta forma se ve cómo el plano de la moral discrecional quedó relegado. Esto no fue lo que ocurrió en la sentencia del caso tratado en este trabajo. Se determinó que una “cierta” moral pública era la que debía primar, ya que eso es lo único que apuntaba al bien común general, protegido por los principios de derecho natural y ética católica pertenecientes a la moral cristiana. ¿Qué son estos conceptos sino opiniones morales de quienes interpretaron el caso? Es claro, entonces, que la sentencia no apuntó a observar la realidad para complementar la racionalidad, si no, que se avocó en explicar una postura moral.

Como conclusión de lo anterior se puede decir que el caso no fue razonable, ya que no atendió a la realidad de las personas homosexuales que deseaban poder ejercer sus derechos de igual manera que otros individuos en su misma situación⁵.

A su vez, tampoco fue racional, ya que la sentencia de la Cámara, apoyada por la Corte en sus fundamentos, citó claramente la "Carta de los Obispos de la Iglesia Católica sobre la atención pastoral de las personas homosexuales", que de ninguna forma es una norma jurídica o doctrina vinculante para nuestro sistema. Es decir, en el nivel del cómo se aplica, los jueces se separaron de la racionalidad de nuestro sistema.

Como dato anecdótico, es interesante observar que la sentencia de la Cámara cita tratados internacionales que en ese momento no se consideraban vinculantes por la jurisprudencia de la Corte para el Estado argentino bajo el argumento de que no eran operativos. De ellos se cita los artículos que hacen pie en la protección de la familia, pero no se realizó lo mismo con todos los que velan por la libertad de expresión, de religión e igualdad.

⁵ Ésto atiende al principio de igualdad reconocido por la Constitución Nacional en sus artículos 16, 75.22 (tratados internacionales) y 75.23 (acciones afirmativas).

CONCLUSIÓN

En primer lugar creo que el cierre de nuestro sistema jurídico en su conjunto se da con la interpretación judicial, y, de ese modo, con la ejecución de los derechos. Atendiendo a ésto y al análisis ejemplificador del caso Comunidad Homosexual Argentina, considero que lo conveniente es lograr que las decisiones judiciales no se avoquen a pensamientos personales, si no que se atengan a la racionalidad y razonabilidad del sistema, única manera de no separarse del plano estructural.

Puntualmente con respecto al caso Comunidad Homosexual Argentina, además de las arbitrariedades anteriormente analizadas, considero que la privación de derechos con fundamento en el bien común es una decisión incorrecta, no solo por intervenir en ésto la moral, sino también en relación a la Opinión Consultiva 6/86 que prohíbe la limitación de derechos de un sector social por el argumento que va en contra del bien común.

BIBLIOGRAFÍA

- CAÑAL DIANA, "Decisiones judiciales, la relación entre normas de fondo y forma". Bs. As. 2006, Editorial Quórum.
- CAÑAL DIANA, "Filosofía del derecho, una propuesta interactiva". Bs. As. 2005, Editorial Quórum.
- Fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala "I": "Comunidad Homosexual Argentina c/ Resolución Inspección General de Justicia s/ personas jurídicas", con fecha del 12 de julio de 1990.
- Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: "Comunidad Homosexual Argentina c/ Resolución Inspección General de Justicia s/ personas jurídicas", con fecha del 22 de noviembre de 1991.



Desde Brasil

Eliana Lundberg

Morte

*A sombra cobre a alma de pranto
E me percebo não querendo sair de mim.
Procuro a tocha da vida
E tento abrir os olhos que dormitam
A espreita do inimigo que teima vir.*

*Desvencilho-me desse sono
Com as vestes rasgadas duma luta sem fim,
Mas na garra noturna tento trazer o amanhecer para dentro de mim...*

*Levanto-me trêmula e grito
Mirando num espelho toco a face lívida
E descubro que sou eu a sorrir...
Ávida, ávida pela semente da vida
Carrego a tocha quase perdida derramando luz em mim
Era pesadelo...
Passou a morte de mim.*



Liberdade

*Parece uma areia barrenta,
Mas transparente, vetando a visão.
E pisco, pisco os olhos tentando enxergar,
Como para plantar grão na escuridão...
E tato ao vento com o ímpeto de fugir.*

*Fugir para onde ou de mim?
Dissolve-se a paz, engendrando por dentro
Braços que não se abraçam em mim.*

*Tento, tento no silêncio intrépido,
Entoar uma nova canção e não consigo ouvir...
Balbucio na fauce gelada inaudíveis sílabas para retomar minha voz
Até perceber ao limpar os olhos,
Que a diretriz do todo e tudo está em mim.
É de liberdade que preciso.
Retiro as algemas....preciso ir.*

Spes

Jornadas Spes sobre Drogadicción: El debate

Juventud y exclusión: Una realidad que preocupa.

Dra. Sandra A. Merlo

INTRODUCCIÓN

La recesión que afectó a nuestro país a comienzos del nuevo milenio incrementó los índices de desocupación y la precarización laboral. La Argentina, allá por el 2001, había llegado a un punto preocupante en la crisis económica, a raíz de la cual la falta de empleo produjo una problemática social que no resulta fácil de revertir. Existe un modelo consolidado de exclusión, cuyo eje estructurante está dado por la pauperización.

En este marco se ven especialmente perjudicados los jóvenes quienes son excluidos del mercado laboral y empujados a la marginalidad.

La inestabilidad del mundo del trabajo desestructura la organización familiar, padres desocupados, madres como únicos sostén del hogar, carencias materiales y afectivas, llevan a que éstos chicos se desenvuelvan en escenarios en los que ningún lugar ni ninguna frontera aparecen muy definidas.

El objetivo de este trabajo consiste precisamente en analizar esa problemática y, desde allí, evaluar alternativas posibles para evitarla

teniendo como pilar fundamental para ello a la justicia y sus respuestas institucionales.

En este punto, me permito efectuar una inferencia personal. Cuando ingresé en mi rol de psicóloga por primera vez al Instituto de Menores Manuel Rocca y me confronté con la figura de las frías rejas, los enormes candados y los altos muros, me surgió la siguiente pregunta:

¿Cómo y por qué llegaron estos jóvenes hasta aquí?

En el presente artículo intentaré arribar a alguna de las respuestas posibles a dicho interrogante.

1. Realidad de los adolescentes en la actualidad.

El común denominador que caracteriza la problemática de los jóvenes en la actualidad es la exclusión social de los mismos por diferentes causales.

Al analizar la evolución de la concepción de juventud a lo largo de la historia es fácil advertir que la misma está asociada a distintos elementos y/o factores determinantes.

Al respecto la ensayista Beatriz Sarlo, docente de la Facultad de Filosofía y Letras en su obra “Escenas de la vida posmoderna”, sostiene que la noción de juventud ha ido variando a lo largo del tiempo. No es un concepto estable pues cambia según la época y las circunstancias sociales.

Comparten este criterio Dalia Szulik y Silvia Kuasñosky en el texto “Jóvenes en la Mira” y afirman que: “... podemos encontrar una conceptualización particular y privilegiada de lo joven en diferentes momentos históricos”.

En algún momento jóvenes fueron los universitarios, en otro los trabajadores, más tarde los revolucionarios, siendo ellos hoy la “expresión y reflejo de la crisis estructural que estalló en los 80”, tal como refieren las autoras antes mencionadas.

Es a partir de esa década que comienza a generarse la asociación de la idea de juventud con peligrosidad.

La juventud es vista como un máximo valor, ser joven da prestigio. Esta cadena discursiva está incentivada por el mercado, el cual para expandir sus márgenes de ganancia se ve en la necesidad de crear la ilusión de igualdad y libertad entre los jóvenes con la única finalidad de vender sus productos.

Es el mercado el que define lo que se necesita para ser joven hoy. Siendo éste el que excluye porque marca quiénes pertenecen o no al tan codiciado mundo de los jóvenes.

Szulik y Kuasñosky coinciden en reconocer la exclusión del joven en la actualidad pero atribuyen la misma a dos causales diferentes: a) la relación problemática entre éstos y el mundo del trabajo y b) la identificación de la juventud como población de riesgo.

He aquí una línea asociativa compartida con Emilio Tenti Fanfani quién también resalta el hecho de que la desocupación y falta de oportunidades lleva a los jóvenes a disponer de mayor tiempo libre (él lo llama “tiempo muerto” o “tiempo inútil) y con esto verse tentados a recurrir a la violencia y, consecuentemente, a la peligrosidad.

Particularmente sobre el tema el Dr. Jorge Pellegrini en su obra “Salud Pública y Economía Política” señala: “... *existe en nuestro país más de una*

generación que nunca transitó la experiencia laboral, que desconoce la vida determinada por ese eje familiar a generaciones enteras de argentinos.”⁶

Considerando a la adolescencia como un período de crisis en el cual el sujeto se encuentra en una lucha por ubicarse definitivamente en el mundo de los adultos, las exigencias del mercado y el mundo del consumo pueden llevarlo a conductas de desajuste y comportamientos antisociales de diversa índole y modalidad.

“En este período de la adolescencia en el que el individuo se encuentra abocado al logro de su identidad”⁷ la desocupación, la falta de oportunidades y la escasa contención social lleva a los jóvenes a disponer de mayor tiempo libre y con esto verse tentados a recurrir a la violencia y, consecuentemente, a la peligrosidad.

“Aparecen comportamientos del tipo “te desafío”, o “me desafío”, como respuestas a la necesidad de “probarse”, y “probar a los demás” sus necesidades, como una necesidad de afirmación de su yo.”⁸

Durante mi experiencia profesional en el Instituto de Menores Manuel Rocca, la mayoría de los casos atendidos presentaron estas características, el hecho antisocial daría cuenta de un estilo de vida con una actividad en la que estos jóvenes han estado expuestos continuamente al peligro de la concreción de esos mismos hechos antisociales.

Allí me encontré con adolescentes con historias infantiles muy traumáticas, signadas por el abandono y enormes carencias (afectivas y materiales).

⁶ Pellegrini, J. “Salud Pública y Economía Política. El caso del alcoholismo”. Capítulo 3. Pág. 80.

⁷ Varela, O. et. al., “Aspectos Jurídicos y Psicológicos de la Adolescencia Marginal”. En “Psicología Forense”. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. 2002. Pág. 50

⁸ Idem anterior

Precisar por qué la ley no actúa como límite en estos chicos es la pregunta a la que intento dar una respuesta aproximada, sin pretender con esto agotar aquí el tema que es de una absoluta profundidad.

Sobre el particular Gabriel Kessler sostiene: *“Una primera mirada general no tarda en advertir que se trata de una sociedad donde ninguna institución representa fehacientemente la ley y en la que ésta ha sido violada sistemáticamente, en particular por sus sectores más poderosos”*⁹

Como he señalado hasta aquí, la crisis económica de la Argentina, ha confrontado a estos jóvenes con “la falta”, a la que Osvaldo Varela denomina *“un “quantum” de carencias y hostilidades de todo aquello que rodea al niño...”*¹⁰

Kessler describe dicha crisis como *“el período más álgido del proceso de desestructuración del mercado de trabajo y de protecciones sociales de las últimas décadas.”*¹¹

La falta de inclusión que provoca la crisis influye en la configuración de la acción de estos adolescentes. Al respecto señala Kessler que *“lo primero, más evidente, es la escasez de las oportunidades laborales en general y en particular para jóvenes con baja calificación”*¹².

En este punto, más allá de las respuestas institucionales que pueda brindar la justicia, en tanto problemática multifactorial, resultará de vital importancia el lugar que se le asigne a la educación de estos jóvenes en tanto mecanismo de inclusión social que brinde las herramientas apropiadas para alejarlos de la marginalidad y la violencia.

⁹ Kessler, G. “Sociología del delito amateur” Conclusión. Pág. 252

¹⁰ Varela, O. et al. Ob. Cit. Pág. 67

¹¹ Kessler, G. Ob. Cit. Conclusión. Pág. 249.

¹² Varela, O. et al. Ob. Cit. Pág. 67

“La agresividad no es un destino humano necesario, pero sí un destino posible. Es la historia de cada sujeto la que lo determinará.”¹³

Desde esta perspectiva será fundamental respecto del accionar de estos jóvenes, rescatar al sujeto y no su acción. Al modificar esta perspectiva es posible brindarle a esos mismo chicos desde el marco institucional respuestas que tomen en consideración cómo se han desarrollado éstos menores, cuál ha sido el medio en el que han crecido, cuál ha sido el trato que ha recibido de parte de los adultos, cómo se los ha guiado, educado, etc.

Poniendo el acento en el aspecto de la formación de estos chicos, Daniel Filmus, en su artículo “La única estrategia es la escuela” de la Sección Opinión, del diario Clarín del 21/08/02, analizó el rol fundamental de la escuela y las estrategias educativas para preservar a los jóvenes de la marginalidad y la exclusión.

Afirmó que la permanencia de los jóvenes en las escuelas es el único freno posible y cierto para preservarlos de la marginación, contribuyendo, además, a mejorar la situación laboral general de la población, pues éstos se retirarían de la demanda de trabajo.

“Cabe una aclaración fundamental, para no dar lugar a dudas, “pobreza” no es sinónimo de trasgresión, la primera no lleva fatalmente a la segunda, pero es un factor de importancia en la generación de conductas trasgresoras en los sectores denominados “vulnerables” tanto en lo social como en lo psicológico.”¹⁴

La realidad de hoy en día nos muestra una carencia de opciones de inclusión social productiva para aquellos que abandonan sus estudios,

¹³ Autores Varios. “Agresividad: ¿Un destino?”

¹⁴ Sarmiento, A y otros. “Violencia e Instituciones” en “La Psicología en el Campo Jurídico” E.C.U.A Buenos Aires. 2005. Pág. 98.

circunstancia que los lleva a moverse fuera de la legalidad y de las normas de convivencia.

“Lo que se considerará va a ser no un sujeto que ha cometido una acción sancionable, si no un sujeto que ha sido comprometido en una acción delictiva por aquello que puede haber padecido, por habérselo privado de los aportes necesarios para su desarrollo, por haber carecido de los cuidados y tutela necesarios y adecuados a su edad, por haber estado desprotegido.”¹⁵

No obstante ello, adoptar exclusivamente medidas represivas al respecto resultará cuanto menos poco efectivo y cuestionable desde todo punto de vista.

Efectivamente, serán la justicia y la educación unos de los ejes fundamentales, pero no los únicos, para mantener a nuestros jóvenes alejados de la marginalidad.

Como sociedad deberíamos contribuir a modificar el “*molde de desconfianza básica*”¹⁶ que caracteriza el accionar de estos chicos signados por historias familiares traumáticas, de abandonos y rechazos, graves carencias, castigos frecuentes y privaciones reales.

En virtud de ello serán indispensables, además, políticas sociales que desde el Estado contribuyan a la eliminación de la pobreza en nuestra sociedad.

En ese contexto debemos asumir nuestro compromiso ético quienes nos desempeñamos como profesionales de la salud de posibilitarles a éstos jóvenes vulnerables elementos para que puedan avanzar hacia el pleno goce de sus derechos.

¹⁵ Varela, O. Ob. Cit. Pág. 46

¹⁶ Idem anterior. Pág. 67

2. Institución de Menores: ¿una salida posible?

“En las calles hay chicos, en las cárceles para niños y adolescentes – eufemísticamente institutos- hay menores” (Mary Ann Beloff)¹⁷

Georges Duby, en su obra “Lección del pasado”, plantea la existencia de una realidad social inquietante reflejada por el crecimiento desmedido de la miseria en el mundo actual. Dentro de este marco, el autor, propone reflexionar sobre el pasado, partiendo del análisis de la evolución de la pobreza en la Edad Media, para luego desde esa perspectiva, meditar sobre el futuro.

Sostiene, que durante el medioevo, ante la menor manifestación de indigencia surgían distintos mecanismos de la sociedad, para controlarla.

El autor marca un hecho puntual en la historia europea (la peste negra del siglo XIV que diezmó un tercio de la población) como desencadenante de la segregación de los pobres y su marginación en función de la peligrosidad que se les atribuyó por entonces. La riqueza se convirtió en sinónimo de virtud. Surge de este modo la equivalencia pobreza y peligrosidad.

No podemos soslayar la relación existente entre las acciones de los jóvenes en conflicto con la ley y el desempleo, la inestabilidad laboral y la pobreza que han caracterizado a la sociedad argentina en los años noventa; cuya resultante más evidente es la creciente desigualdad.

Al respecto Kessler comenta que *“Una primera constatación general en América latina es la concomitancia entre sociedades más desiguales y mayores tasas de violencia”¹⁸*

¹⁷ Saunier, R. “Del sujeto menor objeto”. En “El sujeto y la ley”. Pág. 89. Ediciones Homo Sapiens.

¹⁸ Kessler, G. “Sociología del delito amateur”. Pág. 262.

Según D. Winnicott, *“El delito provoca sentimientos públicos de venganza.”*¹⁹ Esto lo podemos constatar en nuestro país cada vez que los medios de comunicación difunden noticias relacionadas con hechos de violencia protagonizados por menores, inmediatamente se alzan las voces pidiendo la reducción de la edad de imputabilidad de los adolescentes.

Poco tiempo atrás hemos podido corroborar esta actitud de la sociedad la cual, mediante una gran movilización ecuménica, se volcó masivamente a las calles de San Isidro a pedir justicia por el asesinato de un ingeniero en ocasión del robo perpetrado por menores. Sacerdotes, rabinos y autoridades levantaron sus voces en tal sentido.

Como bien describe R. Saunier, *“De pronto todo se convulsiona. Un pequeño sale en los diarios. Los programas de televisión se llenan de psicólogos, psicopedagogos, abogados, madres, jueces, vedettes, actrices... todos hablan, opinan.”*²⁰

Así, en una entrevista en el Diario Clarín del 2 de noviembre de 2008, Daniel Scioli Gobernador de la Provincia de Buenos Aires, afirmó "Encerrar a un menor en un instituto es el último recurso, debe ser un caso extremo". No obstante ello, se mostró partidario de seguir adelante con la idea de bajar la edad de imputabilidad, anunciando que duplicará la cantidad de plazas para internar a chicos que delinquen.

En tal sentido, Winnicott, destaca un sentimiento de frustración de la sociedad ante el joven en conflicto con la ley. Se trata de esa misma sociedad que no ha sabido darle respuestas concretas a las necesidades de esos jóvenes y a quienes ha empujado hacia el peligro real y concreto de la trasgresión.

¹⁹ Winnicott, D. "Algunos Aspectos Psicológicos de la delincuencia juvenil" en "Deprivación y Delincuencia". Capítulo 13. Pág. 137. Paidós.

²⁰ Saunier. R. Idem. Pág. 88.

La ley juzgará tales trasgresiones en los tribunales, pero para estos adolescentes no aparece ninguna institución que represente la ley dentro de sus historias personales, como señala Kessler "... pero tampoco la dimensión de la ley parece haber sido una experiencia sistemática en sus vidas, sus escuelas o en las relaciones en el barrio."²¹

Es desde este lugar que el ámbito institucional constituirá *"un mundo nuevo"*²² en el que estos jóvenes en conflicto con la ley van a entrar en vinculación. Para que su tratamiento dentro de la institución sea efectivo, deberá tratarse de un tratamiento integral, abarcando el mismo todas las áreas de relación posible (aspectos educativos, laborales, socializantes, afectivos, etc.).

Será fundamental considerar que quién entra a la institución es una persona, individual y concreta, con una identidad y una historia de vida que le son propias y exclusivas.

Cualquier propuesta de trabajo pedagógico con jóvenes en conflicto con la ley penal debiera tener como objetivo primordial, en primer lugar, el identificar y reducir los efectos negativos de la privación de la libertad y, consecuentemente, dirigir todos los esfuerzos y actividades educativas a lograr la reinserción social lo más rápida posible de los chicos privados de la libertad.

*"La tendencia absorbente o totalizadora está simbolizada por los obstáculos que se oponen a la interacción social con el exterior y al éxodo de los miembros, y que suelen adquirir forma material: puertas cerradas, altos muros, alambre de púas, acantilados, ríos, bosques o pantanos."*²³

²¹ Kessler G. Ob. Cit. Pág 252

²² Varela O. Ob. Cit. Pág. 93

²³ Goffman, E. "Internados". Capítulo "Sobre las características de las instituciones totales" Amorrortu Editores. Pág. 18.

El tipo de institución total que alberga a los jóvenes en conflicto con la ley estaría organizada según Goffman para *proteger a la comunidad*²⁴ contra quienes serían considerados peligrosos, en este caso los adolescentes, sin tomar en consideración el verdadero bienestar de ellos y sus necesidades.

El derecho a ser asistidos en forma integral en toda circunstancia es una de las bases de la equidad debida a estos chicos.

En líneas generales las instituciones totales a las que me estoy refiriendo se organizan a través de una secuencia de actividades impuestas desde una autoridad superior, mediante un sistema de normas formales explícitas, implementadas por un cuerpo de funcionario. A partir de allí, como lo describe el citado Goffman, *“las diversas actividades obligatorias se integran en un solo plan racional, deliberadamente concebido para el logro de los objetivos propios de la institución.”*²⁵

De este modo la institución estaría organizada con el fin de procurar *“el manejo de muchas necesidades humanas mediante la organización burocrática de conglomerados humanos, indivisibles”*²⁶

La realidad nos confronta con la necesidad de revertir la cultura imperante en estas instituciones totales, que se manifiestan en la propuesta de que ellas deben poseer todos los servicios necesarios para los adolescentes privados de libertad.

Sobre el particular Juan Carlos Domínguez Lostaló en su obra *“La Doctrina de la Protección Integral en América Latina”* comenta: *“En las instituciones totales europeas de comienzo de siglo, instituciones que sirvieron como modelo a sus pares latinoamericanas, desde la escuela al*

²⁴ Idem anterior.

²⁵ Idem anterior. Pág. 20

²⁶ Idem anterior.

cementerio – si era posible- debía estar dentro de la institución. Para el modelo de medicalización de los problemas sociales, los clientes de este tipo de instituciones expresan automáticamente tendencias patológicas, que exigen respuestas especializadas. El “menor” abandonado o delincuente, es considerado portador automático de patologías mentales.”²⁷

El mencionado autor subraya que se trataría de una concepción que presentaría múltiples errores entre los que resalta el hecho de que encasillar a estos jóvenes en el contexto de lo patológico, impediría percibir el especial estado de vulnerabilidad en el que estos se encuentran, tal como lo vengo planteando en el desarrollo del presente trabajo, y no se estarían atendiendo efectivamente el apoyo y cuidados especiales que estos chicos necesitan.

“Cualquier afirmación que identifique violación a la ley con disturbios mentales, expresa, en la mejor de las hipótesis, una profunda ignorancia acerca del funcionamiento real de los sistemas y subsistemas de la justicia penal.”²⁸

Esta concepción conduce indefectiblemente a un proceso de estigmatización que los mecanismos de control social impondrán, posteriormente, en el contexto de la cultura jurídico-institucional que enmarca las situaciones que involucran a los jóvenes en conflicto con la ley.

En tal sentido Kessler en su descripción de las distintas teorías del delito en general, y de la teoría del etiquetamiento de Becker en particular, comenta:

“Ciertos individuos y grupos tienen el poder de imponer sobre otros sus normas, definiendo qué será considerado desviación. Una vez producido el

²⁷ Lostaló, J. C. y colab. “La Doctrina de la Protección Integral en América Latina”. Cuadernos del Caleuche. 2º Edición. Buenos Aires. Pág. 36.

²⁸ Lostaló J y colab. “La Doctrina de la Protección Integral en América Latina” Pág. 37.

etiquetamiento, se desencadenan las llamadas “carreras desviadas”, donde los individuos van adquiriendo sentidos, motivaciones y técnicas... las personas son etiquetadas como desviadas, con fuertes implicancias en la construcción identitaria...”

Si bien esta teoría ha recibido numerosas críticas, no podemos dejar de reconocer que la mayoría de los chicos en conflicto con la ley y que encontramos dentro de las instituciones totales han sido previamente etiquetados por la sociedad que en primer término los discrimina y posteriormente los excluye.

“La policía te ve y te pega, siempre te pega aunque no estés haciendo nada”, fueron los primeros comentarios que me efectuara uno de los jóvenes que he entrevistado en el Instituto de Menores Manuel Rocca, con el fin de elaborar el psicodiagnóstico correspondiente según las pautas fijadas por la Justicia de Menores. Su aspecto físico, el lugar donde vive, su forma de vestirse contribuyen a su etiquetamiento y no cabe la menor duda que esta circunstancia influye y ha influido en la construcción de su propia identidad.

Es evidente que esta sola circunstancia no ha sido la que ha llevado a este joven, ni a ninguno de los jóvenes en conflicto con la ley, a cruzar la línea imaginaria que los coloca en la marginalidad.

Tal como he tratado de desarrollar hasta aquí, estamos frente a una problemática multicausal, en la que los factores económicos, sociológicos, psicológicos, y fundamentalmente las políticas de Estado, juegan un papel preponderante.

En la adolescencia *“las relaciones familiares son centrales, luego es la escuela y el grupo de pares lo definitorio y, más tarde, la entrada en el mundo del trabajo y las relaciones de pareja”*²⁹

La desintegración de la familia producto de la crisis económica de nuestro país con figuras paternas debilitadas por el desempleo o ausentes, madres que son empujadas a asumir múltiples roles dentro de esos contextos de necesidad y carencias.

Por su parte no debemos soslayar el papel de la escuela en la construcción de los roles sociales, y reconocer además que las mismas están atravesadas por los procesos de exclusión, especialmente en las zonas más pobres, lo que evidencia la estrecha relación entre la educación y la pobreza. En este marco la deserción escolar se constituye en moneda corriente.

Jóvenes sin contención familiar, alejados de la escuela, con mayor tiempo libre y por fuera del mercado laboral generan un cuadro de situación en la que los profesionales de la salud nos encontramos frente a una tarea para nada fácil.

Esto nos lleva a reflexionar sobre nuestra práctica, unificando criterios, consensuando modelos de abordaje que se ajusten a las realidades institucionales en las que nos desempeñamos, tomando como eje fundamental el pleno reconocimiento de los derechos humanos y las garantías legales de estos jóvenes, tendientes a asegurar que sean tratados de manera apropiada para su bienestar.

Como miembros de esta sociedad será esencial reconocer nuestro compromiso y nuestra responsabilidad frente a las carencias de estos

²⁹ Kessler, G. *“Sociología del delito amateur”*. Pág. 283

jóvenes, desde esta perspectiva, resulta absolutamente inadecuada la pretensión de cierto sector de la comunidad y de los funcionarios que intentan persuadirnos de que disminuir la edad de imputabilidad de estos chicos, acabaría con nuestros problemas de inseguridad.

Spes



BIBLIOGRAFÍA

- DUBY, G. "Lección del pasado" en Textos para pensar, Buenos Aires, Editorial Perfil, 1996.-
- FILMUS, D. "La única estrategia es la escuela", Diario Clarín, Sección Opinión, del 21/08/02.-
- GOFFMAN, E. "Internados" Amorrortu Editores.
- KESSLER, G. "Sociología del delito amateur"
- LOSTALÓ, J. y colab. "La doctrina de la protección integral en América Latina". Cuadernos del Caleuche. Buenos Aires.
- PELLEGRINI, J. "Salud Pública y Economía Política. El caso del Alcoholismo". Editorial Polemos.
- SARLO, B. "Escenas de la vida posmoderna"
- SARMIENTO, A. y otros. "La Psicología en el Campo Jurídico"
- SAUNIER, R. "El sujeto y la ley". Ediciones Homo Sapiens.
- SZULIK, D. y KUASÑOSKY, S. "Jóvenes en la mira"
- VARELA, O. " Psicología Forense". Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. 2002.
- WINNICOTT, D. "Deprivación y delincuencia". Editorial Paidós.



Monografía del Doctorado intensivo de la Facultad de la U.B.A.

O IDEÁRIO NEOLIBERAL E SUAS “RECEITAS”: BASE PARA UM ESTUDO DA (DES)REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA DAS RELAÇÕES DE TRABALHO .

Rodrigo Diniz Cury (s)

1. Introdução

Entre as décadas de 1970 e 1990, a América Latina sentiu a influência da chamada ideologia neoliberal em diferentes instituições sociais (VALDOVINOS, 2008).

Entre as consequências de tal influência, Barbagelata (2009) aponta medidas de desregulamentação do mercado de trabalho e de polícias de seguridade social, ambiente que fortalece a idéia de flexibilização do Direito do Trabalho.

Na Argentina, por exemplo, a influência neoliberal é apontada como determinante nas reformas econômico-sociais promovidas especialmente nos anos 1990, quando foram implementadas medidas de privatização dos

sistemas de previdência social e de securitização de acidentes de trabalho, além de alejamento da legislação laboral (VALDOVINOS, 2008).

A crise financeira “mundial” acontecida entre 2008 e 2009 fez retomar algumas propostas neoliberais relacionadas à flexibilização e/ou desregulamentação das relações de emprego, especialmente nos países europeus (SUPIOT, 2010). A reforma na legislação trabalhista acontecida em 2010, na Espanha (Real Decreto-Lei nº. 10/2010) é um exemplo que a tal crise repercutiu no mercado de trabalho. Nesse sentido, Alain Supiot destaca um relatório da Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Económico (OCDE), de 2010, em que se propugna a flexibilização das normas trabalhistas como medida a ser implementada contra os efeitos da crise. Diante desse cenário, mostra-se interessante estudar as principais ideais neoliberais, de forma a buscar compreender porque elas alcançaram tamanha influência entre as décadas de 1970 e 1990, bem como para se entender as razões que levam o ideário neoliberal a ser apontado como “solução” pelo (e para) o “mercado” nos chamados momentos de crise.

2. Antecedentes históricos do neoliberalismo

O estudo dos antecedentes históricos do neoliberalismo se faz necessário tanto porque a doutrina neoliberal resgata princípios do liberalismo clássico, como por ter seu surgimento confrontado com a teoria econômica keynesiana que representa outra tendência ideológica.

Quando da formação dos Estados Nacionais na Europa, após o declínio do regime feudal, surge a teoria mercantilista como força política predominante, no bojo das profundas mudanças sociais, econômicas e políticas experimentadas naquele período.

O mercantilismo se caracterizou pela preocupação com o acúmulo de ouro e prata, já que seus teóricos entendem ser essa prática a única forma de se expressar a riqueza de uma nação. Os países controlam o aumento das reservas em metais preciosos mediante a aplicação de um forte protecionismo alfandegário, priorizando as exportações efetuadas através da atividade comercial.

O Estado Nacional recém organizado controla toda a atividade econômica, principalmente através da gestão dos monopólios comerciais. O discurso intervencionista estatal se sustenta pela defesa dos interesses sociais (comum a todos) frente ao individualismo, pois se deve buscar primeiro o bem da nação.

Por outro lado, a Fisiocracia surge na França do século XVIII, já polemizando com os mercantilistas sobre qual deve ser a prioridade econômica da nação. Os fisiocratas defendem que a riqueza do Estado não está na acumulação de metais preciosos, mas concentra-se sim na produção agrícola.

Fisiocracia quer dizer "reino da natureza". Segundo os fisiocratas a produção agrícola deve ser priorizada porque esta é a atividade criadora de riqueza por excelência. Na manufatura, dentro da argumentação destes teóricos, o que acontece é a transformação de uns objetos em outros, não fornecendo meios para o aumento da riqueza dos países. Por isso, na fisiocracia, só a agricultura é tida como atividade produtiva, sendo as demais atividades classificadas como "estéreis".

Os pensadores fisiocratas também argumentam que a sociedade é governada por leis naturais, assim como as que reinam na natureza. Nesse sentido, para que a sociedade funcione bem é necessário que os homens não se oponham a essa ordem natural mediante intervenções externas.

Baseados nessas afirmações, os fisiocratas criticam o intervencionismo estatal praticado no mercantilismo, inspirando posteriormente os liberais clássicos.

O liberalismo clássico também surge no século XVIII como uma escola de pensamento sócio-político-econômico voltado contra o intervencionismo estatal praticado na sociedade de então. Esse movimento tem como principal obra teórica, no campo econômico, o livro *A Riqueza das Nações*, lançado em 1776 por Adam Smith. A teoria liberal é adotada e incentivada pela classe burguesa ascendente que, apesar de controlar de fato a economia nacional, estavam li à mercê dos monopólios reais, além de até então não possuírem poder político consistente.

A primeira justificativa elencada pelos liberais para a adoção de sua teoria baseia-se na idéia de "estado de natureza" do homem, conceito idealista formulado por filósofos como Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau. O homem em "estado natural" é aquele anterior à formação da sociedade. Para Locke, por exemplo, nessa condição pré-social o homem já possui três "direitos naturais": direito à vida, à liberdade e à propriedade. Ainda de acordo com essa filosofia, o surgimento da sociedade, e posteriormente do Estado, é possibilitada pela reunião dos homens em torno de um "contrato social", onde o Estado (sociedade) figura como parte responsável por assegurar aos homens condições favoráveis para o respeito e exercício de seus "direitos naturais", que adquirem o status de inalienáveis.

Na prática, o liberalismo rejeita a tese mercantilista, na qual o Estado deve exercer forte intervenção social, inclusive controlando fortemente toda a economia. Para os liberais, a intervenção estatal deve acabar, ou, pelo menos reduzida ao mínimo, em nome da liberdade do mercado.

Para os liberais, o mercado assegura o equilíbrio econômico por meio de sua "mão invisível". Essa forma livre de controle é conseguida pela livre-

concorrência, que possibilita o bom funcionamento das atividades produtivas. Se há a ocorrência de crises nesse sistema, essas são corrigidas pelo movimento da lei de oferta e procura. O Estado liberal não impõe limites de gestão das forças econômicas, respeita o mercado e a livre-concorrência, abole monopólios privados e estatais, e ainda, por outro lado, oferece condições materiais que permitem aos burgueses obterem maiores oportunidades, através da construção de estradas, portos, etc, quando, e claro, a classe burguesa não for capaz de construir e explorar tais serviços.

O liberalismo resgata o lema *laissez-faire, laissez-passer* criado pelos fisiocratas.

Acaba a priorização pelo interesse social, valorizando o individualismo em todos os aspectos sociais. As desigualdades sociais agravadas nesse sistema não constituem problema, mas sim um princípio básico da teoria liberal, pois somente a desigualdade tem a virtude de incentivar a ânsia pelo trabalho nos indivíduos, que assim passam a buscar os meios que possibilitam a melhoria das condições de vida.

Ao lado da teoria econômica, atuando como complemento, os liberais também defendem práticas políticas próprias e conservadoras, formuladas por pensadores como John Locke. Os liberais argumentam que o absolutismo monárquico baseado no poder divino deve dar lugar a uma monarquia constitucional e parlamentarista, possibilitando assim a "participação popular" na gestão do Estado. Em verdade, a burguesia utiliza o discurso liberal "em nome do povo" para conseguir poder político próprio, pois quando tal meta é atingida logo são adotadas medidas para restringir o exercício do poder político pela população em geral. Um exemplo é a adoção do voto censitário na Inglaterra, onde apenas aqueles com rendimentos mínimos fixados em lei podem votar. Agindo dessa forma, a classe burguesa visa proteger seus poderes políticos e econômicos.

Sob os auspícios do domínio liberal nos Estados europeus, o sistema capitalista se consolida e desenvolve. Esse desenvolvimento não se reflete somente em números econômicos, mas também no aprofundamento do individualismo e no aumento das desigualdades sociais entre classes. Em meio a esse ambiente, surgem ideais e princípios contrários a essa realidade, baseados principalmente nos ensinamentos e escritos de Karl Marx e Frederick Engels, fundadores da escola marxista.

Enquanto o liberalismo é a fundamentação e justificação do capitalismo, o marxismo é, ao contrário, uma profunda crítica a esse sistema. Karl Marx demonstra que o capitalismo é um sistema baseado na exploração dos trabalhadores. Isso porque, retomando as ideias de liberais como Adam Smith e David Ricardo, Marx ensina que o valor das mercadorias é determinado pela quantidade de trabalho que custa para produzi-las. Porém, o salário pago ao trabalhador representa uma parte pequena do seu trabalho, restando a parte maior ao burguês capitalista. Ainda segundo o marxismo, a Revolução Industrial, que introduz em massa a maquinaria na produção, agravou a deplorável condição social do operariado, frente a maior ansia por lucros demonstrada pelos capitalistas. Os trabalhadores são submetidos a jornadas de trabalho superiores a 16 horas e é introduzida a mão-deobra feminina e infantil, com menor remuneração. A escola marxista revela o capitalismo como sistema caracterizado pelas contradições de classes sociais, pela exploração do proletariado executada pelos capitalistas, desejosos de acumular mais capital.

Por fim, Marx argumenta que o sistema capitalista contém forças auto-destrutivas que levariam ao seu próprio fim. Uma dessas forças está na falta de planificação no plano geral da economia, pois cada capitalista produz quanto quer e como quer, sem ter em conta as necessidades reais da sociedade. Aqui reside um dos motivos das crises que assolam

periodicamente o sistema capitalista e que a lei da oferta e da demanda não é capaz de controlar.

Essas fortes e fundamentadas críticas ao capitalismo formuladas pela escola marxista provocam o interesse da burguesia em contradizê-las, com vistas a não fomentar um confronto mais direto entre os interesses das classes sociais. Assim, surge para o amparo do sistema econômico em vigor a escola neoclássica, denominada desta forma por reafirmar as ideias dos liberais clássicos, com algumas interpretações distintas.

Os pensadores neoclassicos ensinam que o capitalismo é desenvolvido mediante um contínuo conflito entre diversas forças sociais, tais como empresários e trabalhadores, sem concordar, entretanto, que haja exploração de uns pelos outros. Para os neoclássicos, não há luta de classes, muito menos exploração, pois a harmonia social é a característica principal do capitalismo. O que há de fato são conjuntos de agentes econômicos que concorrem no mercado como fatores produtivos, uns com o fator capital, outros com o fator trabalho. Não existe exploração, já que cada fator produtivo é pago proporcionalmente à sua participação no processo de produção.

A teoria neoclássica retoma a ideia da "mão invisível" como meio de autocontrole social, condenando qualquer intervenção estatal. O Estado pode levar o mercado a tomar caminhos equivocados, ocorrendo aquilo que os neoclássicos denominam de "distorção de alguns fatores produtivos", com a valorização de alguns a mais ou a menos do que seria o realmente justo.

Então, para que a economia funcione bem, os neoclássicos defendem os agentes privados como controladores do sistema econômico. Os movimentos de oferta e de procura propiciam a concorrência perfeita, onde há uma infinidade de produtores e consumidores, maximizando cada um

seus interesses, fazendo com que um sozinho não seja capaz de impor condições aos demais. Conforme os neoclássicos, Isso assegura um capitalismo justo e equilibrado.

Em 1929, a quebra da Bolsa de Valores de Nova York desencadeia uma profunda crise no sistema capitalista mundial. Essa crise, vinculada à falta de regulamentação e controle dos mercados pelos Estados produtores, desqualifica as ideias liberais e neoclássicas de “mão invisível” que afirmam assegurar a estabilidade econômica dos países, dispensando e condenando qualquer tipo de interferência ou planificação. Tal acontecimento também vem de encontro à ideias marxistas, especialmente aquela que afirma ser a desregulamentação total do mercado uma forma de levar o capitalismo ao colapso generalizado, provavelmente acarretando o próprio fim desse sistema.

Para combater a realidade sócio-econômica desse período, caracterizada pela quebra generalizada de empresas privadas, desemprego, miséria e a ameaça de colapsos sociais graves, a solução foi adotar as ideias do economista inglês John Maynard Keynes. Com pensamentos da escola keynesianista, que prega a intervenção do Estado e a adoção de políticas econômicas planejadas, os países iniciam um processo de revitalização econômica, mediante estatização de empresas falidas e aumento dos gastos públicos, combatendo assim também o desemprego e a miséria. Além disso, são implantados fortes programas de assistência social e redistribuição de rendas, implementando o que ficou conhecido como Welfare State, ou Estado de Bem- Estar Social.

Keynes não questiona o sistema capitalista, apenas aponta outros caminhos para a nova etapa de seu desenvolvimento. Ele argumenta que o setor privado não é capaz de por si só garantir a estabilidade da economia, pois não está apto para evitar crises como a 1929. Somente a intervenção

estatal e a planificação da economia são capazes de garantir o equilíbrio socioeconômico.

Porém, no princípio dos anos 70, o capitalismo mundial sofre um novo ciclo de crises, agravado pela queda de produtividade e pelas bruscas elevações dos preços de petróleo em 1973 e 1979. Diante desse novo cenário crítico, entra em colapso também a teoria keynesiana, pois uma certa ineficiência do Estado em gerir a economia é apontada como uma das causas da decadência econômica e social desse período.

3 O neoliberalismo

Com a crise do sistema capitalista ocidental, orientado pela teoria keynesiana, nos anos 1970, ganham destaque as idéias de um grupo de economistas europeus e americanos que, desde o final da Segunda Guerra Mundial, já se organizavam contra as ideias de Keynes. Essa nova escola de pensamento foi classificada de neoliberalismo. Após 1945, a recuperação econômica do pós-guerra na Europa Ocidental e o fabuloso crescimento das economias desenvolvidas, e algumas subdesenvolvidas, nos anos 1950 e 1960 desencorajavam qualquer iniciativa contra o keynesianismo. Somente com a crise do capitalismo ocidental da década de 1970 é que o neoliberalismo ganha força como escola de pensamento.

Inspirados por Friedrich Hayek e seu livro *O Caminho da Servidão*, vários economistas reuniram-se na estação Mont Pelerin, em 1947, na Suíça. Além de Hayek, pensadores como Milton Friedman, Karl Popper, Lionel Robbins, Ludwig Von Mises, Michael Polanyi, entre outros, ali fundam a Sociedade Mont Pelerin, que passou a se reunir a cada dois anos para combater as políticas de intervenção estatal e o Welfare State (ANDERSON, 1995).

A crise do sistema capitalista da década de 1970 é sentida com maior força nas economias desenvolvidas ocidentais, com descenso na produção industrial, aumento da inflação e na consecutiva diminuição dos níveis de lucro do empresariado desses países.

O estado keynesiano tem seus alicerces abalados, principalmente pelas crises do petróleo de 1973 e 1979. Como a dependência desse produto é imensa até hoje, a quadruplicação do preço do barril da noite para o dia praticamente quebra as finanças de muitos países, isso porque há reflexos diretos na balança comercial, que afeta a balança de pagamentos. Assim, há o aumento dos juros em escala mundial, da emissão de moeda e do déficit orçamentário, com reflexos se manifestando no aumento da inflação e na recessão econômica.

Além disso, o início de um processo hoje amplamente discutido, a globalização, também afeta diretamente essas economias. A entrada no mercado internacional dos chamados “Tigres Asiáticos” e do Japão abala fortemente o comércio interno e externo das economias desenvolvidas ocidentais, na medida em que os produtos asiáticos ofereciam condições muito mais favoráveis.

Nesse cenário, frente a uma economia debilitada e a um processo produtivo comprometido, as bases empresariais desses países desenvolvidos ocidentais começam a exigir reformas que possibilitem a retomada do crescimento e do equilíbrio econômico e, conseqüentemente, dos bons níveis de lucro, ausentes neste período.

Assim, surge a oportunidade efetiva para a emergência do neoliberalismo.

Mas, o que é realmente o neoliberalismo? Especialmente entre as décadas de 1970 e 1990, uma ampla discussão acadêmica produziu vários

estudos a respeito desse tema, dando um caráter multifacetado à chamada escola neoliberal. A questão principal se concentrou em definir o neoliberalismo como doutrina própria ou simples resgate dos princípios do liberalismo clássico.

Situada nessa segunda corrente encontra-se Sonia Draibe (1993). Essa economista desenvolve uma argumentação bem fundamentada no sentido de desclassificar o neoliberalismo como doutrina. O problema está, segundo ela, na falta de um corpo teórico neoliberal específico, pois sua “teorização” geralmente retoma bases do pensamento liberal. O neoliberalismo, para Sonia Draibe, é antes um discurso, um conjunto de práticas com pouca ou nenhuma exposição sistemática, compreendendo ações de reforma do Estado, a não intervenção estatal no mercado, etc. Citando Theret classifica-o como “(...) sistema de receitas práticas para a gestão pública”. Draibe também parafraseia Schneider para conceituar o neoliberalismo como uma espécie de “cultura da solução de problemas”, ou ainda:

Em lugar de ideologia, os neoliberais têm conceitos. Gastar é ruim. É bom ter prioridades. É ruim exigir programas. Precisamos de parcerias, não de governo forte. Falem de necessidades nacionais, não de demandas de interesses especiais. Exijam crescimento, não distribuição. Acima de tudo, tratem do futuro. Repudiem o passado. Ao cabo de pouco tempo essas ideias neoliberais começam a soar como combinação aleatória de palavras mágicas (DRAIBE, 1993).

Porém, na ampla maioria dos autores estudados, o neoliberalismo é reconhecido como teoria autônoma e não como somente uma vertente da doutrina liberal clássica.

Norberto Bobbio (1994), estudando o liberalismo e o neoliberalismo, reconhece nesse último uma doutrina ordenada, ainda que somente no campo econômico. Perry Anderson também entende o neoliberalismo como teoria autônoma, pois na introdução de seu texto *Balanço do Neoliberalismo* já escreve: "Começamos com as origens do que se pode definir do neoliberalismo como fenômeno distinto do simples liberalismo clássico, do século passado" (p. 09). Pierre Salama (1995) também reconhece a identidade particular da doutrina neoliberal, apesar de não precisar com exatidão seu conceito, pois conclui que essa teoria tomou-se "uma categoria muito difusa" em razão das formas nas quais está aplicada em diferentes realidades mundiais.

Manfredo Araújo de Oliveira (1994) fundamenta melhor essa opinião acerca da classificação do neoliberalismo como doutrina própria ao focar o "procedimento metodológico" da formatação dessa teoria:

O neoliberalismo parte do mercado como a realidade empírica central e elabora a partir dele sua postura teórica fundamental. Isto significa dizer que lhe constrói suas categorias teóricas básicas a partir de uma 'projeção ao infinito' desta realidade empírica de base, que é o mercado. (p. 11-12).

Rene Villarreal (s/d) não questiona em momento algum a existência de características teóricas próprias no pensamento neoliberal, talvez por centrar seu trabalho no estudo da complexa doutrina monetarista de Milton Friedman, uma das vertentes do neoliberalismo. Nesse sentido escreve:

Nos últimos 25 anos, Milton Friedman tem sido o principal responsável (juntamente com outros membros da Escola de Chicago), pela reabilitação da teoria quantitativa clássica, formulando a teoria quantitativa moderna da moeda, que

constitui a pedra angular da argumentação da teoria e política macroeconômica deste enfoque (...) (p. 93-94)

E ainda cita Milton Friedman tratando dessa questão: "Todo estudo empírico baseia-se num marco teórico, em um conjunto de hipóteses de caráter provisório que a demonstração deverá provar ou esclarecer (...)" (p. 93-94).

O entendimento de que o neoliberalismo possui uma teoria própria também fica evidenciado no estudo de Goran Therborn (1995) a esse respeito. Para esse autor:

Minha primeira tese é, aliás, muito simples: o neoliberalismo é uma superestrutura ideológica e política que acompanha uma transformação histórica do capitalismo moderno. Da minha perspectiva, essa superestrutura de ideologia e de prática política está, em sua forma mais doutrinária, em declínio. Isto parece ser assim, mesmo quando o discurso e a prática neoliberais continuam sendo importantes no presente e, provavelmente, também o sejam no futuro. Esta doutrina exótica que é o neoliberalismo econômico entrou na prática política através dos despachos dos ministros da Economia.

É nesse sentido que, se queremos eludir um dos riscos mais temíveis do neoliberalismo, devemos evitar eleger ministros da Economia como dirigentes máximos de nossos países. Formulo esta observação na minha condição de sociólogo sueco e não como um simples comentário político (...)" (p. 39-40).

Ainda escreve Goran Therborn sobre o porque considera o neoliberalismo como teoria, ainda que se posicionando de maneira critica:

(...) um projeto sério e racional, uma doutrina coerente e uma teoria vinculada e reforçada por outros processos históricos de transformação do capitalismo. É uma doutrina, pelo menos de fato, conectada com uma nova dinâmica tanto tecnológica e gerencial quanto financeira dos mercados de competição (...)
(apud SADER, 1995, p.182).

Outra questão fundamental para o desenvolvimento desse estudo é identificar os compromissos ideológicos da doutrina neoliberal. Em princípio, definir ideologia é tarefa complexa em ciências sociais, então se faz necessário esclarecer qual é a definição aqui adotada. Das leituras realizadas, a abordagem que mais se adequa aos objetivos desse estudo e ainda fornece um conceito instrumental analítico é a de Karl Mannheim em *Ideologia e Utopia*, sintetizado por Michael Lowy (1988) dessa maneira: "(...) ideologia é o conjunto das concepções, ideias, representações, teorias, que se orientam para a estabilização, ou legitimação, ou reprodução, da ordem estabelecida" (p. 13).

Assim, entende-se que a teoria neoliberal tem forma e ação ideológica, pois surge dentro do sistema capitalista para reafirmar, reproduzir e diversificar o capitalismo, beneficiando aqueles que são privilegiados dentro dessa formação social.

Ao se classificar o neoliberalismo como ideologia, também se pode retomar o conceito formulado por Karl Marx para tudo aquilo que é ideológico. Lowy (1988) resume essa concepção marxista sobre ideologia como sendo urn

conjunto de ideias que invertem a realidade, causam ilusão, a falsa consciência. Segundo ainda Michael Lowy:

Para Marx, claramente, ideologia é um conjunto pejorativo, um conceito crítico que implica ilusão, ou se refere a consciência deformada da realidade que se dá através da ideologia dominante: as ideias das classes dominantes são as ideologias dominantes na sociedade (p. 12).

O neoliberalismo então é ideológico tanto na ótica marxista como na de Mannheim, pois, pressupões a supremacia do mercado, do econômico, dos privilégios dos empresários sobre todos os demais interesses da sociedade, a partir de uma teoria que justifica tal interesse; é uma doutrina econômica comprometida com os interesses dominantes.

A ideologia neoliberal surge para continuar consolidando o capitalismo, aumentando os privilégios das classes interessadas nesse sistema. Pode-se notar essa tendência na medida em que o neoliberalismo condena o Welfare State como sendo o grande culpado pelas dificuldades econômicas vivenciadas pelos países ocidentais, tanto outrora como também atualmente. Rene Villarreal (s/d) cita o Manifesto Monetarista de Friedman e seus seguidores como uma das teorias que fundamentam tal ação ideológica. O desmantelamento do Welfare State é assim defendido naquele manifesto:

O princípio ético que justificava diretamente a distribuição da renda numa sociedade livre de mercado é o seguinte: a cada um, segundo o que produz ele e os instrumentos que possui (...) Havendo concorrência entre patroes e empregados, não parece haver razão para que os patrões não possam oferecer livremente aos empregados as condições que lhe

parecem melhores (...) A distribuição da renda é ainda um dos campos em que o Estado causou mais dano com algumas de suas medidas do que pode compensar com outras (...) O imposto sobre a renda com escala tão progressiva constitui um sério impedimento ao uso eficiente de nossos recursos (...) Na realidade, se as leis de salário mínimo têm algum efeito, este será o de aumentar a pobreza (...) O programa de previdência social (seguro-velhice e pensões) implica uma invasão em grande escala na vida pessoal de grande parte do país, sem que haja nenhuma justificção convincente para ele, ao menos que eu possa perceber, não só de acordo com os princípios liberais, mas de acordo com qualquer outro (...) A capacidade destes (sindicatos) de aumentar os salários de alguns trabalhadores não significa que a sindicalização geral pudesse elevar os salários de todos eles. Muito ao contrário - e esta é uma fonte muito importante de equívocos - os benefícios que os sindicatos poderosos obtêm para seus membros são conseguidos principalmente a expensas de outros trabalhadores. Os dirigentes sindicais falam sempre em conseguir salários mais altos a expensas dos lucros. Isto é impossível: estes simplesmente não são grandes o suficiente. A sindicalização geral (...) poderia significar salários mais altos para as pessoas que obtêm emprego, juntamente com um maior índice de desemprego (...) A liberdade política chegou com o mercado livre e o desenvolvimento das instituições capitalistas (...) O primeiro (princípio geral) é que a esfera do Estado tem que ser limitada. Sua função principal deve ser a de proteger nossa liberdade (...) fazer cumprir os contratos privados, fomentar os mercados competitivos (p. 480- 485).

Assim, o neoliberalismo age com força ideológica ao preservar a ordem capitalista, consolidando-a, desenvolvendo-a. Justifica a exploração quando prioriza os interesses empresariais sobre as demandas sociais, colocando estas últimas ainda como causadoras das crises capitalistas. Na verdade, o mercado procura liberdade de ação e nenhuma responsabilidade em financiar programas de assistência social. Os empresários querem pagar menos impostos, fixar livremente os salários e não terem sindicatos pressionando-os em busca de melhores condições de trabalho. Para tanto defendem as "taxas naturais" de desemprego, que lhes fomedem maior poder de barganha. Para o neoliberalismo, o Welfare State é como um câncer para a sociedade, pois impede que o Estado gaste menos e que os empresários lucrem mais.

Esta doutrina neoliberal proporciona então a base teórica utilizada pelas classes empresariais e pela direita política no sentido de reverter o quadro econômico desfavorável nos países ocidentais, tanto desenvolvidos como subdesenvolvidos.

O receituário de medidas defendido pelos neoliberais consiste, em linhas gerais, na diminuição da influência do Estado na gestão dos mercados e no fortalecimento das ações estatais no tocante ao controle de suas bases financeiras, no programa de privatizações de empresas públicas, na diminuição dos gastos públicos, em rígido programa de controle fiscal-orçamentário, no desmantelamento do Welfare State, no enfraquecimento dos sindicatos e na diminuição e/ou flexibilização dos direitos trabalhistas.

Como forma de diminuir os gastos do Estado, os neoliberais defendem o fim do Welfare State, além de colaborar com a iniciativa privada diminuindo direitos trabalhistas, "incentivando o desemprego" e enfraquecendo sindicatos. O neoliberalismo visa assim não onerar as classes empresariais com o financiamento de programas sociais, também esvaziando o poder reivindicatório dos trabalhadores junto aos patrões.

O desmantelamento do Estado de Bem-Estar Social, dentro da teoria neoliberal, é conseguido através do corte de gastos com assistência social, devendo o Estado se preocupar apenas com ações de caráter extremamente básicos, como o programa de renda mínima. Esse sistema possibilita que o governo assegure uma "renda mínima" a toda população, evitando crises de miséria e caos social. Por outro lado, este rendimento deve ter um valor que não "desestimule o trabalho", e com ele os atendidos pelo programa devem arcar com áreas que não mais serão totalmente bancadas por recursos públicos, de acordo com o neoliberalismo.

Sonia Draibe (1993) porém detecta "desvios" nessa corrente neoliberal, ocasionados pelo desenvolvimento tecnológico e pela globalização, descrevendo assim estas mudanças:

(...) Vale a pena reconstruir todo o argumento. Desde logo, ele se apóia na confirmação da profundidade da onda de inovações técnicas, organizacionais e financeiras que se vem propagando nas economias avançadas. Para além da descrição das transformações produtivas em curso, importante é reforçar o centro da tese sobre as novas exigências para a mão-de-obra: dada a aproximação entre gestão e controle dos fluxos de produção, à base das novas tecnologias, a mão-de-obra deve ser antes de tudo 'educada' e sua educação deve apoiar-se no desenvolvimento da capacidade lógico-abstrata para decodificar instruções, calcular, programar e gerenciar processos. Somente assim será capaz de inovar e assimilar rapidamente as contínuas e rápidas inovações a que está sujeita (p. 93).

A doutrina neoliberal então passa a “aceitar” gastos governamentais em outras áreas sociais básicas, como a educação e a saúde, como forma de propiciar o cenário coerente com as necessidades descritas acima. Aquelas áreas que não são priorizadas pelo poder público como alvo dos gastos sociais devem passar ao controle da iniciativa privada através do processo de privatização. Dessa forma, o governo centralizaria recursos no ensino fundamental e privatizaria as universidades, por exemplo, ou ainda financiaria a saúde pública preventiva e entregaria a os serviços de saúde paliativa para a iniciativa privada.

Quanto ao mercado de trabalho, o Estado seguidor da doutrina neoliberal deve prover a desregulamentação, deixando que a “mão invisível” equilibre o sistema. Para a melhor atuação das leis de oferta e procura, e como meio de dinamizar a economia, os teóricos neoliberais defendem o fim do salário mínimo e a possibilidade de empregadores e empregados instiurem livremente as regras da relação empregatícia, sem imposições por meio do direito trabalhista e dos sindicatos. Para eles a melhor forma de relação entre patroes e empregador é a “livre negociação”.

Na adoção dessas medidas, os governos não podem se preocupar com a igualdade e a democracia. A igualdade, segundo os neoliberais, revitalizando um conceito liberal clássico, é uma ameaça a todo o sistema. As desigualdades sociais devem ser mantidas como principio, pois têm a “virtude” de despertar em todos a vontade de trabalhar, procurando assim meios de atingirem melhores condições de vida. Sobre os possíveis conflitos que podem ser resultado da confrontação do Estado democratico frente a realidades econômicas que são geradoras de desigualdades, os neoliberais também uma posição bemn definida, apontada nesse trecho de Perry Anderson (1995),

(...) a democracia em si mesma - como explicaria incansavelmente Hayek – jamais havia sido um valor central do

neoliberalismo. A liberdade e a democracia, explicaria Hayek, podiam facilmente tomar-se incompatíveis, se a maioria democrática decidisse interferir com os direitos incondicionais de cada agente econômico de dispor de sua renda e de sua propriedade como quisesse (...) (p. 20).

O Estado neoliberal precisa criar as condições mínimas necessárias para o fortalecimento interno dessa ideologia. Atuando de forma concomitante, os governos devem promover a saída estatal do mercado econômico, renunciando ao poder intervencionista e planejador, resgatando a força da “mão invisível” das leis de oferta e procura como meio de controlar e equilibrar o sistema, bem como prover a estabilidade da economia, primeiramente através do controle das taxas de inflação.

A estabilidade econômica do Estado neoliberal é conseguida através de programas monetários e monetaristas baseados nos ensinamentos do norte-americano Milton Friedman. Aplicado de forma conjunta, esses programas consistem em diminuir a quantidade de moeda em circulação no país, adotando medidas como o controle de crédito, assim como ações do Banco Central no sentido de fiscalizar e racionalizar empréstimos bancários comerciais, por exemplo. A liberalização dessas operações acontece na medida em que a economia vai se estabilizando e se desenvolvendo.

Para efetivar tal estabilização, o governo também deve gerir melhor suas próprias contas, no sentido de alcançar o equilíbrio fiscal-orçamentário. O déficit público é um dos principais causadores de inflação, e por isso deve ser combatido. Assim, os gastos públicos devem ser diminuídos, delimitando as áreas de sua aplicação como forma de otimizar os recursos neste sentido. A tentativa de controlar o orçamento público através do aumento de impostos é sumariamente descartada, pois segundo os neoliberais tal atitude

inibe o processo produtivo, que deve, ao contrário, ser revigorado com a diminuição da carga tributária.

A teoria neoliberal fomenta então uma tendência que irá fortalecer-se cada vez mais, a financeirização da economia. Como uma das formas de controlar o crédito é o aumento dos juros, tal atitude vai propiciar uma reversão de capitais oriundos do sistema produtivo para o sistema financeiro, onde a reprodução pura e simples do dinheiro é realizada de forma mais fácil e rentável. Esse mercado rapidamente toma-se imenso, movimentando fortunas em segundos através do mundo, desenvolvendo e destruindo economias, graças aos avanços tecnológicos alcançados nas últimas décadas.

Com o fortalecimento dos mercados financeiros, os empresários passam a contar com uma fonte inesgotável de recursos à procura de investimentos vantajosos. Como defendem a necessidade dos Estados privatizarem suas empresas estatais, logo encontram nessas empresas públicas áreas estratégicas para aplicar estes investimentos. Os empresários passam então a pressionar os governos a começarem a executar seus processos de privatização. Os Estados, alegando falta de competitividade, priorização de áreas públicas básicas e incapacidade de investir, privatizam suas empresas, sendo os compradores geralmente investidores ou agências do mercado financeiro internacional, que recuperam logo esses recursos, pois os países utilizam grande parte dos recursos arrecadados no abatimento de suas dívidas junto ao mesmo mercado financeiro.

Esse receituário da teoria neoliberal, concordam quase todos os autores estudados, faz parte do "neoliberalismo radical", não praticado com extrema ortodoxia por nenhum país que tenha adotado a prática neoliberal.

Como a adoção do neoliberalismo desmonta todo um aparato social, é fácil prever a possibilidade de revolta da população ao perceber as consequências inefastas para as maiorias, principalmente naqueles países

mais desenvolvidos. Certamente por isso economistas como Milton Friedman viram no Chile a primeira oportunidade de implantar na prática as bases de sua teoria neoliberal. Essa prioridade deveu-se ao caráter ditatorial do governo liderado pelo general Augusto Pinochet, entre 1973 e 1990, condição essa que permitia a tomada das medidas econômicas neoliberais sem a preocupação com possíveis manifestações populares contrárias (VILLAREAL, s/d).

Talvez o país que tenha adotado fórmulas neoliberais de maneira mais pura tenha sido a Inglaterra, nos anos de governo da primeira-ministra conservadora Margaret Thatcher, entre 1979 e 1990. Logo que derrotou os trabalhistas em 1979, a conservadora “Dama de Ferro” submeteu a sociedade inglesa a uma profunda reforma de caráter neoliberal. O governo Thatcher equilibrou a economia, controlou a emissão monetária, diminuiu a tributação sobre altos rendimentos, liberou o mercado financeiro, desmantelou sindicatos e patrocinou um imenso e completo programa de privatizações.

Nos Estados Unidos, na gestão do presidente republicano Ronald Reagan, entre 1981 e 1989, princípios neoliberais também chegam a ser adotados, porém Numa proporção bem diferente da inglesa, pois a economia norte-americana não tinha a forte presença do Estado, bem como o Welfare State nunca foi implantado na sociedade norte-americana da mesma forma com que foi estabelecido na Europa.

Reagan desregulamentou a economia, diminui impostos e combateu sindicatos, como bem prega a cartilha do Partido Republicano. Porém, esse governo americano financiou um bilionário programa militar-armamentista, alegando a estratégia de desestabilizar o regime socialista da ex-URSS. Ronald Reagan conseguiu abalar a “ameara vermelha” soviética, porém acumulou o maior déficit orçamentário da história dos EUA, resultando na acumulação da maior dívida externa do mundo.

O curioso, entretanto, é que as medidas neoliberais aplicadas nesses e em outros países ocidentais conseguiram alcançar algumas metas, mas também apresentam fracassos frente ao ideário neoliberal mais ortodoxo. O sucesso é conseguido na medida em que as ações neoliberais conseguem estabilizar a economia, baixando a inflação, e em retomar os níveis de lucro das empresas nesses países. O fracasso se verifica na tentativa de retomar os índices de crescimento econômico anteriores à década de 1980. É certo que os índices de alguns países melhoraram, mas são ínfimos perto dos apresentados anteriormente à crise do petróleo.

Na atualidade, talvez o único país que ainda apresenta índices de crescimento econômico em torno dos dez por cento anuais é a China. O desenvolvimento desse país asiático deveu-se, e certamente ainda deve-se, a intervenção e planificação da economia realizada por parte do Estado. Apesar das suspeitas que pairam sobre os chineses, como as acusações de exploração de mão-de-obra barata sem direitos ou garantias, prática de “pirataria” e manipulação cambial, países como a China conseguem bons índices econômicos e também sociais, tendo inclusive destaque nos rankings de avaliação educacional.

Na América Latina a doutrina neoliberal foi apresentada por meio das práticas sugeridas no chamado Consenso de Washington, que nada mais representa do que uma série de medidas impostas aos países latino-americanos pelo Fundo Monetário Internacional (FMI) especialmente durante os anos 1980 e 1990, como forma de “corrigir” suas problemáticas economias. A doutrina deste consenso impunha dez metas básicas a serem enquadradas nas realidades latino-americanas: disciplina fiscal, redução dos gastos públicos, reforma tributária, liberalização financeira, regime cambial, liberalização comercial, investimento direto estrangeiro, privatização das empresas estatais, desregulamentação do mercado e políticas de respeito à propriedade intelectual (BATISTA, 1994). A cartilha do Consenso de

Washington é o reflexo da teoria neoliberal já exposta nesse capítulo, com algumas particularidades próprias aos países subdesenvolvidos.

Tanto na Europa quanto na América Latina, verificou-se a partir dos últimos anos da década de 1990 e durante a primeira década do século XXI, no âmbito político, verificou-se que a implantação de ações neoliberais trouxe mazelas sociais que provocaram nos cidadãos a vontade de mudança no controle dos Estados. Na Europa, por exemplo, houve a chamada “Onda Rosa”, com partidos de centro-esquerda saindo vitoriosos em eleições como em Portugal (em 1995, com o Partido Socialista), na Inglaterra (em 1997, com o Partido Trabalhista), na Alemanha (em 1998, com o Partido Social Democrático) e na Espanha (em 2004, com o Partido Socialista Obreiro Espanhol). Da mesma forma, na América do Sul, partidos e políticos de centroesquerda obtiveram vitórias em vários países, inclusive no Chile.

Verificou-se nesses países o apoio a partidos e candidatos ligados a revitalização das questões sociais como um todo, passando pela reintensificação das ações de seguridade social e de distribuição de renda. Contudo, a última crise financeira mundial desencadeada em 2008 tem provocado, especialmente na Europa, a retomada de poder por partidos de direita e até mesmo a adoção de medidas neoliberais por governos de centro-esquerda, como já citado no caso da Espanha.

Para Robert Kurz (1997), o capitalismo tem mostrado uma força cada vez mais agressiva a cada crise que ameaça enfraquecê-lo, como meio de não só de protegê-lo das crises, mas também para mantê-lo como ordem estabelecida, e é assim desde à época do liberalismo clássico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a crise financeira iniciada em 2008, Supiot (2010) destaca que recrudescer a influência de algumas idéias defendidas pelos neoliberais nas décadas finais do século passado, especialmente contra aquilo que ele classifica como “rigidez do emprego”. São medidas defendidas contra aquilo que se classifica como: dificuldade de contratação, restrições à livre estipulação de jornadas de trabalho, imposições de sanções contra a dispensa arbitrária e adoção de salário mínimo. O autor completa esclarecendo: quando se voltam contra a “rigidez do emprego”, pensadores como os neoliberais na verdade atacam o que para eles é o “custo do trabalho”, mesmo que isso signifique a precarização dos sistemas de proteção do trabalhador.

Assim, aqui reside a importância de retonar o estudo do ideário neoliberal, e também das consequências provocadas pela sua influência em diversas medidas governamentais tomadas na América Latina entre as décadas de 1970 e 1990, inclusive com reformas laborais com resultados desastrosos. Esse trabalho espera haver contribuído com esse objetivo.

BIBLIOGRAFÍA

- ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo, in: Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.
- BARBAGELATA, Héctor-Hugo. El particularismo del Derecho del Trabajo y los Derechos Humanos Laborales. Montevideo: FCU, 2009.
- BATISTA, Paulo Nogueira. O Consenso de Washington. São Paulo: PEDEX, 1994.
- BOBBIO, Norberto. Liberalismo e Democracia. São Paulo: Brasiliense, 1994.
- CARNEIRO, Ricardo (org.). Os clássicos da economia 1. São Paulo: Atica, 1997.
- Os clássicos da economia 2. São Paulo: Atica, 1997.
- DRAIBE, Sonia M. As políticas sociais e o neoliberalismo, in: Revista USP, n. 17. São Paulo: USP, 1993.
- FORRESTER, Viviane. O horror econômico. São Paulo: Editora UNESP: 1997.
- KURZ, Robert. Gênese do absolutismo de mercado, in: Folha de São Paulo, 08 jun. 1997, p. 03.
- LÖWY, Michael. Ideologias e ciências sociais. São Paulo: Cortez, 1988.
- OLIVEIRA, Manfredo Araujo de, et ali. Neoliberalismo e o pensamento cristão. Petrópolis: Vozes, 1994.

SALAMA, Pierre. Para uma nova compreensão da crise, in: Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

SUPIOT, Alain. Perspectiva jurídica de la crisis económica de 2008. Revista Internacional del Trabajo, vol. 129 (2010), núm. 2.

THERBORN, Goran. A Crise Futura do Capitalismo, in: Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

VALDOVINOS, Oscar et al. Estado actual del sistema de relaciones laborales em la Argentina. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2008.

VILLAREAL, René. A contra-revolução monetarista. São Paulo: Record, s/d.

Del Seminario permanente de Spes



MONOGRAFÍA

Riggs vs Palmer: Las arbitrariedades del sistema **“más discrecional”**

Krncsék, Joaquín (S)

Introducción

En el siguiente trabajo se hará un análisis estructural de las mayorías y minorías del fallo Riggs vs Palmer, dictado por el tribunal de apelaciones de Nueva York en el año 1889.

La sentencia versa básicamente en que se ordena al tribunal dictaminar sobre si el demandado Elmer Palmer, quien cumple condena por homicidio en un reformatorio, debe recibir la herencia que le corresponde por la muerte de su abuelo siendo el demandado el asesino del citado pariente. Cabe aclarar que existen leyes sobre sucesiones en los estados unidos pero nada dicen acerca de lo que se resuelve en este caso, sin embargo, sí existen normas taxativas en cuanto a las causales de revocación y modificación de testamentos, entre las que no se encuentra el homicidio.

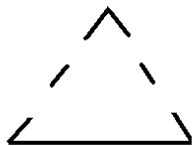
Presentado el problema, cabe analizar los argumentos de la mayoría por los cuales se negó la herencia, anticipando que los enmarcaremos dentro de una concepción iusnaturalista del derecho. Luego de ésto, se analizará la opinión discrepante de la minoría.

Voto del juez Earl, al que concurre la mayoría.

“Es totalmente cierto que las leyes que regulan la preparación, prueba y efectos de los testamentos, y la transmisión de la propiedad, si son interpretados literalmente, y si su vigencia y efecto no pueden ser controladas o modificadas de ninguna forma y bajo ninguna circunstancia, otorgan esta propiedad al asesino. [...] Un método común de interpretación que la intención del legislador es tan ley como si fuera la propia letra de la ley; y algo que está en la letra de la ley no está incluido en la ley a menos que esté dentro de la intención del legislador. [...] Rutherford, en sus *Institutes of Natural laws* (página 407) dice: «Cuando hacemos uso de la interpretación racional, algunas veces restringimos el significado del escrito para tomar menos, y algunas veces extendemos o ampliamos su significado para tomar más de lo que sus palabras expresan». ». En algunos casos la letra de la ley se restringe mediante una interpretación equitativa, en otras se extiende; en otros la interpretación es contraria a la letra de la ley.”

Es interesante destacar en este primer extracto que el juez reconoce la existencia de una racionalidad del sistema en su Estado, que en este caso,

como estamos en un sistema de Common Law, vendría a estar conformado por leyes federales y precedentes judiciales, cuyos vacíos debe completar el juez (ver gráfico). Por las razones que brinda, decide apartarse del sistema y de las leyes atendiendo a su propia interpretación, modificando la ley a lo que él comprenda como aquello que el legislador quiso expresar. Para ésto, cita el libro “Institutos del Derecho Natural” anticipando una postura iusnaturalista. Es bueno aclarar que en este caso existe una ley clara sobre la revocación de testamentos, sin embargo el juez justifica, como se vera más adelante, una interpretación extensiva mediante máximas del derecho natural.



“Cuando algunas cuestiones colaterales surgen de las palabras generales y devienen en irrazonables, entonces los jueces deben tener la decencia de concluir que la consecuencia no fue prevista por el Parlamento, y, por tanto, ellos están en libertad de exponer la ley por equidad y solamente no tenerlo en cuenta quo ad hoc.”

En este extracto el juez Earl decide directamente, más allá de la precisión y claridad de la ley y el sistema por el cual está regido, que sea el juez quien legisle por encima de los representantes del pueblo, violando de esta forma la democracia representativa. A su vez, cabe expresar que consagra a la escuela realista que sostiene principalmente que es el juez quien hace el derecho (Escuela que da sustento al sistema de la mayoría de

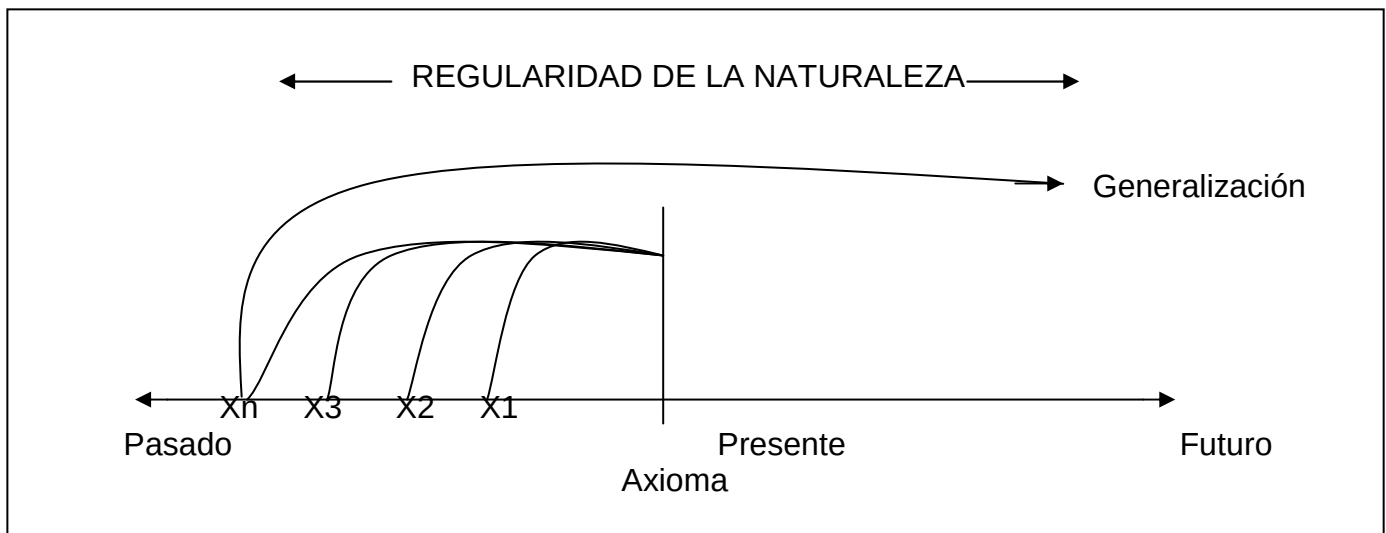
los Estados norteamericanos). Atravesado por la moral de la mayoría, el juez entiende que puede escapar a la ley que lo demarca.

Por otro lado, haciendo un análisis actual, estas disposiciones del juez no cumplirían el estándar impuesto por la Opinión consultiva número 6/86 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual básicamente expresa que no se podrán restringir derechos sino por medio de ley formal emanada del poder legislativo con arreglo a mandatos constitucionales, con la excepción de la delegación legislativa normada constitucionalmente. En este caso sería el juez quien legisla y no se cumpliría con el examen de legalidad de la norma.

■ “Se ordena en el Decálogo que no debe hacerse ningún trabajo en *Sabbath* y, no obstante, dándole a dicha orden una interpretación racional fundada, el Juez Infalible consideró que no están prohibidos los trabajos de necesidad, caridad o benevolencia en tal día.”

En este pasaje el juez cita a dios como el juez que no se equivoca y retoma la idea del iusnaturalismo al atravesar el derecho con la moral de la mayoría. Como se ha expresado, el iusnaturalismo pregona que sobre el derecho del hombre existe un orden superior al que el primero debe adecuarse para ser justo, siempre sobre el fundamento de verdades absolutas. A continuación se explicara el problema del que adolecen los fundamentos basados en verdades absolutas: el método que emplea el ser humano para conseguir estas verdades, y todas las demás (en fin para conocer) es el método inductivo cuya estructura solo nos permite dar con verdades que son relativas, y ésto se explica por medio de los aportes necesarios que realiza el sujeto durante la investigación, los que llamamos arbitrariedades; entre ellos la elección del punto de partida (axioma), la selección de experiencias en cuanto a calidad y cantidad, la cantidad de

excepciones que pueda soportar la comprobación, la suposición de una regularidad de la naturaleza hacia el pasado y su extensión al futuro en la generalización. A su vez, el sujeto es arbitrario en cuanto al método a emplear y la forma de comprobación de su investigación. Esto podría graficarse de la siguiente forma:



Como se ha expresado en el párrafo anterior, en el par S/O de la investigación (un sujeto cognoscente investiga un objeto a elección) es el sujeto quien aporta necesariamente las arbitrariedades dando como resultado que este método empleado arroje verdades relativas cuya justificación no puede darse en el marco de las herramientas metodológicas con las que se cuenta.

Por lo anterior, puede notarse que el argumento de la escuela iusnaturalista adolece de un problema de justificación.

■ “[...] tanto todas las leyes como todos los contratos deben ser controlados en su realización y efecto por máximas generales y fundamentales del *common law*. Estas máximas son dictadas por el orden público, tienen su fundamento en el derecho universal administrado en todas las naciones civilizadas y en ningún lugar

pueden ser sustituidas por las leyes. Estas máximas, sin que ninguna ley las dé vigencia o efectividad, frecuentemente controlan el efecto y anulan las palabras de los testamentos.”

El juez pregona la existencia de Máximas superiores y externas al sistema pero que lo rigen y conducen a la Justicia y lo Bueno. Vuelve, entonces, a tomar un argumento iusnaturalista. El magistrado pretende, de esta manera, explicar el derecho de forma estructural (Nivel 1 ¿Qué es el derecho?) pero lo explica desde una concepción propia y atravesada por el pensamiento de una de las tantas escuelas del derecho (se encuentra en el nivel 2 de ¿cómo es el derecho?).

Interpretación		IV Cómo se aplica
Common Law	Sistema Continental	III Cómo funciona Analítico estructural macro
P / I / EC / R / S		II Cómo es
P > Q		I Qué es el derecho Analítico estructural micro

Sobre el final de su argumento, el juez comprende que las Máximas superiores al derecho vigente vienen a suplir a la racionalidad del sistema, cuando el magistrado considere que sea necesario. (Nivel IV interpretación judicial). Cabe aclarar que no solo en casos en que la racionalidad no tiene solución para el problema en cuestión³⁰, sino también cuando exista la solución dentro del sistema.

³⁰ Como vendría a serlo la interpretación que se puede dar por los artículos del 15, 16 y 17 de nuestro Código Civil.

■ “Elmer, por tanto, asesinó al testador expresamente para conferirle a sí mismo una herencia. En tales circunstancias, ¿qué derecho, humano o divino, le permitiría tomar la herencia y disfrutar de los frutos de su crimen? La voluntad del testador habló y se hizo efectiva a su muerte; Elmer causó esta muerte y a través de su crimen la hizo hablar y ser eficaz. ¿Haría y sería eficaz en su favor?”

Cabe preguntar si existe otro derecho que el humano, que es el derecho vigente. Bajo sus propias convicciones que debía dejar de lado al sentenciar, existe otro tipo de derecho y por lo visto a través de toda la sentencia viene a ser superior y necesariamente el derecho humano debe adecuarse a éste.

Por otra parte, el juez realiza preguntas contrafácticas que no tienen respuestas desde los hechos del caso y son meramente conjeturales, sobre las cuales no debería fundar su sentencia.

■ “Bajo el derecho de tradición romanística se desarrolló, desde principios generales del derecho natural y de justicia, por muchas generaciones de jurisconsultos, filósofos y estadistas que alguien no puede tomar propiedad o herencia de un ascendiente o benefactor al cual ha asesinado. [...] El derecho continental europeo les fue familiar a nuestros revisores y legisladores y no estimaron importante incorporar a nuestras leyes sus disposiciones sobre este asunto.”

■ “Nuestra atención gira ahora hacia *Owens c. Owens* (100 N. C. 240), un caso totalmente similar. Aquí una esposa ha sido condenada de ser

cómplice del asesinato de su esposo y se consideró que ella estaba, no obstante, legitimada a la dote de viudedad. No estoy dispuesto a aceptar la doctrina de este caso. La ley provee una dote para una esposa que al tener la desgracia de sobrevivir a su marido pierde su sustento y protección. Está claro que va más allá de este propósito hacer disposiciones para una esposa que con su propio crimen se ha hecho viuda a sí misma y deliberada e intencionadamente se priva a sí misma del sustento y la protección de su marido. Como ella podría haber muerto antes que él y, por tanto, nunca haber sido viuda no puede concederse a sí misma una herencia por su crimen.”

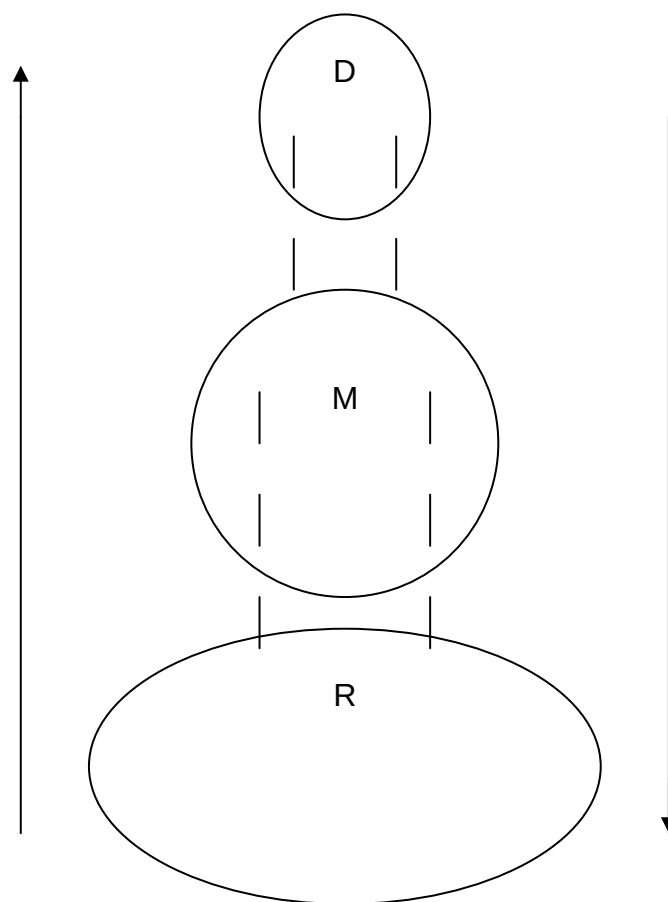
En estos últimos dos argumentos puede notarse que el juez hace realmente lo que le place con su propio sistema. En primer lugar cita fuentes del sistema continental para intentar justificar su pensamiento escapando al marco que le brinda su sistema. En segundo lugar, no escapa de su sistema en sí sino que hace caso omiso a su funcionamiento, en cuanto a que los precedentes iguales forman parte de la racionalidad y revisten el carácter de obligatoriedad para los jueces, y el magistrado no debería poder apartarse fácilmente de la jurisprudencia, justamente por que serían casos no idénticos pero si iguales. Esto último deja en evidencia que el sistema del Common Law (si bien puede estar más cerca de la realidad) es claramente arbitrario y discrecional, por que a pesar de las reglas que demarcan las competencias del juez, este puede con cualquier justificación apartarse del precedente y sentenciar lo que le parezca, lo que deja entrever que en el último nivel, el interpretativo, no necesariamente hay independencia sino que pueden existir fuertes presiones políticas para que el juez sentencie de cierta manera.

Como conclusión particular de este análisis puede desprenderse que todo sistema de derecho exige una aplicación razonable, adecuada a la realidad, pero que no escape a la racionalidad del mismo sistema, intentando imponer la moral de una mayoría, no necesariamente numérica sino en cuanto al poder político que detenta.

Voto discrepante del juez Gray, al que concurre el juez Danforth.

■ “Si yo creyera que la decisión de la cuestión podría ser afectada por consideraciones de naturaleza equitativa [*equitable nature*] no debería dudar en asentir la perspectiva que nos compromete con la conciencia. Pero la cuestión no surge del dominio de la conciencia. Estamos vinculados por rígidas reglas de derecho, las cuales han sido establecidas por el legislador, y es dentro de estos límites donde está confinada la determinación de esta cuestión. La pregunta con la que estamos tratando no es otra que la de si una disposición testamentaria puede ser alterada o un testamento ser revocado, después de la muerte del testador, a través de una apelación a los tribunales, cuando el legislador ha prescrito exactamente, por medio de sus promulgaciones, cuándo y cómo los testamentos serán preparados, alterados y revocados. Y, aparentemente, como me parece a mí, cuando los testamentos han cumplido totalmente con estos requisitos, no queda espacio para el ejercicio por los tribunales de una jurisdicción equitativa sobre tales cuestiones.”

El juez en este caso argumenta de manera muy diferente a la mayoría, reconoce la racionalidad del sistema y aparta sus concepciones personales logrando una mayor objetividad. Entiende que en caso de existir máximas superiores estas rigen al poder legislativo, por lo que podría enmarcárselo en un iusnaturalismo legislativo. Es interesante destacar que en la aplicación (Nivel 4), el juez entiende que la razonabilidad es adaptar el derecho a la realidad atravesando la moral, pero no la moral de una mayoría de poder que no incluye a las minorías



- “El argumento de las apelantes no está respaldado por referencia a aquellas normas del derecho de tradición romanística o por normas de otros gobiernos, por las cuales el heredero o legatario está excluido del beneficio dentro del testamento si ha sido condenado por dar muerte, o

intentar dar muerte, al testador. En ausencia de tal legislación aquí, los tribunales no están facultados para establecer tal sistema de justicia terapéutica.”

De forma contraria a la mayoría, cita al derecho continental pero para expresar que ésto no alcanza para justificar el no otorgamiento de la herencia, tampoco la mera presunción de que ha servido como fuente a los parlamentarios de Estados Unidos. Reconoce, entonces, que no se encuentra dentro de la racionalidad del sistema por que no es ley ni precedente obligatorio.

■ “Reconozco que las reglas de derecho que anulan las disposiciones testamentarias hechas en beneficio de aquellos que se han convertido en indignos de ellas pueden estar basadas en principios de equidad y de justicia natural.[...] Pero estos principios solo sugieren razones suficientes para la promulgación de leyes que prevean tales casos.”

El juez Gray vuelve a retomar el argumento de que en caso de existir principios o máximas que reglen el derecho, éstas deben ser tomadas por los legisladores al momento de realizar sus funciones, y no por el juez al momento de dictar sentencia.

■ “Las leyes de este Estado han dispuesto varias formas en las cuales un testamento puede ser revisado o revocado, pero la misma disposición que define los modos de modificación y revocación implica una

prohibición de alteración o revocación de cualquier otra forma diferente. Las palabras de esta sección de la ley son: «Ningún testamento por escrito, excepto en los casos aquí mencionados, ni siquiera en parte alguna, podrá ser revocado o alterado de otra forma» [...] La determinación de los hechos por el árbitro de que, presumiblemente, el testador habría alterado su testamento de haber conocido el intento de asesinato de su nieto no puede afectar la cuestión. Podríamos concederle mayor extensión, pero aún seguirían las objeciones cardinales sin refutación, dado que la preparación y revocación de un testamento son materias de pura regulación legislativa, por lo que al tribunal le está vedada la determinación de las cuestiones relativas a estos actos.”

El magistrado toma el argumento de que la ley es clara y precisa y no hay por que escapar a ella (reconoce la racionalidad del sistema), por lo tanto la mera presunción de cambios es contrafáctica y no alcanza para justificar la sentencia, ya que escapa a la tarea del juez y pasa a ser competencia legislativa. Luego de ésto cita dos casos *Gains vs. Gains* y *Leaycraft vs Simmons*, que, a su entender, no son iguales, por lo tanto no obligatorios, pero que se resuelven de forma similar a su pensamiento y servirían para fundar la sentencia. De esta manera esta reconociendo la forma en la cual funciona el sistema del Common Law.

■ “Que como el legatario ha sido culpable de un crimen por cuya comisión se ha puesto en una posición de recibir más pronto los beneficios de la disposición testamentaria, debe perder sus derechos a la propiedad y ser privado de su patrimonio. Permitir prevalecer este

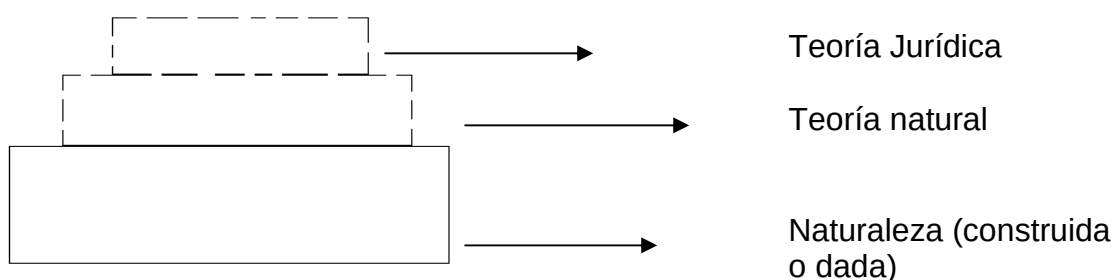
argumento implicaría la desviación del Tribunal del patrimonio del testador a manos de personas a quienes, posiblemente, como todos sabemos, el testador podría no haber escogido o deseado como destinatarios. En términos prácticos, se le ha pedido al Tribunal hacer otro testamento en nombre del testador. Las leyes no garantizan esta acción judicial y la mera presunción no sería suficiente para sostenerla.”

Por último, expresa que la función del juez en este caso no es suplir la voluntad de las partes plasmada en el testamento válido, tampoco existe ley ni precedente que garantice tal defensa para el accionante. Reconoce entonces la autonomía de la voluntad siempre que no vaya en contra del orden público que en palabras del juez *“está satisfecho con la ejecución adecuada de las leyes y el castigo del crimen”*. _

CONCLUSIÓN

Lo analizado durante este trabajo muestra a las claras los problemas que presenta el Common Law, como se anticipaba en el título, al no disponer de cantidad de leyes precisas, taxativas y generales. De esta forma, se deja al arbitrio del juez infinidad de situaciones, lo que lo hace más permeable a las presiones políticas. Por lo tanto, este sistema laxo permite al juez apartarse y tomar los precedentes que decida sin consecuencias, llevando a diferentes resoluciones, incluso existiendo la solución legislativa.

A su vez, se ha dejado en claro que de una misma causa y de iguales hechos se logran distintas resoluciones por dentro y por fuera de la racionalidad del sistema, esto permite ver que el derecho está armada en base a verdades relativas, lo que puede notarse si entendemos que la teoría jurídica esta construida por sobre teoría natural que también es relativa, debido a las arbitrariedades que presenta la herramienta metodológica que se emplea para llegar tanto a leyes naturales como jurídicas, lo que puede observarse en el siguiente gráfico.



CONSIDERACIONES EN TORNO A LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA INDÍGENA. MÉXICO 2001

Sara Berenice Orta Flores*

*«Ya he llegado yo, ya estoy aquí presente, yo cantor.
Gozad en buena hora,
vengan hacia acá a presentarse aquellos que tienen doliente el corazón.
Yo elevo mi canto».*

Poesía Náhuatl

Introducción

En la década de los ochentas se hizo patente una preocupación que se extendió en forma globalizada: la situación de los pueblos indígenas en el mundo. Emergió un nuevo sujeto de derecho internacional. Las condiciones de desarrollo de los pueblos originarios dejaron de ser un asunto interno cada Estado³¹. Éstos, a partir de entonces, ya no han podido soslayar el

*Profesora Investigadora de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, Campus Huasteca, México.
(berenice@uaslp.mx)

³¹ Susana Thalía, Pedroza de la Llave, “A propósito de las comunidades indígenas: el artículo 25 de la constitución del estado de Oaxaca (1990) y el Código de Instituciones Políticas y Procedimientos Electorales (1992) adicionados en 1995”. *Boletín mexicano de derecho comparado*, Número 86, Sección de Estudios Legislativos, 1996. Texto completo en :
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/86/el/el16.htm>, 05 de noviembre de 2010.

tema en su normativa constitucional, pues corren el riesgo de ser condenados por la comunidad internacional, y eso, sabemos, se paga caro.

En México, el Presidente de la República Carlos Salinas de Gortari (1988-1994) supo que para el proceso de conversión neoliberal que estaba impulsando, era necesario seguir los estándares que marcaba la tendencia trasnacional. Por ello, por su necesidad de legitimación política (interna y externa), propuso una adición constitucional en 1992 al artículo 4º, para establecer: “La Nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. La Ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social, y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado. En los juicios y procedimientos agrarios en que aquellos sean parte, se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas en los términos que establezca la ley. ...”

La reforma aprobada a principios de los noventa, no fue suficiente. Fue hasta el 2001, cuando los derechos indígenas como derechos fundamentales colectivos experimentaron un relativo avance, además, a partir de la fecha, los lineamientos en las políticas públicas enfocados a beneficiar a la población originaria se incrementaron. Esto no fue mágico, ni tampoco surgió de la buena voluntad de los representantes populares. La reforma constitucional que posibilitó lo anterior, se concretó como consecuencia del levantamiento del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) iniciado en enero de 1994.

No es nuestra intención aseverar que a partir de la reforma constitucional del 2001 la situación de pobreza y marginación indígena se ha superado, ni tampoco que se ha avanzado considerablemente; solo que se ha avanzado.

El interés del Estado mexicano por mostrarse aptos para una economía de mercado abierta, ha dejado muy poco espacio para atender sus necesidades primarias de educación, salud, cultura y producción interna. Las

políticas asistenciales se han convertido en el paliativo que blanquea la conciencia del Estado.

El objetivo de esta aportación es destacar algunos puntos de las normas sustanciales (de fondo) y formales (o forma)³² en materia indígena en México. En concreto, nos detendremos en los siguientes temas: autonomía de los pueblos indígenas, posesión de tierras, justicia y democracia directa. Esto, por ser gran parte de los legítimos reclamos que envolvieron la reforma constitucional del 2001. Además, brevemente se hará una descripción del contexto social y político que envolvió a ésta.

Contexto social.

Casi el cuarenta por ciento de los 40 millones de indígenas que habitan el Continente Americano viven en México. Del total de los 112 millones de habitantes mexicanos, quince millones son indígenas. Se tiene registrado que los pueblos originarios mexicanos hablan 70 lenguas diferentes. Tan solo en la entidad federativa de Oaxaca se hablan más lenguas indígenas que idiomas en el Continente Europeo.

Los pueblos indígenas habitan 25 de las 32 entidades federativas mexicanas y poseen alrededor de una quinta parte del territorio nacional. De un total de 2443 municipios, solamente en 30 no hay presencia indígena. De los municipios con más de 5,000 habitantes, a 871 se les considera eminentemente indígenas o con presencia indígena -por representar al menos el 40 por ciento de esa población-. En sí, debido a las necesidades

³² “El derecho de fondo tiene preeminencia sobre el de forma, y este último aparece en segundo término solo como un complemento para lograr la efectiva realización del primero”. (Cf. Diana R., Cañal, *Decisiones judiciales. La relación entre normas de fondo y de forma. Una mirada desde el derecho del trabajo*, Editorial Quorum, 2006, p. 69. El Derecho formal (o de forma) “es el encargado del tránsito desde la mera norma hasta su efectiva aplicación o acatamiento. Es el que termina de precisar el cómo, el cuándo y el quién”. (Cf. Diana R., Cañal, *Una visión pragmática del derecho*, Editorial Quorum, Buenos Aires, 2003, p. 33.)

laborales, y por tanto, a la migración dentro del territorio nacional, la población indígena en México se encuentra diseminada en todo el país.

No debe obviarse que los indígenas cuentan con los índices más altos de pobreza, de enfermedad, de marginación y de niveles de desnutrición y analfabetismo. De acuerdo a un informe de la Secretaría de Educación Pública de México, a principios de 1990, 54 por ciento de los indígenas que habitaban en Chiapas (lugar del levantamiento zapatista) no sabía leer ni escribir y 49% no había recibido ningún tipo de educación. Según datos de la Oficina Presidencial para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, de los 476 municipios con más alta marginación, un total de 373 son indígenas, donde habitan 4 millones 400 mil mexicanos, concentrados particularmente en la zona sur del país.

Es así que el 75 por ciento de los quince millones de indígenas que viven en México son pobres. El 80 por ciento de los habitantes de pueblos originarios tienen un ingreso promedio de unos US\$6 al día, según reconoce el Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012 del gobierno federal. Por si esto fuera poco, según la Unesco, las mujeres mexicanas que hablan una lengua indígena tienen 15 veces menos posibilidades de aprender a leer y escribir. La mortalidad infantil en estas comunidades es de un 60%, muy superior a la del resto de los mexicanos, esto lo afirma el Consejo Nacional de Población.³³

Existe además, en el tema de los pueblos originarios, un enorme rezago en la aplicación de la justicia, y sobre todo en lo que respecta a la distribución de la riqueza y de los medios de producción. La riqueza de unos cuantos contrasta con la miseria de campesinos, indios y mestizos. Esta

³³ Cf. BBC Mundo página oficial, *Indígenas en México: "nada que festejar"* Última actualización: 13/09/2010.

problemática es más aguda en el medio rural pues allí se concentra la mayoría de la población indígena.³⁴

Contexto político.

El primero de enero de 1994 se levantó en armas el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) en el Estado de Chiapas³⁵. El gobierno mexicano respondió con sus fuerzas armadas, pero ante la presión social tanto nacional como internacional en contra de las acciones bélicas de Estado, el 12 de enero el entonces presidente Carlos Salinas de Gortari ordenó al ejército el cese al fuego. Fue hasta el 21 de febrero, cuando comenzaron las conversaciones de paz en San Cristóbal de las Casas, Chiapas.

Una de las respuestas más afortunadas del Estado mexicano fue crear la Comisión de Concordia y Pacificación (COCOPA) en marzo de 1995, integrada por diputados y senadores federales de todos los partidos políticos, así como por integrantes del EZLN.

En febrero de 1996 se alcanza el primer gran acuerdo firmado por el EZLN, avalado por la COCOPA y otras comisiones de pacificación. A este

³⁴ Vera Calderón, Rodolfo, México: El conflicto zapatista, desarrollo e implicaciones. Una visión político económica, *EUA, 2010*, p. 1 (*Manuscrito en prensa, facilitado por el autor*)

³⁵ “Sin ser casualidad que en México al mismo tiempo entraba en vigor el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). El 12 de agosto de 1992 culminaron las conversaciones mantenidas por los gobiernos de México, Estados Unidos y Canadá para concretar un mercado común regional, a través de la firma del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), NAFTA según sus siglas en inglés (North American Free Trade Agreement). Se trata de un mercado de 360 millones de personas y de 6 mil millones de dólares de producción. La negociación duró 14 meses, discutiéndose la eliminación de tarifas de importación, la reducción de los controles aduaneros, y la reconversión de los mecanismos burocráticos que limitan el intercambio regional. En diciembre de 1992, los presidentes George Bush de Estados Unidos, Carlos Salinas de Gortari de México, y el primer ministro de Canadá, Brian Mulroney, firmaron el TLC en actos simultáneos celebrados en las capitales de los tres países, aunque luego se requirió la aprobación de las respectivas legislaturas. Desde que el presidente William Clinton asumió el gobierno de Estados Unidos en 1993, los acuerdos no avanzaron en la medida prevista; sin embargo, en noviembre de 1993 el congreso estadounidense, por una escasa mayoría, ratificó también el tratado. El tratado entro en vigor el primero de enero de 1994, conformándose entonces el mayor bloque comercial del mundo, aunque paralelamente trajo cambio económicos, sociales y culturales cuyos efectos eran difíciles de prever”. Cf. *Ibídem*, p. 3.

pacto se le llamó *Acuerdos de San Andrés Larraízar*. Tras una consulta popular, tuvieron una aceptación de 96% de los pueblos indígenas.³⁶

En noviembre de 1996 se elabora por la COCOPA la iniciativa de reforma constitucional en materia de derechos y cultura indígena. Esta iniciativa buscó recoger la esencia de los Acuerdos de San Andrés Larraízar, firmados con anterioridad.

En diciembre de 2000, el recién Presidente Vicente Fox Quesada (que desbancó al Partido Revolucionario Institucional tras una hegemonía de setenta años), con el compromiso de campaña de lograr la paz en Chiapas³⁷, retomó la iniciativa de reforma constitucional elaborada años atrás por la COCOPA y la presentó al Senado de la República. Cabe señalar que Vicente Fox no cambió ni una coma del texto original elaborado por la Comisión de Concordia y Pacificación, con el propósito de dar una muestra de interés por lograr la paz en Chiapas. Sin embargo, agregó en la exposición de motivos, criterios interpretativos que finalmente limitaron el alcance de la propuesta. Lo que nos hace dudar de su franca disposición conciliadora.

El 11 de marzo de 2001, llegó la delegación zapatista a la Ciudad de México, después de una marcha de más de 3 mil kilómetros desde el estado de Chiapas hasta la Capital del país -haciendo exactamente la misma ruta que realizó Emiliano Zapata en 1914- para establecer un diálogo con el Poder Legislativo y así proponer la creación de una ley que por fin protegiera a los más de diez millones de indígenas, de ese entonces.

El 28 de marzo de 2001 comparecieron miembros del Ejército Zapatista de Liberación Nacional a la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, para expresar sus denuncias ante los parlamentarios y la nación mexicana.

El mes siguiente la iniciativa de reforma constitucional fue aprobada primeramente por la Cámara de Senadores en su calidad de Cámara de

³⁶ De la Grange, Bertrand. "Les zapatistes contre le <<cauchemar néolibéral>>." *Le Monde*. París, 11 de abril de 1996.

³⁷ Afirmó que ese conflicto lo resolvería en quince minutos. Aún no sabemos de a qué año se refería, hasta la fecha no ha concluido la lucha zapatista.

Origen el 25 de abril, y aprobada por la Cámara de Diputados federal como Cámara Revisora el 28 de abril de 2001³⁸.

Días después, el día 29 de abril, el EZLN desconoció formalmente la reforma constitucional sobre derechos y cultura indígenas, por no respetar los acuerdos de la COCOPA (ni los de San Andrés Larraízar) y rompió además el diálogo con el Gobierno mexicano.

Libre determinación de los pueblos indígenas

Hay que tener en cuenta que desde la primera negociación con el gobierno se destacaron 34 demandas del EZLN, en las que además de temas de salud, vivienda, educación, saneamiento ambiental, electrificación, situación de la mujer, información independiente y libertad de los presos políticos y sociales, se plantearon tres asuntos de fondo: a) el respeto a los derechos, la cultura y las formas de auto-gobierno de los indígenas; b) el reparto de tierras, y c) la realización de elecciones libres y democráticas.

Las aspiraciones del EZLN nunca estuvieron encaminadas a quebrantar el Estado de derecho en México. Al contrario, básicamente solicitaban la inserción como pueblo no reconocido por el orden jurídico, y el cumplimiento de demandas muy particulares surgidos de la heterogeneidad del pueblo mexicano. Es interesante resaltar un fragmento de la Declaración de la Selva Lacandona – la primera declaración de guerra- que dice: “Rechazamos de antemano cualquier intento de desvirtuar la justa causa de nuestra lucha acusándola de narcotráfico, narcoguerrilla, bandidaje u otro calificativo que puedan usar nuestros enemigos. Nuestra lucha se apega al derecho constitucional y es abanderada por la justicia y la igualdad”³⁹.

³⁸ Por unanimidad favorable de 386 votos, y en lo particular los artículos reservados se aprobaron por 369 votos a favor de una votación total de 382, lográndose también la mayoría calificada.

³⁹ Texto completo en: <http://palabra.ezln.org.mx/comunicados/1994/1993.htm>, 04 de noviembre de 2010.

La reforma constitucional del 2001, es un producto de la lucha de los zapatistas, una lucha empujada a expresarse con armas, con la esperanza de encausar sus reclamos por la vía de derecho y de las políticas públicas. Desafortunadamente, no todos sus postulados llegaron a concretarse como fueron solicitados originalmente.

Por lo que toca a la *libre determinación de los pueblos indígenas*, es necesario comentar cuales fueron los postulados de la COCOPA y cómo finalmente se aprobó ese derecho. Por lo que vale la pena remitirnos a la iniciativa del Presidente Vicente Fox, que decía:

Artículo 115: ...

IX. Se respetará el ejercicio de la libre determinación de los pueblos indígenas en cada uno de los ámbitos y niveles en que hagan valer su autonomía pudiendo abarcar uno o más pueblos indígenas, de acuerdo a las circunstancias particulares y específicas de cada entidad federativa.

Las comunidades indígenas como entidades de derecho público y los municipios que reconozcan su pertenencia a un pueblo indígena tendrán la facultad de asociarse libremente a fin de coordinar sus acciones. Las autoridades competentes realizarán la transferencia ordenada y paulatina de recursos, para que ellos mismos administren los fondos públicos que se les asignen. Corresponderá a las Legislaturas estatales determinar, en su caso, las funciones y facultades que pudieran transferírseles, y

X. En los municipios, comunidades, organismos auxiliares del ayuntamiento e instancias afines que asuman su pertenencia a un pueblo indígena, se reconocerá a sus habitantes el derecho para que definan, de

acuerdo con las prácticas políticas propias de la tradición de cada uno de ellos, los procedimientos para la elección de sus autoridades o representantes y para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno, en un marco que asegure la unidad del Estado nacional. La legislación local establecerá las bases y modalidades para asegurar el ejercicio pleno de ese derecho...

En México, el primer nivel de gobierno es el Ayuntamiento (Presidente municipal y regidores) que gobierna al municipio. El siguiente nivel le corresponde a las autoridades locales (Gobernador, diputados, jueces) en las entidades federativas, y como tercer nivel se colocan los tres poderes federales y los órganos constitucionales autónomos.

La iniciativa de la COCOPA pretendía al constitucionalizar a las comunidades indígenas como entidades de derecho público, crear un nivel de gobierno adicional, el de los pueblos indígenas, y que además se respetara su forma de elección y de gobernar de acuerdo a sus usos y costumbres. Una de las consecuencias de una reforma en estos términos implicaba modificar la CPEUM en materia de federalismo.⁴⁰

No obstante que el Ejecutivo tomó la propuesta de la COCOPA como suya, en el mismo escrito aclaraba lo siguiente: “El reconocimiento de la organización de las comunidades indígenas dentro de un municipio no debe entenderse como la creación de un nuevo nivel de gobierno, ni mucho menos en el sentido de subordinar jerárquicamente a las autoridades municipales respecto a las autoridades del pueblo indígena al que

⁴⁰ Esta propuesta provenía de los Acuerdos de *San Andrés Larraízar*, que en la parte conducente decía: “La legislación nacional debe reconocer a los pueblos indígenas como los *sujetos de los derechos* a la libre determinación y autonomía. La autonomía es la expresión concreta del ejercicio del derecho a la libre determinación... Los pueblos indígenas podrán, en consecuencia, decidir su forma de gobierno interna y sus maneras de organizarse política, social, económica y culturalmente... e) Participación en los órganos de representación nacional y estatal. Ha de asegurarse la participación y representación políticas local y nacional de los pueblos indígenas en el ámbito legislativo y los niveles de gobierno, respetando sus diversas características socioculturales *a fin de construir un nuevo federalismo*.” El resaltado en nuestro.

pertenecen”. Es decir, si bien el Ejecutivo cumplió su promesa de no cambiar ni una coma de la propuesta de la COCOPA, en la exposición de motivos marcó todas las limitaciones posibles, y que finalmente, como veremos, incidieron en la aprobación final⁴¹.

Es así que la iniciativa fue modificada por el Senado de la República y confirmada por la Cámara de Diputados en los siguientes términos:

Artículo 2º “...El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional. El reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se hará en las constituciones y leyes de las entidades federativas, las que deberán tomar en cuenta, además de los principios generales establecidos en los párrafos anteriores de este artículo, criterios etnolingüísticos y de asentamiento físico... los pueblos indígenas tendrán el derecho de elegir, en los municipios con población indígena, representantes ante los ayuntamientos”.

Artículo 115: “...Las comunidades indígenas, dentro del ámbito municipal, podrán coordinarse y asociarse en los términos y para los efectos que prevenga la ley”.

Como se observa, desde la CPEUM no se creó un nuevo nivel de gobierno dentro del federalismo mexicano. Al dejar el reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas a las constituciones de las entidades federativas, se anula esa posibilidad, porque éstas están impedidas para alterar la forma de Estado federal.

⁴¹ “...se indica que en la propia exposición de motivos de la iniciativa que envió el Ejecutivo se previene acerca de interpretaciones equivocadas que puedan darse a algunas disposiciones del articulado original acordado entre la COCOPA y el EZLN;... se consideró conveniente, dado el entendimiento coincidente de todos en el significado de los artículos, incluir en el texto las propias *guías interpretativas que el Ejecutivo resaltó en la citada exposición de motivos...*” Extracto del Dictamen de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, como Cámara Revisora. El resaltado es nuestro.

El avance que podemos rescatar está más bien encaminado al carácter simbólico de la reforma. El Estado mexicano declara la existencia de una minoría con características y necesidades particulares. Jurídicamente no cambió nada que no pudiera haber cambiado antes en la legislación adjetiva o en las políticas públicas.

Como respuesta a las nuevas indicaciones de la Carga general, la mayoría de los estados de México que tienen una importante población indígena han reformado sus constituciones locales. Derivado de un estudio comparativo que se hizo a la legislación estatal mexicana, podemos decir en términos generales que hasta ahora, en diecinueve (de 32) constituciones estatales se puede observar que ya se reconoce la autonomía de los pueblos indígenas en los mismos términos que en la Constitución federal⁴², estos estados son: Campeche, Colima, Chihuahua, Durango, Estado de México, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Nayarit, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Tabasco, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán. Ahora bien, hay que aclarar que aún y cuando las otras constituciones no establezcan textualmente estos nuevos derechos colectivos, por mandato constitucional los derechos fundamentales de los pueblos indígenas están reconocidos en todo el territorio mexicano.

Doce estados de la República hacen un reconocimiento expreso de las comunidades indígenas que habitan en su territorio, así tenemos reconocidas hasta ahora 47 culturas y lenguas indígenas en las Cartas locales de México. Es así que Baja California reconoce a los Kiliwas, Kumiai, Pai pai, Cucapá y Cochimí; Chiapas a los Tseltal, Tsotsil, Chol, Zoque, Tojolabal, Mame, Kakchiquel, Lacandón, Mocho, Jacalteco, Chuj y Kanjobal. Al Estado de México a los Mazahua, Otomí, Náhuatl, Tlahuica y Matlazinca; Jalisco a los Wixarika y Nahuas. Oaxaca a los Amuzgos, Cuicatecos, Chatinos, Chinantecos, Chocholtecos, Chontales, Huaves, Ixcatecos,

⁴² Excepto San Luis Potosí, que reconoce a los pueblos indígenas como sujetos de derecho y no como objetos de derecho.

Mazatecos, Mixes, Mixtecos, Nahuas, Triquis, Zapotecos y Zoques; San Luis Potosí reconoce la existencia histórica y vigente en su territorio de los pueblos Nahuas, Teének o Huastecos, y Xí'oi o Pames, así como la presencia regular de los Wirrarika o Huicholes. Tabasco a los Chontal, Chol, Zoque, Tzeltal, Náhuatl y Tzotzil, y Yucatan y Quintana Roo a los mayas.

La autodeterminación de los pueblos indígenas como se había planteado por la COCOPA quedó reducida a un reconocimiento sociológico de las etnias del país. Es preciso recordar una postura expresada por el Tribunal de Constitucionalidad alemán, cuando se refiere a un aspecto trascendente en la actividad de legislar, ha dicho que el parlamentario dispone de un margen de acción con respecto al conocimiento de hechos relevantes, es decir, “un margen de acción epistémico de tipo empírico”⁴³ por lo que reconocer que el Legislador dispone de este margen basado en conocimientos provenientes de la experiencia, significa admitir la posibilidad de que los derechos fundamentales no sean realizados en la mayor medida posible, y se concreten de acuerdo con las posibilidades fácticas.⁴⁴ Es un hecho que las posibilidades fácticas de los legisladores mexicanos tuvieron bastantes limitaciones.

Reparto de tierras

Un postulado no resuelto es el del reparto de tierras⁴⁵. Éste tema siempre evoca una herida que permanece abierta, es incluso el reclamo que

⁴³ Bernal Pulido, Carlos, *El principio de la proporcionalidad*, 2ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 548.

⁴⁴ Bernal Pulido, Carlos, *Ibidem* p. 550.

⁴⁵ Para profundizar más Cf. Robins, Waine, “El indigenismo posrevolucionario mexicano y la cuestión de las tierras de los pueblos indígenas”, *Antropología. Revista de Ciencias Sociales*, Número 46, Sección de Contenido, 1994, México, p. 25. Texto completo en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/nuant/cont/46/cnt/cnt2.pdf>, 05 de noviembre de 2010.

motivó al movimiento armado chiapaneco a elegir al revolucionario Emiliano Zapata⁴⁶ como su efigie.

Sobre el tema, la iniciativa presidencial (y por ende de la COCOPA) decía:

Artículo 4º.- ...

Los pueblos indígenas tienen el derecho a la libre determinación y, como expresión de ésta, a la autonomía como parte del Estado Mexicano, para:

Acceder de manera colectiva al uso y disfrute de los recursos naturales de sus tierras y territorios, entendidos éstos coma la totalidad del hábitat que los pueblos indígenas usan u ocupan, salva aquéllos cuyo dominio directo corresponde a la Nación;

....

En el texto que ahora está en vigor, se observa que fueron muy cautelosos al referirse al derecho de uso y disfrute de las tierras indígenas. En el artículo 2º constitucional se adicionaron las limitaciones siguientes: a) respeto a las formas y modalidades de propiedad y tenencia de la tierra establecidas en la Constitución general y a las leyes de la materia; b) así como a los derechos adquiridos por terceros o por integrantes de la comunidad. Es decir, al incluir los derechos adquiridos por terceros, las comunidades indígenas no pueden ampliarse ni un centímetro, pues el resto de la propiedad que no les fue oficialmente asignada es del Estado o de

⁴⁶ Político revolucionario (México, 1879-1919). Hijo de campesinos, semianalfabeto, Zapata es el sinónimo de la Revolución mexicana, junto a su lema “tierra y libertad”. Apoyó a Francisco I. Madero desde su estado, Morelos, en donde se hizo fuerte. Derrotado Porfirio Díaz, mantuvo sus tropas reclamando el cumplimiento de la promesa del reparto de tierras. Cuando Victoriano Huerta mandó asesinar a Madero y a José María Pino Suárez, apoderándose de la presidencia, Zapata y Pancho Villa lo desconocieron, unieron sus fuerzas para marchar sobre México y nombraron a Eulalio Gutiérrez como presidente. Finalmente, derrotados todos los demás jefes revolucionarios, solamente Zapata resistió la autoridad de Venustiano Carranza, el jefe constitucionalista. El general Pablo González fue designado para capturarlo en 1918, para lo cual desató una dura represión sobre los campesinos zapatistas. El 10 de abril de 1919, un coronel de apellido Guajardo, alentado por una recompensa de 10,000 pesos, le tendió una trampa y lo fusiló cobardemente. Cf. Vera Carderón. *op. cit.*, p. 7.

particulares. Queda claro que esta reforma no fue hecha para ampliar los territorios indígenas y devolver algo de los terrenos que ancestralmente les correspondían.

De esta reforma, la Suprema Corte de Justicia de la Nación⁴⁷ resalta que el artículo 2º consagra el principio territorial de los pueblos indígenas, al reconocer su unidad con los territorios que ocupan y su hábitat y, por tanto, el derecho a su explotación en la forma y modalidad de propiedad y tenencia de la tierra que libremente decidan dentro de los establecidos en la Constitución Federal y las leyes de la materia, en debido respeto a su derecho de decidir su forma interna de organización económica, para lo cual se establece la posibilidad de coordinación y asociación de las comunidades indígenas, dentro del ámbito municipal, lo que, desde luego, debe hacerse en el marco constitucional que exige el respeto a derechos adquiridos por terceros o por integrantes de la comunidad. La Corte es optimista y ve el vaso medio lleno.

La pregunta es pues, en qué se avanza? Si el avance consiste en que dentro de sus territorios tienen ahora el derecho de asociarse y el derecho a su explotación en la forma y modalidad de propiedad y tenencia de la tierra que libremente decidan (con las limitaciones de ley), este derecho era ya una conquista social desde la Constitución de 1917.

Usos y costumbres en la justicia y democracia directa estatal.

Si bien, los alcances de la reforma constitucional no fueron los esperados por la parte minoritaria del Congreso de la Unión y el propio

⁴⁷ DERECHOS DE LOS INDÍGENAS. LA CONSTITUCIÓN FEDERAL RECONOCE EL PRINCIPIO TERRITORIAL DE SUS PUEBLOS Y EL DERECHO PREFERENTE DE LAS COMUNIDADES AL USO Y DISFRUTE DE LOS RECURSOS NATURALES DE LOS LUGARES QUE OCUPAN. Localización: Novena Época Registro: 185567. Instancia: Segunda Sala. Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo : XVI, Noviembre de 2002. Materia(s): Constitucional. Tesis: 2a. CXXXVIII/2002. Página: 445.

EZLN. Tendríamos que mostrar el lector, otros aspectos en los que consideramos se logró progresar. Uno de los aspectos más significativos ha sido el reconocimiento de las fuentes normativas existentes en las comunidades indígenas, como derecho preexistente al orden jurídico tradicional.

La justicia indígena se ha extendido en el territorio nacional, actualmente en trece (de 32) estados se reconoce, éstos son: Baja California, Campeche, Colima, Chiapas, Durango, Estado de México, Jalisco, Michoacán, Oaxaca, Puebla, Querétaro, San Luis Potosí y Tabasco.

En Campeche en la Ley Orgánica del Poder Judicial establece la creación de juzgados de conciliación y se ubican en asentamientos donde existen comunidades indígenas. Su artículo 75-5 dice que los jueces conciliadores no están obligados a fallar conforme con las leyes, pudiendo decidir conforme a su conciencia, a la equidad, a los usos, costumbres y prácticas jurídicas del pueblo indígena, siempre que no vulneren las disposiciones legales y reglamentarias del orden público vigentes en la Entidad. La fuerza de las sentencias radica en la aceptación de las partes a admitirla. Estos jueces tienen la atribución de resolver, mediante la conciliación de los interesados, conflictos de orden civil y familiar, cuya cuantía o naturaleza no requiera inexcusablemente de la decisión de un juez de primera instancia o un juez menor.

En Colima, la Ley de los Derechos y Cultura Indígena del Estado establece que la aplicación de la justicia indígena es alternativa a la vía jurisdiccional ordinaria; pero los delitos de oficio y las acciones del estado civil de las personas, quedan reservados al fuero de los jueces del orden común.

En Chiapas el Código de organización del Poder Judicial del estado, ha creado a los jueces de paz y conciliación indígena, y estatuye que éstos sustanciarán y resolverán los conflictos que surjan entre personas pertenecientes a los pueblos indígenas, aplicando sus usos, costumbres, tradiciones y prácticas jurídicas, salvaguardando las garantías individuales que establece la Constitución federal y el respeto a los derechos humanos.

En San Luis Potosí, en 2006, tras un arduo trabajo de campo se publicó la Ley de Justicia Indígena y Comunitaria del estado. El objeto de la Ley es reconocer la existencia y validez de los sistemas normativos de las comunidades indígenas de la entidad federativa, y el derecho de éstas a resolver las controversias entre sus miembros y sus conflictos internos, mediante la aplicación que de tales sistemas hagan sus autoridades indígenas, dentro del ámbito de la autonomía que les otorga la Constitución Federal y la del Estado, y en el marco de pleno respeto a los derechos humanos. La aplicación de la justicia indígena es alternativa a la vía jurisdiccional ordinaria y al fuero de los jueces del orden común. Es interesante percatarnos que se reconoce a la Asamblea General de ciudadanos, como la máxima autoridad en materia de justicia indígena en cada comunidad; sin perjuicio de la competencia y funciones de administrar justicia que correspondan al Juez Auxiliar.

Oaxaca se destaca por ser el primer estado de la República en reglamentar los usos y costumbres indígenas. Desde 1998 –antes del levantamiento zapatista- fue aprobada la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas. Reconoce la existencia de sus sistemas normativos internos con características propias y específicas en cada pueblo, comunidad y municipio del Estado, basados en sus tradiciones ancestrales y que se han transmitido oralmente por generaciones, enriqueciéndose y adaptándose con el paso del tiempo a diversas circunstancias. Por tanto en el Estado dichos

sistemas se consideran actualmente vigentes y en uso. En este estado se reconoce expresamente la validez de las normas internas de los pueblos y comunidades indígenas en el ámbito de las relaciones familiares, de la vida civil, de la organización de la vida comunitaria y en general de la prevención y solución de conflictos al interior de cada comunidad, siempre y cuando no contravengan la Constitución Política del Estado, las Leyes Estatales vigentes ni vulneren derechos humanos ni de terceros.

Para finalizar, comentaremos que otro aspecto que ha sido desarrollado con base en usos y costumbres, es la democracia directa. Aunque ésta sólo se ha reglamentado en una parte del país, en Oaxaca. Éste es el estado que más municipios tiene debido a la superficie tan accidentada y montañosa que caracteriza a esa entidad, además de ser uno de los que contienen mayor población indígena (más del 30 por ciento). Es así que de 570 municipios, 418 rigen sus elecciones por usos y costumbres indígenas. Esto demuestra fehacientemente que es posible una democracia sin la existencia de partidos políticos.

Reflexiones Finales.

El levantamiento del EZLN, no fue un movimiento social que se propusiera romper con el orden jurídico establecido. Fue un reclamo para que las minorías indígenas fueran incluidas dentro del sistema normativo mexicano. Su objetivo era su inserción formal al Estado. La respuesta de las instituciones políticas mexicanas aunque erráticas y poco afortunadas la mayoría de las veces, se generaron gracias a un sentimiento extendido de solidaridad en todo el territorio mexicano y el apoyo de la comunidad internacional. Esta presión social sobre los actores políticos y su necesidad

de legitimarse dieron como resultado una reforma constitucional, de la que se pueden extraer algunos avances.

Desde la Constitución federal se reconocieron como normas, los procedimientos y prácticas tradicionales de las comunidades indígenas; aquellas que desde siempre se han venido utilizando para su organización interna. El avance se observa en el reconocimiento constitucional de estas prácticas, en el hecho simbólico de sentirse escuchados y tomados en cuenta. Las nuevas normas jurídicas no impulsaron la generación de distintos comportamientos sociales. En sí, jugaron el papel de regularlos, de reconocer lo que estaba afuera de esa famosa pirámide positivista. Se reconoció la realidad para insertarla en el ordenamiento jurídico mexicano.

El levantamiento zapatista, es un reflejo objetivo de la falta de acatamiento de una norma. Fue una respuesta violenta por un sector de la población que no se asumía como integrado ni reconocido en la norma constitucional mexicana. Es aquí que se da el caso que Diana Cañal establece cuando afirma: “La falta de acatamiento a la mayor parte de las normas del sistema por la mayoría de los ciudadanos comunes, durante un tiempo prolongado, provoca la ausencia de eficacia de ellas y del poder político como tal.”⁴⁸

La respuesta obligada de los representantes populares para modificar el derecho, refleja cómo se vieron precisados a llevar a cabo las reformas, para en principio, responder a una realidad que se salía de control, pero sobre todo a una moral internacional a favor de los pueblos originarios a la que había que responder.

Tomando en consideración los tres elementos manejados por Diana Cañal⁴⁹ i.-realidad, ii.- moralidad y iii.- derecho. Observamos cómo los acontecimientos de la “realidad” movieron los engranes de la moral pública, y

⁴⁸ Diana, R., Cañal, *Filosofía del derecho. Una propuesta interactiva*, 1ª reimpresión, Editorial Quorum, Buenos Aires, 2005, p. 59.

⁴⁹ Cf. Diana, R., Cañal, *Una visión pragmática del derecho*, Editorial Quorum, Buenos Aires, 2003, p. 42.

ésta logró mover los engranes del derecho. Se concretó la norma en sentido ascendente, partiendo de la realidad.

El derecho adjetivo o formal en algunos estados de la República, ha ampliado el tema de la justicia indígena que como derecho sustancial estatuye la Constitución federal. Desde ésta sólo se establece que en todo tipo de juicios se tome en cuenta sus costumbres y especificidades culturales a la hora de fallar. Sin embargo la legislación ordinaria estatal ha ido más allá, se han creado procedimientos en los que los asuntos resueltos por usos y costumbres tienen fuerza de cosa juzgada. Las prácticas de usos y costumbres indígenas dejan de ser derecho alternativo, para ser derecho a secas⁵⁰. Se comprueba cómo lo sustancial depende de lo formal⁵¹ para ser eficaz.

Tristemente desde lo sustancial no hay derechos colectivos nuevos en el tema que nos ocupa. A todo derecho que se adicionó en la Carta general le siguen una serie de restricciones que dejan las cosas en el mismo lugar. El reconocimiento de los pueblos indígenas terminó siendo un reconocimiento sociológico. Aún y cuando esto se puede catalogar dentro de las posibilidades fácticas de las que el legislador está legitimado a realizar, lo criticable es que la reforma se ofreció a la sociedad nacional e internacional como si se hubiera dado respuesta a todos los requerimientos de la COCOPA. Afortunadamente las Constituciones y leyes ordinarias estatales han desarrollado un derecho adjetivo que lentamente van dando cumplimiento a los reclamos iniciales. Sigamos así.

⁵⁰ Postura que defiende la corriente crítica del derecho, Cf. Cárcova, Carlos, *Las teorías jurídicas post positivistas*, 2ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 119 y ss.

⁵¹ Cf. Diana, R., Cañal, *Una visión pragmática del derecho*, op. cit. p. 33.

BIBLIOGRAFÍA

- BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de la proporcionalidad*, 2ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 550.
- CAÑAL, Diana, R., *Filosofía del derecho. Una propuesta interactiva*, 1ª reimpresión, Editorial Quorum, Buenos Aires, 2005.
- Una visión pragmática del derecho*, Editorial Quorum, Buenos Aires, 2003.
- Decisiones judiciales. La relación entre normas de fondo y de forma. Una mirada desde el derecho del trabajo*, Editorial Quorum, 2006.
- CÁRCOVA, Carlos, *Las teorías jurídicas post positivistas*, 2ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.
- CARDINAUX, Nancy, Clérico, Laura y D'Auria, Aníbal (Coords.), *Las razones de la producción del derecho. Argumentación constitucional, argumentación parlamentaria y argumentación en la selección de jueces*, Facultad de Derecho/UBA, Buenos Aires, 2006, 276 pp.
- DE LA GRANGE, Bertrand. "Les zapatistes contre le <<cauchemar néolibéral>>." *Le Monde*. París, 11 de abril de 1996.
- SIECKMANN, Jan-R, "La racionalidad del debate parlamentario: un análisis del debate sobre la importación de células madre en el Parlamento Federal alemán", en Cardinaux, Nancy, Clérico, Laura y D'Auria, Aníbal (Coords.), *Las razones de la producción del derecho. Argumentación constitucional, argumentación parlamentaria y argumentación en la selección de jueces*, Buenos Aires, Facultad de Derecho, 2006.
- VERA CALDERÓN, Rodolfo, México: *El conflicto zapatista, desarrollo e implicaciones. Una visión político económica*, EUA, 2002. (Manuscrito en prensa, facilitado por el autor)

Páginas de Internet

Cámara de Diputados del Congreso de la Unión

www.diputados.gob.mx

Cámara de Senadores del Congreso de la Unión

www.senado.gob.mx

Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas

www.cdi.gob.mx

Diario de los Debates del Congreso de la Unión

<http://cronica.diputados.gob.mx>

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. (puede consultarse además en esta página las constituciones y leyes estatales mexicanas)

www.juridicas.unam.mx

Instituto Nacional de Estadística y Geografía

www.inegi.org.mx

Suprema Corte de Justicia

www.scjn.gob.mx



Spes
Uniendo fronteras

OPINIÃO

Boisbaudran Imperiano

boisbaudran@ig.com.br

O código florestal aprovado vai incentivar o desmatamento

Na noite do último dia 24.05.2011 a Câmara dos Deputados aprovou com 410 votos a favor, 63 votos contra e 01 abstenção o novo Código Florestal (Projeto de Lei 1876/1999), muito embora o Projeto de Lei aprovado tenha tido a grande maioria dos votos dos senhores deputados federais, no entanto, o texto aprovado está na contra-mão da história e da busca pelo desenvolvimento sustentável, haja visto que não foi levado em consideração os argumentos, os dados técnicos-científicos e fatos amplamente divulgados pela comunidade científica do Brasil. Nesse aspecto a sociedade está consciente da busca por um desenvolvimento sustentável como forma de se ter um desenvolvimento econômico e o

avanço científico convivendo lado a lado com a conservação dos recursos naturais e o equilíbrio dos ecossistemas.

As mudanças na legislação ambiental brasileira, como foram aprovada, além de ser um retrocesso ambiental para a sociedade civil, representa um comprometimento do patrimônio ambiental brasileiro. Ocorre que entre os meses de janeiro a maio deste ano o desmatamento aumentou consideravelmente em relação ao mesmo período do ano passado, segundo dados divulgados pelo INPE e pela Fundação SOS Mata Atlântica no fim de último mês de maio.

Foram aprovadas mudanças que permitem o uso das Áreas de Preservação Permanente (APPs) já ocupadas com atividades agros-

silvopastoris, ecoturismo e turismo rural. Nas APPs de topo de morros, montes e serras com altura mínima de 100 metros e inclinação superior a 25°, o projeto aprovado permite a manutenção de culturas de espécies lenhosas ou de atividades silviculturais, assim como a infraestrutura física associada a elas. Ainda, o texto não considera como APPs as várzeas fora dos limites em torno dos rios, as veredas e os manguezais em toda sua extensão.

Desta maneira como foi aprovado o Projeto de Lei em comento, colocará em risco a sustentabilidade das grandes cidades brasileiras, uma vez que a eliminação das Áreas de Preservação Permanente — APPs ao redor de rios e nascentes, fatalmente vai contribuir para

que sequem as nascentes dos rios que formam as grandes rede hidrográfica do país tenha, como consequência os reservatórios de águas que abastecem as cidades vão secar e vai faltar água para as cidades e para a população.

Com essa breve análise sobre o "novo código florestal" não estamos sendo contrários ao desenvolvimento as atividades agrossilvopastoris, mas a pesquisas científicas já apontaram que o desmatamento em APPs provocam a perda da biodiversidade e a perda das nascentes de rios, assim acreditamos em um setor produtivo sustentável e rentável convivendo com a conservação e equilíbrio do meio ambiente.

Boisbaudran Imperiano é advogado, biólogo e professor



Monografía del Doctorado intensivo de la Facultad de la U.B.A.

DIREITO, IDEOLOGIA, CORRENTES DE PENSAMENTO E RELAÇÕES SOCIAIS:

SUBSÍDIOS PARA UM ENFOQUE DE RAZOABILIDADE JURÍDICA

Rodrigo Diniz Cury (S)

1. Introdução

A jurista argentina Diana Cañal desenvolveu uma interessante teoria acerca das relações entre normas jurídicas de fundo e normas jurídicas de forma (2006).

Por normas jurídicas de fundo compreendem-se aquelas normas substantivas que estabelecem as bases jurídicas de um determinado ordenamento jurídico. Podem ser consideradas normas de fundo, por exemplo, o rol de direitos fundamentais inseridos em um texto constitucional, ou ainda as bases conceituais sobre personalidade jurídica, bens, negócio jurídico, prescrição e decadência contidas na parte geral de um código civil. Já as normas de forma seriam aquelas editadas para instrumentalizar as normas de fundo, dar-lhes os meios procedimentais de execução, sendo muitas vezes necessárias para dar efetividade a essas últimas (CAÑAL, 2003).

Todavia, de acordo com Cañal, apesar das normas de forma objetivarem dar efetividade às normas de fondo, é possível que aquelas produzam um efeito contrário, isto é, acabem por promover efeitos jurídicos destoantes da norma originária de fondo. Para superar possíveis antinomias entre normas de fondo e de forma, Cañal sugere que a interpretação e a aplicação do Direito aconteçam a partir do contraste de normas de fondo e de forma mediante critérios de “racionalidade” e de “razoabilidade” (2006).

Cañal explica que a “racionalidade” significa levantar sistematicamente no ordenamento jurídico vigente em determinada sociedade as normas aplicáveis ao caso concreto, enquanto a “razoabilidade” busca compatibilizar a interpretação e aplicação dessas normas aplicáveis com a realidade social vivenciada em determinado momento. Aplicadas em conjunto, a “racionalidade” colabora para que o Direito aplicado encontre respaldo no ordenamento jurídico legitimado socialmente, enquanto a “razoabilidade” aproxima a interpretação da norma às aspirações, sentimentos e valores difundidos no meio social (2006).

Nesse processo mostra-se interessante “dissecar” o Direito, buscando compreendê-lo como fenômeno social que se relaciona ou se estrutura ideologicamente, cujos conceitos e manifestações alteram-se a partir da corrente de pensamento sobre a qual se constrói ou ainda que expressa os interesses de diferentes grupos que se relacionam em sociedade.

2. Direito e ideologia

Historicamente o Direito, enquanto fenômeno social, tem sua força ligada ao poder estabelecido, ao status quo, onde a coerção jurídica é usada na repressão aos movimentos transformadores da ordem vigente. O Direito pode não ser uma ideologia dentro de sua perspectiva teórica, mas exerce papel ideológico importante dentro da sociedade.

Para entender a força ideológica do Direito, antes se faz necessário estabelecer uma idéia de ideologia. Michel Lowy (1988), condensando os conceitos de Karl Marx e Karl Mannheim, procura estabelecer esse conceito.

De acordo com Lowy, Karl Marx, a partir de A ideologia alemã apresenta a ideologia como algo de ilusão, de falsa consciência, quando a realidade é invertida e as idéias aparecem como motor da vida real. A ideologia, na concepção de Marx, engloba formas através das quais os indivíduos tomam consciência da vida real, só que de maneira ilusória, pois os fatos da realidade são deformados pela classe dominante para alcançarem objetivos em seu favor no cenário das contradições sociais. Seu processo de produção surge das condições objetivas criadas pela divisão social do trabalho. É elaborado pelos representantes políticos das classes dominantes.

Já Karl Mannheim, segundo Lowy, a princípio elabora o conceito de ideologia total como sendo o conjunto das formas de pensar, dos pontos de vista, vinculados aos interesses, as posições de grupos ou classes. A partir daí Mannheim determina dois conceitos distintos existentes dentro da ideologia total: a ideologia e a utopia. A ideologia é definida como sendo o conjunto das concepções, idéias, representações, teorias que se orientam para a estabilização, legitimação ou reprodução da ordem estabelecida, de forma conservadora. Utopia, ao contrário, são aquelas idéias,

representações, teorias que aspiram a uma outra realidade ainda inexistente. Esses conceitos agem de acordo com as visões sociais do mundo, ou seja, conjuntos estruturados de valores, representações, idéias e orientações cognitivas, unificados por uma perspectiva determinada, por um ponto de vista social, de classes sociais determinadas.

De acordo com essas concepções de ideologia pode-se enquadrar o Direito como força ideológica dentro do Estado, principalmente em sua forma positivada, na medida em que exerce um papel conservador da ordem estabelecida. O sistema jurídico torna-se coercitivo contra aqueles que tentam transformar a realidade social, pois é a classe dominante que exerce o maior poder de controle sobre os poderes estatais responsáveis por criar e aplicar o Direito. São os interessados em manter a ordem capitalista estabelecida os maiores responsáveis pela dogmática jurídica.

Numa análise marxista, o Direito faz parte da superestrutura responsável pela legitimação e manutenção da infra-estrutura, além de possibilitar a cristalização dos comandos adequados a essa ordem, impondo os imperativos da maneira de ser na sociedade, determinando consequentemente uma certa maneira de agir.

A menção à força ideológica do Direito é encontrada até na Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen (1994), ainda que de forma implícita. Defendendo a neutralidade da Ciência do Direito, Kelsen deixa aberta a possibilidade do sistema jurídico ser usado como meio de se obter certa ordem social, ou como ele mesmo comenta no prefácio da primeira edição desse seu livro: (...) Como se mantém completamente alheia a política, a Teoria Pura do Direito afasta-se da vida real e, por isso, fica sem qualquer valor científico. É esta uma das objeções mais frequentes levantadas contra ela. Porém, ouve-se também com não menos frequência: a Teoria Pura do Direito não tem de forma alguma possibilidade de dar satisfação ao seu

postulado metodológico fundamental e é mesmo tão só a expressão de uma determinada atitude política. Mas qual das afirmações é verdadeira? Os facistas declaram-na liberalismo democrático, os democratas liberais ou os sociais-democratas consideram-na um posto avançado do facismo. Do lado comunista é desclassificada como ideologia de um estatismo capitalista, do lado capital-nacionalista é desqualificada, já como bolchevismo crasso, já como anarquismo velado. O seu espírito é - asseguram muitos - aparentado com o da escolástica católica; ao passo que outros creem reconhecer nela as características distintas de uma teoria protestante do Estado e do Direito. E não falta também quem a pretenda estigmatizar com a marca de ateuísta. Em suma, não há qualquer orientação política de que a Teoria Pura do Direito se tenha ainda tornado suspeita. Mas com isso precisamente demonstra, melhor do que ela própria poderia fazer, a sua pureza (p. XIII - XIV).

Essa Teoria Pura do Direito defende um estado de neutralidade que faz do Direito um meio de imposição, consolidação e manutenção de uma determinada ordem estabelecida, que hoje tende a ser capitalista, mas como poderia ser qualquer outra, como bem comentou Kelsen, ainda que não exponha claramente essa idéia.

O Direito tem força ideológica porque sua neutralidade como ciência serve como meio de normatização dos interesses dominantes.

Norberto Bobbio (1994), em sua Filosofia do Direito, principalmente no âmbito do positivismo jurídico, também conclui pelo caráter ideológico do estudo, criação e aplicação do Direito. Para Bobbio, a confirmação dessa realidade começa no próprio estudo jurídico, ponto primordial na construção normativa que rege o ordenamento.

Os estudiosos do Direito, em sua maioria, priorizam a análise através de juízos de valor ao invés dos juízos de fato, ou seja, dizem o Direito como

ele deveria ser, e não como ele é, privilegiando e normatizando visões sociais de mundo próprias das classes dominantes que exercem o controle jurídico.

Em *O Direito e a ascensão do capitalismo*, Michael Tigar e Madeleine Levy (1978) trabalham o Direito como tendo valor ideológico dentro da história, pois, (...) as relações sociais, da forma expressa pelas regras formais e ordens jurídicas, representam - e continuam a representar – uma função básica em todos os movimentos que aspiram a assumir e conservar o poder estatal (p. 269).

Tigar e Levy destacam a tendência dos ideólogos estatais em expressar interesses sociais, políticos e econômicos sob forma de normas jurídicas positivadas. Para os autores, sendo produto de um processo histórico, o ordenamento jurídico apresenta também o pensamento de um grupo de pessoas em um dado estágio de desenvolvimento da sociedade. Assim, desde o fim da era ateniense, as leis tem sido cristalizações de relações de poder em um dado grupo, ou sociedade. As leis encerram em palavras, expressas sob a forma de injunções, os direitos ou deveres que um determinado grupo defendera ou aplicara com o emprego do poder de que dispõe, e proporcionam maneiras previsíveis de solucionar os litígios que surgem nesse contexto. O direito é uma superestrutura erigida sobre a base de relações de poder. A extensão em que essas superestruturas vinculadas no tempo são consideradas importantes varia de sociedade a sociedade (p.271).

Desta forma, aqueles que manipulam a ideologia jurídica impõem a ordem social adequada aos interesses dominantes. Mas também faz-se necessário garantir a legitimidade desse sistema, por menos justo que seja.

Para isso, os segmentos sociais que dominam o Direito estabelecem um ordenamento que tornam previsíveis as práticas das ações jurídicas.

Essa previsibilidade é conseguida, principalmente, através da positivação de regras jurídicas formais e de seu consequente rito processual. O resultado é a defesa, por parte da classe dominante, da formalidade dos sistemas jurídicos positivados, contra o Direito dos costumes, consuetudinário, já que o primeiro dava-lhe "legitimidade" e cristalizava uma certa ordem social adequada aos seus interesses. A alegação de que a ideologia jurídica estatal coloca-se fora e acima das classes sociais que governa foi característica de todos os aspirantes bem sucedidos ao poder estatal no período que vimos estudando. A ideologia assumiu – à medida que aumentava o poder da burguesia – a forma de sistemas crescentemente abrangentes e altamente estruturados de direito positivo. Esses sistemas eram opostos a "anarquia" do direito feudal, abertamente hostil ao comércio ou simplesmente incompleto e caótico demais para permitir resultados previsíveis. O próprio idealismo do "laissez-faire" da jovem nação americana constitui apenas uma superideologia no seio da qual o direito comercial costumeiro, altamente refinado e velho de séculos, foi recebido e cuidadosamente aplicado (TIGAR; LEVY, 1978, p.275).

Tigar e Levy (1978) analisam historicamente a influencia do Direito na ascensão da burguesia ao poder estatal, demonstrando que as relações sociais expressas em ordens jurídicas representam uma função básica em todos os movimentos que aspiram a assumir e conservar o poder. No caso da burguesia, o processo de tomada do poder e consolidação dessa classe social como detentora do poder dominante nas relações sociais é feito a partir do estabelecimento de um grande sistema jurídico uniforme e inexistente desde o fim do Império Romano.

Procura-se acabar com a descentralização jurídica característica do feudalismo, onde o Direito era baseado nos costumes e tradições constituídos desde a época dos bárbaros, na autoridade do clero e do senhor feudal, na oralidade e simplicidade dos processos jurídicos.

A burguesia desenvolve e consolida um sistema jurídico que protege seus interesses como nova classe dominante. O Direito retoma a forma escrita, codificada, normatizada, abrangendo com homogeneidade todo o Estado Nacional.

Impulsionados pelo Direito Comercial e pelo desenvolvimento do contratualismo, essa nova fase da história do Direito serve para confirmar a nova ordem social, bem como para dar garantias expressas à propriedade privada e ao comércio burguês.

Confirma-se também a existência de uma ideologia jurídica, constituída por enunciados, em termos de sistemas de regras legais, das aspirações, objetivos e valores de um grupo social (TIGAR; LEVY, 1978, p.275).

Atualmente, em resposta aos interesses dominantes, o estudo do Direito, seja no ensino ou na prática, prioriza sua dimensão técnica, ignorando suas determinações sócio-econômicas e políticas. Aparentemente, aqueles que estudam e trabalham o Direito parecem acreditar que o ordenamento jurídico-normativo positivado protege a ordem social estabelecida de toda a movimentação social exterior, principalmente daqueles movimentos que planejam promover a transformação dessa ordem. Para esses juristas, não importa a história, a sociologia ou filosofia, seja geral ou do Direito, o que compromete seu estatuto da Ciência Jurídica, adotando a técnica em seu lugar, ou como diz Jose Eduardo Faria, (...) Essa crítica parte da denúncia da ambiguidade que hoje consome a dogmática jurídica: como “técnica” ela deveria apenas transmitir os dados que sirvam à socialização e à manutenção dos padrões normativos vigentes; como “ciência”, porém, ela vem enfrentando sérias dificuldades para agir numa dimensão especulativa, limitando-se a fazer do direito uma intrincada teia simbólica onde as relações sociais e econômicas se colocam o mais distante possível (1988, p. 08).

A Ciência Jurídica tem cunho ideológico, e a burguesia aproveita-se de um momento de enfraquecimento da representação dos movimentos sociais e do alegado desinteresse por parte da sociedade civil para alterar, no processo de reformas jurídicas, normas de proteção fruto das movimentações populares.

O Direito está em crise. A sociedade parece não mais reconhecer nas instituições jurídicas o patamar superior e inatingível por interesses outros que não seja a luta pelo justo. O descrédito marca a imagem de juízes, promotores, procuradores, defensores públicos e advogados. O Direito representa um ideal contra aquilo que pretende ser na teoria.

Hoje, tomando o Brasil como exemplo, é fácil demonstrar o caráter ideológico do Direito, seu papel no exercício e legitimação do poder das classes dominantes.

Apesar das leis, às vezes, incluírem textualmente trechos que buscam justiça social, a verdade é que são os interesses dominantes que prevalecem sobre o bem comum.

Nas relações sociais, incluindo-se o Direito, é o poder econômico que vence o justo.

O próprio sistema jurídico encontra-se em crise por causa de tantas contradições, pois o Poder Judiciário, que no Brasil é supremo e independente, já não é reconhecido pela população como justo, pois são visíveis os problemas e as incoerências cometidas pelos homens que controlam e decidem leis e processos.

O rigor processualista do Judiciário brasileiro é uma mostra da incapacidade desse poder em igualar, no tratamento, causas provenientes de pessoas menos favorecidas frente aqueles que podem aplicar recursos

financeiros na contratação de bons advogados, que manipulam o sistema processual no sentido de prolongar a discussão da lide, evitando uma sentença desfavorável ou recorrendo sempre a instancias superiores da organização judiciária, mesmo sabendo que a primeira decisão será mantida. Manter um processo em tramitação gera despesas com os honorários a serem pagos aos advogados, então é um bom negócio para quem pode pagar, porque talvez sabendo da impossibilidade de ganhar a ação, há a possibilidade de retardar seu desfecho por anos.

Mas o problema não está só no Poder Judiciário, também está tanto no Poder Executivo como no Poder Legislativo. O Executivo não parece disposto em liberar os recursos necessários ao Judiciário para que este se modernize e atenda melhor as necessidades da população. Investimentos em modernização dos aparelhos judiciários, em sedes melhor estruturadas, na contratação de mais serventuários, principalmente juízes, são negados sempre, como se a Justiça não fosse, e talvez não seja, prioridade dentro de um país.

O Legislativo colabora com a crise judiciária quando, sendo o poder responsável pela elaboração das leis, o faz de maneira ambigua e frequentemente privilegiando interesses de grupos particulares. O legislador, em sua função de elaborar leis, deve ser o mais exato possível na confecção do documento legal, levando-se em conta a realidade social existente, evitando imperfeições que podem gerar manipulações escusas. Muito menos podem ser admitidas leis que representem interesses particulares, coisa não muito difícil de se ver no Brasil.

Mas o Direito, às vezes, prova que não é somente representado por exemplos como o esgotado sistema judiciário brasileiro. Como demonstração de que muitos acreditam nos princípios gerais do Direito, fundados principalmente no conceito da Justiça, surgem movimentos como o direito

alternativo, ou teoria crítica do Direito, exercido em maior amplitude dentro dos próprios tribunais, onde os juizes ignoram o caráter simplesmente legal dos julgados, emitindo sentenças que buscam sim o justo, retomando a função social do Direito em favor das classes oprimidas, utilizando em muitos casos trechos legais que determinam esse caráter, mas "em esquecimento" não são utilizadas pelo sistema.

Nem tão pouco pode-se esquecer do exemplo demonstrado acima, quando movimentos sociais populares se organizaram e participaram de forma efetiva do processo legislativo, positivando na norma anseios básicos da população, fazendo a sociedade civil interagir-se com o Legislativo através das emendas populares. O legalismo e o processualismo são substituídos pelo justo, mesmo que este não esteja previsto no ordenamento jurídico positivo. Sobre esta questão conclui Tigar e Levy.

Uma vez que a ideologia é um sistema de palavras vinculadas ao tempo e de frases cristalizadas e com origens no conflito humano, e de vez que a ideologia do grupo que detém o poder estatal destina-se (conforme dito acima) a abafar rivalidades e desviar a atenção do povo para a interpretação do "sistema" de regras, sempre haverá oportunidade de interpretá-lo de modo diferente. A medida que correm os dias, mais a mais contradições podem surgir entre o sistema dominante de relações sociais e o conteúdo das regras formais que supostamente o governa. Uma das primeiras tarefas do grupo dissidente consiste em explorar os limites da ideologia jurídica dominante a fim de verificar o quanto pode ser realizado dentro desses limites (1978, p. 277).

Nesse sentido, ao se estudar a relação entre o Direito e a idéia de ideologia, mostra-se interessante também demonstrar como a própria idéia acerca do Direito, e ainda das fontes do Direito, podem se alterar de acordo

com as bases sobre as quais se alicerça uma determinada corrente de pensamento jurídico.

3. O Direito e suas correntes de pensamento

Para demonstrar diferentes percepções acerca de um mesmo fenômeno chamado “Direito”, Eduardo Novoa Monreal (1988) parte de concepções jurídicas de diferentes escolas para trabalhar com cinco correntes de pensamento: Direito Natural, Positivismo Jurídico, Neokantismo, Realismo Jurídico e Marxismo.

Segundo o autor, a doutrina de Direito Natural engloba diversas escolas e teorias derivadas, que convergem sobre um denominador comum na formulação de uma concepção jurídica. Esse denominador comum concentra na natureza do homem os fundamentos de uma ordem jurídica superior ao ordenamento normativo.

O Direito Natural valoriza o estudo da natureza do homem, pois da compreensão dessa natureza é possível apreender as noções do justo e do injusto, conceitos esses que devem ser observados na elaboração das normas positivas. Assim, cria-se um dualismo no Direito, onde de um lado há um Direito Natural, superior, verdadeiro, atemporal e universal. De outro, (...) um Direito positivo que cada país sanciona em um dado momento, dentro de seu próprio território. Se as leis convertem-se em simples mandatos ilegítimos, sem outro respaldo que a força que os impõe, não podem ser considerados, em tal caso, normas jurídicas, porquanto consumariam a injustiça (p. 194).

Em contrapartida, a escola do Positivismo Jurídico volta-se inteiramente contra os preceitos do Direito Natural, reconhecendo apenas na

legislação e no legislador humano as fontes do Direito. Neste sentido é o Estado quem ganha força como fonte do Direito, pois o Positivismo baseia-se na legislação, no formalismo jurídico, como único meio, teórico ou empírico, de estudo. Dentro do positivismo encontram-se escolas subsidiárias, como a da Exegese ou da Dogmática Jurídica, mas é a Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, que mais prestígio alcançou.

Um dos principais fins de Kelsen é eliminar do Direito todos os elementos que lhe são estranhos, em especial, a política. Para tanto, toma como objeto da ciência jurídica o Direito positivo tal qual é, sem criticá-lo, nem justificá-lo, limita-se a perguntar como é e como se forma o Direito, sem se interessar em como deveria ser ou como deveria formar-se. Nega que incumba ao Direito dar a solução "justa" aos conflitos, pois a justiça é uma idéia moral que está além de toda experiência, e seu conteúdo varia ao infinito. O Direito é autônomo em relação à amoral. (...) O Direito é, ademais, uma técnica social destinada a induzir aos homens a conduzirem-se de determinada maneira, técnica que pode ser empregada para qualquer fim social, pois o Direito não é um fim, mas somente um meio. Para lograr essa indução, sanciona toda conduta não desejada, segundo a ordem social que deve mudar (p. 197).

O Neokantismo, de acordo com Monreal, surge como reação ao formalismo extremo do Positivismo, procurando através de um movimento jusfilosófico aprofundar-se no estudo do conteúdo e dos fins do Direito. Para essa escola, o Direito não pode ser entendido apenas na norma positivada, deve-se compreender o meio em que surge, deve-se questionar sua "justiça material", revelando seus conteúdos concretos para vinculá-los a juízos de valor. Segundo o neokantismo.

O Direito é um fenômeno cultural que integra, numa conexão sistemática, o conteúdo das normas que, à base do juízo social teórico,

foram reconhecidas como Direito. O conteúdo das normas deriva de sua referência a valores e fins reconhecidos socialmente. O sentido do Direito consiste em realizar a idéia do Direito, idéia que é a de endereçar para a justiça a conduta da sociedade e de seus membros (p.199).

Por sua vez, o realismo jurídico é um movimento mais recente, surgido nos Estados Unidos no século XX. A base de sua doutrina é a defesa do Direito consuetudinário, onde a justiça deve, (...) dedicar-se a análise do funcionamento real dos tribunais e dos múltiplos fatores, muitas vezes desconectados do jurídico, que influem em suas decisões, tais como, o estado de ânimo dos juízes, seus instintos herdados, seus prejulgamentos, seu estado de saúde, o ambiente social em que vivem, sua bagagem cultural, etc. As normas jurídicas são, somente, um dos elementos que contam, entre os vários que se devem levar em consideração (p. 200).

Por fim, a escola marxista do Direito, segundo o autor, não existiu de maneira específica e estruturada como as demais, mas sim se formou a partir da análise dos escritos dos pensadores Marx e Engels. Desta forma, são os ensinamentos essenciais do marxismo, aplicados direta ou indiretamente sobre os fundamentos da Ciência Jurídica, que estruturam uma teoria marxista do Direito, assim Segundo Marx, a estrutura econômica da sociedade, constituída pela soma total das relações de produção, forma a base real sobre a qual se levanta uma superestrutura jurídica e política a que correspondem determinadas formas sociais de consciência.

Nessa forma, o modo de produção da vida material condiciona o processo da vida jurídico-política e o da vida do espírito, em geral. Ao colocar, desse modo, "de novo sob os pés" o que havia estado "posto de cabeça", nega Marx que a evolução histórica tenha raiz no espírito ou na consciência dos homens, como sustentara Hegel. A verdade está às avessas. Dai extrai Marx a consequência de que a sociedade não é

plasmada pelo Direito, senão, pelo contrário, o Direito é uma forma plasmada que, irresistivelmente, se adapta a estrutura econômica da sociedade. Assim, o Direito passa a converter-se num produto totalmente histórico e sociológico, na transposição ou tradução do natural.

Mas, ainda que o Direito dependa da economia, se rege, até certo ponto, por suas próprias leis, e pode chegar, inclusive, a repercutir sobre o seu próprio meio e sobre suas mesmas causas. Engels reconhece que ha, por isso, a possibilidade de uma interação entre os fatos jurídicos e econômicos. E admite, até, que as formas do pensamento jurídico só em "última instancia" podem ser reduzidas a causas econômicas.

Nega Marx que a lei seja expressão da livre vontade de um legislador, pois essa vontade está determinada por sua base real, que silo os interesses da classe dominante. A noção de "bem comum", tão estendida na filosofia jurídica neotomista e neokantiana, lhe parece uma ilusão, que, no fundo, trata de ocultar que o Estado está a serviço dos interesses comuns da classe dominante ou que procura justificar as contradições insalváveis das classes em luta. Em sua opinião, o Direito não é mais do que uma das expressões do poder do Estado, e o Estado e, por sua vez, o instrumento de que se vale a classe dominante para cristalizar o poder.

O marxismo supõe uma posição positivista no Direito, porque considera tal somente o que a lei aprova. Dai que a exploração capitalista dos trabalhadores não possa qualificar-se de injusta, porquanto esta de acordo com as normas vigentes, que não podem ser superiores às estruturas econômicas que regem. Os conceitos de "justiça" e "injustiça" se acomodam ao modo atual de produção e de troca e carecem de valor absoluto. A ideia de valores é supersticiosa (p. 201-202).

Essa síntese da exposição de Novoa Monreal deixa clara a possibilidade de se formularem concepções diversas a respeito do que o Direito é, ou ainda sobre onde encontrar a melhor fonte do Direito.

4. Direito e relações sociais

Além da abordagem ideológica, ou ainda do enfoque doutrinário, é possível buscar compreender o Direito por meio do enfoque de seus vínculos com as relações sociais em geral. Ao analisar o vínculo entre o Direito e as relações sociais, José Reinaldo de Lima Lopes equaciona essa questão ao apresentar a opinião de três autores clássicos: Eugen Ehrlich, Karl Renner e Pasukanis (1988).

Ehrlich, em seu estudo sobre o Direito, defende que o Estado surge com a necessidade de um poder superior com funções organizadoras, portanto dependente das relações de poder constituídas na sociedade; assim a norma jurídica é entendida como um reflexo das relações sociais e de poder. O Direito não exerce a coação sobre as pessoas somente por ser Ciência Jurídica ou pelo uso exclusivo do poder estatal, mas o faz na medida em que reflete ou reproduz a necessidade imposta pelo mundo das necessidades sociais.

Karl Renner já acredita em um Direito mais independente, onde o substrato sócio-econômico não provoca "automática e imediatamente" seu reflexo nas normas e no Direito. Para ele as inter-relações entre norma jurídica e relações socioeconômicas podem ser levantadas em quatro hipóteses: 1ª: mudanças fundamentais no substrato econômico-social podem ocorrer sem que haja uma correspondente mudança no sistema legal; 2º: o Direito não é responsável pelo desenvolvimento econômico, não é sua causa causans; 3º: as mudanças econômicas não provocam automática e imediatamente mudanças no Direito; 4º: visto que o substrato social é

econômico não é mudado por saltos perceptíveis imediatamente, apenas a lectura histórica permite reconhecer as mudanças funcionais no Direito. Desta maneira, o sistema legal adquire autonomia frente a realidade social em que esta inserido, regendo-se através de uma dinâmica própria, que não depende essencialmente das forças que alteram o substrato dos componentes conjunturais da sociedade.

Pasukanis entende o Direito como sendo as próprias relações sociais, onde a norma jurídica é um produto, uma forma, mas nela não está esgotado o Direito. Para ele, a norma e a relação social não são momentos separáveis. Discorda de Ehrlich porque não entende que o Direito nasce quando o Estado já formado necessita de recursos coercitivos, mas sim surge e desenvolve-se simultaneamente com o Estado que está sendo formado, pois ambos fazem parte do substrato característico de uma mesma relação social. Pasukanis não admite também a posição elaborada por Renner, na qual o Direito independe necessariamente de outras forças sociais. A Ciência Jurídica é relação social, e não há maneira de se pensar ou se estudá-la de maneira diversa.

Essa diversidade de abordagens deixa assentada a estreita ligação entre Direito e sociedade. O Direito expressa as relações sociais, constituindo-se como relação social. O exame histórico comprova esse laço, pois é possível encontrar-se o Direito estabelecido nas sociedades de diferentes épocas, ainda que de diferentes maneiras. Seja nas tribos árabes, na civilização oriental, nas cidades-Estado da Grécia, no Império Romano, nas gens bárbaras, no feudalismo, as relações jurídicas existiam no cotidiano desses povos, consolidando-se a partir da Idade Moderna no Direito estatal conhecido atualmente.

A partir de Pasukanis, entende-se o Direito como um movimento que expressa características das relações de poder entre as várias forças sociais

em ação no conjunto da sociedade. Nesta perspectiva torna-se importante observar o papel desempenhado pelos movimentos sociais nos processos de mudanças que afetam o ordenamento jurídico. Desta forma, o Direito que historicamente conserva a ordem estabelecida favorável às classes dominantes, volta a ser o meio propício para a burguesia implantar, através de seu poderio político, a ordem que mais lhe convém, utilizando-se da coerção jurídica para impedir a efetiva implementação dos direitos fundamentais conquistados pelo povo como um todo, em nome das vantagens econômicas.

Numa outra perspectiva, Paulo de Tarso Ribeiro (1988) enfatiza o papel do Direito enquanto veículo de promoção de mudanças sociais. Para esse autor, as regras jurídicas funcionam como agente de transformação quando a função de sancionar não visa a punição, mas sim a premiação. Ribeiro assim explica essa relação “promocional” do Direito.

Colocamo-nos, assim, perante a função promocional do direito, através do instrumento da sanção positiva de que lança mão o Estado moderno, para orientar a atividade social, em especial a atividade econômica, através dos procedimentos de incentivo e sanção premial. Trata-se de uma questão tanto mais importante, uma vez que coloca para os juristas o problema de adequar a teoria geral do direito às transformações da sociedade contemporânea (...). E esta adequação se faz ainda mais premente quando se procura compreender a passagem do estado “garantista” para o estado “dirigista” e, por tabela, a mudança na noção de direito, enquanto instrumento de controle social, para instrumento de direção social, em sociedades em constante processo de mutativo (p. 83).

Como visto, as complexidades sociais que hoje se apresentam justificam a necessidade de se procurar compreender o fenômeno Direito dentro da perspectiva social em que ele se insere.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao concluir sua obra *Decisiones judiciales: la relación entre normas de fondo y de forma*, Diana Cañal (2006) destaca que o Direito, enquanto conhecimento, não passa de uma construção teórica que objetiva manejar os acontecimentos do mundo natural, pelo menos quanto às condutas humanas. Dentro dessa concepção, deve-se compreender que a construção do Direito não se encerra na formação e promulgação de normas, mas leva em conta também a interpretação e aplicação desses dispositivos.

O Direito não se reduz a um mero conjunto de regras estatais, constituindo-se em um fenômeno pluridimensional que vai além da norma escrita em si. Sua complexa construção se dá no seio das relações sociais, sujeita então às mais diferentes manifestações sociais e, por isso, muitas vezes submetida a interesses e forças de poder que se mostram mais “influentes” ou “poderosas”.

Assim, na busca pela interpretação e aplicação harmoniosa de normas de fundo e de forma, com base numa metodologia que combine “racionalidade” com “razoabilidade”, o jurista não pode deixar de lado as percepções ideológica, filosófica e social do Direito, sob pena de não alcançar a efetividade almejada pelo substrato da norma.

BIBLIOGRAFÍA

ARRUDA JR., Edmundo Lima. Introdução à sociologia jurídica alternativa. São

Paulo: Editora Acadêmica, 1993.

BOBBIO, Norberto. Liberalismo e Democracia. São Paulo: Brasiliense, 1994.

Dicionário de Política Brasília: UnB, 1995.

O Positivismo Jurídico. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. BOVERO, Michelangelo. Sociedade e Estado na filosofia política moderna. São Paulo: Brasiliense, 1996.

CAÑAL, Diana. Decisiones judiciales: la relación entre normas de fondo y de forma. Buenos Aires: Editorial Quorum, 2006.

. Filosofía del Derecho: una propuesta interactiva. Buenos Aires: Editorial Quorum, 2005.

. Una visión pragmática del Derecho. Buenos Aires: Editorial Quorum, 2003.

CHAUÍ, Marilena. O que é ideologia. São Paulo: Brasiliense, 1995.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito, justiça e utopia, in: A crise do Direito numa sociedade em mudança. Brasília: UnB, 1988.

LÖWY, Michael. Ideologias e ciências sociais. São Paulo: Cortez, 1988.

KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

NOVOA MONREAL, Eduardo. O Direito como obstáculo à transformação social.

Porto Alegre: Fabris, 1988.

POULANTZAS, Nicos. O Estado, o poder, o socialismo. Rio de Janeiro: Graal, 1985.

RIBEIRO, Paulo de Tarso. Direito e mudança social, in: A crise do Direito numa sociedade em mudança. Brasília: UnB, 1988.

TIGAR, Michael E. LEVY, Madeleine R. O Direito e a ascensão do capitalismo.

Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

Spes



Desde las clases de grado con Spes U.B.A.

DISTANCIAS

Julie (Analía Silvia Guaraglia)
Spes

El objetivo del presente paper consiste en reflexionar sobre la distancia existente entre ciertos conceptos teóricos desde la óptica de la escuela del derecho adoptada. Así, analizaremos la distancia que separa la eficacia de la validez, la racionalidad de la razonabilidad, o la interpretación gramatical del contexto histórico, político, económico y cultural. El objetivo propuesto es ver cómo estos vectores resultan ser más pequeños o más significativos según la escuela del derecho que se utilice o, mejor aún, si la distancia entre estos conceptos sufre una variación considerable si nos ubicamos en una teoría iusfilosófica u otra.

¿VALIDACIA O EFIDEZ?

Si tanto el iusnaturalismo, como el positivismo, el realismo o la escuela del derecho alternativo tienen en común en sus contenidos sistémicos la estructuración de su existencia de una norma, cabe preguntarse, en términos kelsenianos, dónde se funda el criterio de validez de esa norma (que norma, podríamos decir, fundante básica amerita la utilización de tal o cual solución). En este marco, podríamos decir que llegamos a encontrarnos, como diría

una vez más Kelsen, con una norma que no es positiva, sino supuesta o hipotética. Sin embargo, no en todos los casos esa norma hipotética es tan visible, o se encuentra ligada de manera totalmente clara a los criterios jerárquicos visibles de validez. Con lo que precede, estamos jugando adrede a extrapolar una categoría teórica de la escuela positivista para aplicarla a otras. Se podrá criticar la pertinencia de tal empresa, pero consideramos que, en lugar de ofrecer una excusa más para la cerrazón o falta de diálogo, las distintas escuelas iusfilosóficas deberían ser una buena herramienta para que el estudiante, el profesor o el operador jurídico empleen cuando más provechoso les resulte en términos de visibilidad y comprensión de los problemas que puedan encontrar.

En el caso del derecho positivo, la norma fundante básica cobra dos características diferentes según la perspectiva que utilicemos. Desde un enfoque estático, la norma fundante básica es un axioma. Así, como axioma, podrá considerársela también desde la teoría iusnaturalista o la realista, o del derecho alternativo. Por el simple motivo que, si queremos analizar un sistema teórico, éste nace en algún punto y posee un lugar de inflexión que lo separa de la práctica (del hecho a la teorización, siempre existe un primer paso).

En cambio, desde la perspectiva dinámica, en cuanto al análisis de modificaciones producidas en el sistema, la norma fundante básica resulta ser un hecho para el positivismo⁵². Es decir, una revolución, o un golpe de estado, o una asamblea o convención constituyente. Con lo cual podríamos ver que, en este tipo de análisis, el derecho positivo remite a los hechos, los cuales se encontrarían desprovistos de cualquier valoración axiológica, al menos en principio.

⁵² KELSEN, Hans; *Teoría pura del derecho*; UNAM; 1979, México. P. 206: "la norma fundante básica es la instauración del hecho fundante de la producción de derecho".

Para el iusnaturalismo, en cambio, la norma fundamental expuesta o explicada es la que dice que, por ejemplo, debe obedecerse la palabra de dios. La premisa menor es que dios dictó ciertos mandamientos (en el caso del iusnaturalismo religioso). ¿Pero por qué debe obedecerse la palabra de dios? Los fundamentos no apuntan abiertamente a cuestiones de poder, y dicen basarse en motivos doctrinarios o axiológicos. Aquí existiría otro segmento teórico más antes de llegar a alcanzar el nivel de los hechos. Por supuesto, esta respuesta supone la búsqueda de un motivo fáctico, si es que hemos de tener la misma prevención de Kelsen al no optar por un sistema axiológico, moral, valorativo u otros de manera última: dicha prevención consiste, sucintamente, en que no sabemos a ciencia cierta cuál es el mejor (o el más “verídico”).

En el realismo, el juez debe emplear los precedentes dados anteriormente por otros operadores jurídicos. Cabe preguntarse de dónde sale el carácter válido de la decisión de esos jueces, o ese primer juez. El juez dicta sentencia de esa manera porque el sistema así lo determina. ¿Pero cómo aparece esta necesidad de fallar de acuerdo con precedentes anteriores? Es un caso en el cual se entremezcla la estructura jerárquica del sistema, semejante al análisis positivista, y los simples hechos, vistos a través del ojo de cerradura de la costumbre. Tenemos entonces, hechos de poder (poder aristocrático e influyente de las altas esferas judiciales) y una derivación concatenada en cuanto a la validez que nos lleva a un primer hecho o hechos, como en el caso del positivismo⁵³.

⁵³ Para el caso, observar los “reception statutes” que sirvieron de puente entre el derecho inglés y el derecho norteamericano. Mediante ellos, las colonias norteamericanas le adjudicaban validez a lo fallado en Inglaterra por los jueces ingleses, de modo tal de iniciar una peculiar cadena de validez. Hoy en día, sin embargo, la mayoría de las decisiones judiciales se apoyan en casos norteamericanos per se.

En lo que respecta al derecho alternativo, podríamos asimilar su caso al del derecho positivo, con el único agregado que deberíamos observar de qué manera se conectan el sistema jurídico principal con el sistema jurídico accesorio. ¿Esta conexión se produjo por una relación axiológica? Ya veremos que esto generalmente no es así, sino que, en la mayoría de los reclamos y logros de las comunidades originarias, hubo situaciones de lucha intensa por obtener aunque sea un mínimo de reconocimiento.

Aquí es donde podríamos empezar a hablar de la valicacia. O sea, sería aquel momento en el cual la norma fundante básica llega a ser basamento de validez por haber obtenido un mínimo de eficacia. Este mínimo a veces resulta ser un máximo, en especial si el cambio de sistema se da de manera pacífica y debe contarse con la adhesión de una porción significativa (piénsese en Gandhi). La norma fundante básica nutre de validez a todo el sistema porque se conecta de un modo especial con el resto de las normas: a través de su eficacia.

Por otro lado, la efidez se comprueba en todos aquellos casos en los que, si bien la norma fundante básica, o los hechos de poder que se coloquen en la punta del esquema validativo, gozan de obediencia, esta obediencia no se sustenta en el vacío, sino que parte de alguna de estas variables en cabeza de los que organizan la nueva toma de poder:

- apelan a valores o sentimientos aceptados por la sociedad que el régimen antiguo no respetaba (es decir, restituyen la validez anterior que concatena ciertos hechos de fuerza con valores morales).
- utilizan la fuerza física coactiva (es decir, colocan como hecho último en la cadena de validez la razón de la fuerza).

- o, entre otros casos, se dedican a ordenar una situación caótica, de guerra civil o de sucesión interminable de presidentes (es decir, reordenan la cadena de validez).

En todos estos casos, la norma fundante básica deberá ser eficaz, pero esta eficacia, como vemos, se apoya siempre en alguna concatenación jerárquica que remite a una estructura de poder. Reducida a su punto más básico, ésta suele ser la validez.

¿RACIONALIDAD O RAZONABILIDAD?

Si bien en el apartado siguiente evaluaremos cuándo el operador jurídico decide apartarse de la norma y utilizar otros principios (razonabilidad), ahora trataremos de medir las distancias existentes entre la racionalidad y la razonabilidad en las diferentes teorías del derecho.

¿Qué implica apartarse de la norma establecida? Si el sistema fuera totalmente cerrado, esta anomalía debería traer aparejada una anulación o nulidad del acto realizado (como a veces sucede). Pero los grados de gravedad son caprichosos. Si el acto no es anulado, hay una atribución implícita de facultades al juez. ¿En qué se apoyará el juez para decidir, si no es en la norma, o si puede traerse, violando la cadena jerárquica, otra norma del sistema?

Algunos autores hablan de principios, los cuales pueden o no estar positivizados⁵⁴. Piénsese, por ejemplo, en el preámbulo de nuestra Constitución Nacional o en los principios republicanos que nutren la

⁵⁴ Véase el debate Hart Dworkin.

interpretación de qué debe entenderse por libertad, por igualdad o por propiedad privada.

Ahora bien, en todos estos casos, el juez parecería tener un grado importante de decisión. Veamos:

- en el iusnaturalismo religioso, deberá respetar la interpretación de la Iglesia, como institución, en constante puja con otros grupos de poder (sindicatos, agrupaciones, principados, gobiernos).
- en el positivismo, como siempre, la respuesta estará vacía. Dependerá de la habilidad del operador jurídico para ingresar en el sistema lo que la realidad (o sus propios intereses) requieran. En última instancia, será nuevamente una lucha de poder entre los grupos de poder o los intereses generales.
- en el realismo, el juez podrá generar nuevos precedentes, casi sin más⁵⁵. La puja de poder no se limitará a su mera capacidad creativa, sino que estará, en este caso como en otros, en determinar con astucia cuáles son los jueces que llegan a posiciones importantes de poder en la escala judicial. ¿A qué intereses responden? ¿Y de qué círculos proceden?
- en el derecho alternativo, habrá una nueva lucha de poder por observar en qué casos el apartamiento de la racionalidad dura e intersubjetiva del sistema se aproxima más al derecho del conquistador o del conquistado.

⁵⁵ Piénsese en como casos del talante de *Brandenburg v. Ohio* se alejaron de lo establecido por precedentes anteriores ante un conjunto de hechos similares. En dicho caso, se falló que los dichos del Ku Klux Klan no debían considerarse discurso prohibido, mientras que sí se había penalizado la membresía en partidos comunistas, los discursos críticos de la guerra, o incluso las asambleas sindicalistas en Nueva York.

Es decir, en el caso de la racionalidad, los principios y adagios parecen estar cristalizados en el tiempo y ser, de alguna manera, comprobables. Pero en el caso de la razonabilidad, el sistema se vuelve mucho más dinámico y flexible. Hasta podríamos decir agonial. Habrá una lucha, a veces no tan silenciosa, entre los diferentes valores e intereses por ubicarse justo detrás de la norma fundante básica. O por convertirse en la norma fundante básica que sustenta las hipótesis de derecho anormal. Veamos cuándo se darían esos supuestos.

¿APARTAMIENTO O COMPLETITUD?

En el fallo *Rigg v. Palmer*, se observa cómo el juez decide establecer una condena apartándose de la norma o, si se quiere, completándola. Los hechos consistían en que un individuo había decidido asesinar a su tío para quedarse con el dinero de la herencia. En sede penal, el acusado tuvo una condena, pero en sede civil permanecía la duda sobre si podía o no recibir el dinero de la herencia. El juez consideró que esto no podía ser así, si bien no existía una norma específica que estableciera lo dicho. Los argumentos utilizados partieron de prescindir del derecho positivo para tomar argumentaciones iusnaturalistas.

Por tanto, si pensamos en el iusnaturalismo, un apartamiento de la normativa vigente, de aquella normativa que realmente tiene un peso específico, nunca será admitido como tal. En otras palabras, se predicará que nos encontramos en algunos de los siguientes casos:

- el derecho positivo no se ajusta o no se ajustaba al derecho natural.
- el derecho natural había o ha sido interpretado erróneamente.
- el derecho positivo no provee una norma específica (laguna).

En el caso del derecho positivo, las respuestas varían según el filósofo positivista que optemos por considerar. En el extenso conglomerado jurídico de un cierto estado en un momento dado, suelen existir normas de diverso tipo y jerarquía, y normas que hasta pueden llegar a ser contradictorias. En tales oportunidades, se puede recurrir a adagios intra o extra sistémicos (como “ley posterior deroga a ley anterior”) o se puede establecer que el juez llenó una laguna o tomó una decisión.

En términos generales, las opciones serían las siguientes:

- la norma no utilizada cayó en desuetudo.
- el juez realiza una interpretación novedosa de cierto término entendido de manera disímil hasta el momento (una nueva acepción de libertad, de igualdad, o de propiedad, por ejemplo).
- el juez innova porque existe una laguna.

Si nos remitimos a otras escuelas del derecho posibles, podríamos pensar en los argumentos utilizados por el realismo. Si el derecho es aquello que los jueces determinan, entonces en el caso estudiado el magistrado tiene que, simplemente, considerar los fundamentos de la cuestión y, en todo caso, cuando es dable apartarse de un precedente o considerar que los casos bajo análisis no son del mismo talante.

Es decir, pareciera ser que, en el caso del realismo, las dos variantes más típicas por las cuales el derecho cambia, o deja de ser previsible, suceden en los siguientes casos:

- al considerarse que los precedentes anteriores no son aplicables, por haberse generado un cambio en la moralidad o estándares sociales.

- al considerarse que los precedentes no son aplicables, por suponer que los hechos no son asimilables (nunca, sin embargo, dos conjuntos de hechos, que involucran a su vez otros tantos sub-supuestos, son exactamente iguales).

El derecho alternativo presenta una cuestión diferencial al deber pautarse exactamente cuál es la relación de jerarquía entre un sistema y el otro, es decir, de qué manera el derecho positivo del ordenamiento principal convoca al derecho de la comunidad receptada.

Se ve claramente cómo, al versar ambos derechos sobre las mismas conductas, más otras no reguladas por los dos al mismo tiempo (como en un diagrama de Ven), las respuestas brindadas por el ordenamiento jurídico podrán ser las mismas (por ejemplo, si ambos sistemas condenan el homicidio), diferentes (si imponen sanciones diversas, ejecutables al mismo tiempo), o contradictorias (si un sistema absuelve mientras que otro condena, o si uno incluso premia mientras que el otro castiga). En esos casos, se necesitará una norma que establezca el orden de prelación o, en todo caso, se podrá atribuir la potestad de decisión al juez.

Parecería ser entonces, al menos en este respecto, que el derecho alternativo sería asimilable al derecho positivo o al realismo. No así al iusnaturalismo, puesto que se hace difícil encontrar un supuesto de derecho alternativo en el cual se compartan los mismos principios, tanto en el caso del derecho principal como en el del alternativo (si observamos los derechos indígenas receptados, éstos suelen tener un trasfondo ético y religioso no asimilable al de las culturas conquistadoras).

Entonces, en cuanto a la libertad del juez para apartarse o no de la norma, lo cual redundaría en una posibilidad de receptar el cambio en la realidad, pero también en una mayor o menor seguridad jurídica (conceptos

que parecen ser inversamente proporcionales), todos los modelos vistos poseen el pivot disponible de la interpretación gramatical o el juego con el lenguaje. Todos ellos pueden, ulteriormente, interpretar de modo diverso una misma palabra que significaba algo distinto en las leyes o fallos del pasado.

Ahora bien, tanto el positivismo como el iusnaturalismo contemplan la hipótesis de laguna normativa. En el supuesto del realismo, no tiene sentido hablar de laguna, o siempre puede hablarse de la misma, ya que en todo momento existirá algún tipo de similitud con otro caso (al menos en cuanto a su fuero) y, a la vez, todo caso nunca será idéntico a otro.

Por otro lado, tanto el realismo como el positivismo comparten la posibilidad de que se genere un cambio en la realidad social. Este cambio puede redundar, para el positivismo, en una hipótesis de desuetudo, y para el realismo, en una necesidad de apartamiento del precedente por ser éste incongruente con la práctica social, política o económica del momento.

Finalmente, tanto el realismo como el iusnaturalismo poseen una hipótesis de inaplicabilidad: esta sucede cuando se supone que el precedente no es aplicable por no ser los hechos lo suficientemente parecidos (realismo), o cuando se considera que el derecho existente no es aplicable porque no se ajusta al derecho natural (iusnaturalismo). Ambos supuestos, creo yo, son graves, porque implican un apartamiento caprichoso del derecho que se apoya en basamentos no comprobables: ¿quién establece lo que dice el derecho natural? ¿quién asevera o estima que el precedente ya no es válido, cuando siempre serán los hechos, en algún grado u otro, disímiles? Como siempre, habrá que estarse a las luchas de intereses y de poder, materia, por supuesto, de otro paper.

El trabajo, la salud y el impacto del consumo de drogas

Dra. Lucía A. García de Ruiz

Cuando preguntan a Sigmund Freud al final de su vida lo que es para él un ser humano sano, contesta: *«Aquel que es capaz de trabajar y de amar»*.

En 1930 en “El malestar en la cultura”, aseguraba que, *“ninguna otra técnica de conducción de la vida liga al individuo tan firmemente a la realidad como la insistencia en el trabajo”*.

Hegel muestra otra noción del trabajo, plantea que, *“el trabajo implica la formación del propio individuo en el proceso de producción del objeto, siendo el trabajo una forma del ser del sujeto mismo.”*

El trabajo es así una actividad ligada en forma positiva al sujeto.

Años más tarde Ramón Carrillo⁵⁶ entiende al trabajo como un arma de doble filo, al sostener: *“El trabajo -en cualquiera de sus formas- puede convertirse tanto en factor que favorece el crecimiento y desarrollo del individuo y su integración social o por el contrario producir sufrimiento, enfermedad y muerte.”*

El devenir de los tiempos y las condiciones políticas, sociales y económicas de los Estados modernos han modificado aquella concepción inicial.

⁵⁶ Ramón Carrillo (1906-1956) neurocirujano, neurobiólogo y médico sanitarista de Argentina. Ministro de Salud. Integró la tradición científica conocida como escuela neurobiológica argentino-germana y produjo asimismo trabajos de antropología filosófica.

Hoy, para hablar de la salud como condición de vida plena en el mundo laboral debemos abordar el tema analizando diferentes aspectos que hacen a esa realidad: el medio social en que se desempeñan las diferentes tareas, los mitos y costumbre en torno a ciertas actividades, los condicionantes y exigencias propios de la época, dan características particulares a cada actividad e inciden sobre el trabajador o trabajadora llevando a su vida no siempre la sensación de plenitud y realización de la que hablaba Freud cuando entendía al trabajo como una forma de asegurar la salud.

El estado de salud, entonces, no depende de la aptitud física o de los componentes genético-hereditarios de una persona, sino, vendrá a ser la resultante de un cúmulo de factores que a veces hacen que se resienta ese estado saludable, afectándolo.

La inadecuada relación entre condiciones y medio ambiente de trabajo y la vida y salud de los trabajadores permiten inferir consecuencias que influyen en las esferas individuales, familiares, laborales y socio productivas.

La “Salud”, entonces, como bien individual pero de repercusión socio-colectiva es determinada por una gran diversidad de factores.

El sujeto trabajador vive en una sociedad donde a **las presiones** se debe responder de **modo rápido** o se pierde la oportunidad, para ello, para responder adecuadamente y rápido, la publicidad, los medios, muestran soluciones instantáneas, al alcance de la mano, que dan respuestas inmediatas y que señalan como lograr, sin demasiado esfuerzo adicional el objetivo necesario en forma fulminante, sin costo aparente y guardando la imagen que se necesita.

La competencia, por otro lado, es desmedida y el número de oportunidades van siempre detrás del número de interesados por lo cual posicionarse rápido hace a la sobrevivencia.

Las sociedades modernas, con sus pautas de celeridad, urgencia y rendimiento impuestas por el consumo, la inmediatez y la imagen, olvidan a ese sujeto que es protagonista de esta historia de hoy.

Lo olvidan en tanto persona, lo que se le pide es que reúna las características de algo **que debe ser así, no que puede ser así**. Ese deber ser está aquí señalado por la realidad de quedar fuera del sistema, en cualquier ámbito que analicemos de la vida de una persona.

El ser humano en tanto tal encuentra límites que están dados por la realidad de su capacidad mental, física, psíquica, emocional y que recuerdan la individualidad de cada uno marcando las posibilidades y las limitaciones que tiene junto a sí. Si frente a exigencias desmedidas debe adecuar su rendimiento, recurre a soluciones o paliativos que a modo de muletas los sostengan, a la vez que va diezmando su salud, su capacidad y su rendimiento.

Es en la nueva sociedad capitalista globalizada donde el llamado mundo del trabajo queda irremisiblemente limitado en sus propias pautas, en ella aparecen fenómenos como el estrés, la depresión, el llamado síndrome de burnout, la violencia laboral, los intentos de suicidio y el consumo de drogas.

A este último se recurre como a un paliativo. Lo es en general en el caso de muchas personas que consumen para atenuar algún dolor, alguna carencia, y lo es en el ámbito del trabajo para poder sobrellevar una rutina estresante, una jornada de trabajo violenta, una exigencia excesiva del tiempo de trabajo en un mismo empleo o en varios.

Hay actividades que mantienen al trabajador o la trabajadora largos períodos fuera de su hogar, de su familia, de su medio social. En algunos casos con salarios altísimos, sin otra posibilidad de gasto que no sea en algo

que les permite soportar esa lejanía, esa soledad, en otros casos, con sueldos de miseria y en condiciones de vida precarias que no aseguran que pueda volver con el sustento familiar buscado.

No siempre, ni en todos los casos, pero debemos pensar si esto no colabora con la necesidad de encontrar esos paliativos mágicos ante ese tipo de padecimiento, y entonces se recurre al alcohol o a otras drogas, de este modo el consumo de sustancias psicotrópicas y drogas, afectan la vida de los trabajadores que recurren a ellas.

Una decisión personal -cuyos efectos se vuelcan sobre su rendimiento en el trabajo- o una realidad laboral adversa, puede empujar a recurrir a ese tipo de auxilios pero encontrando en ello un nuevo problema antes que una solución a sus males.

Ese consumo, entonces **pudo haberse originado fuera del trabajo**, como algo elegido por ese sujeto por motivaciones que tienen que ver con elecciones personales y, sin embargo, cuando llega a su lugar de trabajo no puede cumplir su cometido ya que no está en condiciones. Del mismo modo, una persona **que trabaja y encuentra en su lugar de labor** problemas para su desempeño como trabajador/trabajadora, puede comenzar un consumo que luego va a tener igualmente consecuencias sobre su salud y rendimiento.

La relación laboral está básicamente constituida por dos términos: Trabajadores y Empleadores.

La realidad laboral está constituida por algo más que esas dos partes, en un régimen capitalista como el que vivimos hay normas que priman por sobre las relaciones humanas como “oferta y demanda”, “costo- beneficio”, “plusvalía”, “libre mercado”, “competitividad” y tantas otras.

A esto debemos sumar **el avance tecnológico**, que para el Dr. Ramón Carrillo se constituyeron en un nuevo riesgo "... *los adelantos de la técnica han venido a constituir un peligro para la especie humana. Me refiero no sólo a los accidentes del trabajo, a las enfermedades profesionales, a la insalubridad industrial, o sea a los riesgos comunes creados por la maquinización de las grandes fábricas y por las grandes concentraciones urbanas, sino también a los desequilibrios económicos y a la inestabilidad social resultante de una muy desnivelada distribución de las riquezas con sus inevitables consecuencias disolventes...*"

Las nuevas tecnologías implican nuevos conocimientos y la consiguiente exigencia de adquirirlos "ya", para poder operar en términos de competitividad. Complejas situaciones que enfrentan al sujeto trabajador con la necesidad de nuevos saberes en tiempos record, para no quedar fuera del "mercado laboral", y que inciden sobre él negativamente, puesto que avanzan muchas veces sobre su tiempo familiar o personal de descanso a fin de obtener la preparación que se hace imprescindible.

Al hablar del impacto que el consumo de Drogas y otras sustancias Psicotrópicas ocasionan en el mundo del trabajo es preciso abordar el tema sin preconceptos.

En primer lugar, no es un problema del mundo laboral, de los trabajadores. Es por el contrario, lo que la Organización Mundial de la Salud llama "un problema social complejo".

Por otro, es imprescindible entender que en relación al consumo de drogas, venimos de largas épocas de **oscurantismo, de negación** y a la vez de **naturalización**. El oscurantismo nos lleva a tapar el tema tal cual se presenta y disfrazarlo para presentarlo del modo en que queremos aparezca, por eso hemos satanizado al consumidor, desinformado e instalando mitos y

leyendas acerca de los efectos de ciertos productos, reduciendo el consumo a grupos determinados, negando de este modo la existencia real del problema que incluye además del consumidor al vendedor, al productor y a los grandes negocios que detrás de su comercialización se instalan. Y, por otro lado, funciona lo que llamo la naturalización. Cuando me refiero a este punto quiero decir que el desconocimiento, la desinformación o la mala información sobre determinadas drogas llevan a la naturalización de su consumo. Es el caso del alcohol, del tabaco (cigarrillo) y aún de los medicamentos consumidos sin prescripción médica por automedicación.

Podríamos hablar de sustancias: drogas, psicofármacos u otras sustancias, pero no nos aportaría gran cosa en relación al tema que interesa, ya que estaríamos dejando afuera el elemento subjetivo que define todo esto y que es el Ser Humano, consumidor, afectado por los efectos de un consumo excesivo.

Ese sujeto que puede ser cualquiera de nosotros, vive una realidad social compleja y debe responder a esa complejidad con recursos que a veces no posee o no tiene desarrollados, o siente que no le alcanzan para cubrir las expectativas que se plantean respecto de lo que hay que hacer o parecer en relación a esa situación que debe enfrentar.

Nuevamente vale citar al Dr Ramón Carrillo, el gran médico higienista argentino, al que tanto le debe el desarrollo de la salud en nuestro país, decía al respecto: *“El Estado no puede quedar indiferente ante el proceso económico, porque entonces no habrá posibilidad de justicia social, y tampoco puede quedar indiferente ante los problemas de la salud de un pueblo, porque un pueblo de enfermos no es ni puede ser un pueblo digno.”*

Compartiendo esta consigna como una responsabilidad ineludible, aunando y coordinando acciones de diferentes Ministerios del gobierno

nacional se ha comenzado a atacar este flagelo partiendo del diseño de soluciones integrales.

Para ello, la primera medida es en dirección a la “prevención”, fijando como prioridades informar y desmitificar. Señalando claramente, que cualquier consumo no importa una adicción, pero también que es tratable cualquier grado de consumo.

En la misma dirección se impone:

- Bregar por leyes que contemplen esta temática y que consideren el consumo excesivo de drogas como lo que es, una enfermedad y, como tal, con la cobertura médico – social necesaria.
- Incluir entre los temas de discusión y negociación colectiva los problemas derivados del consumo de sustancias Psicotrópicas y drogas.
- Asegurar al trabajador o la trabajadora con problemas de alto consumo de drogas durante el tiempo de tratamiento la conservación de su empleo y garantizar que será reincorporado en el mismo puesto de trabajo o reubicado razonablemente luego del alta médica correspondiente.

Pero por sobre todas las cosas debe perseguirse educar sobre este tema, concientizando a toda la población, informando sin deformaciones.

COLABORARON EN ESTE NÚMERO Y EN LAS JORNADAS

Manuela Lopérfido (S)

Krncsék, Joaquín (S)

Patricia Inés Fonseca (S)

Julia Bianchi (S)

Joaquín Tuñez (S)

Marina Natalia Sanchez (S)

Analía Guaraglia ("a" Juli)

Teresita (S)

Paula Saenz Valiente (S)

Analía Viganó (S)

Diego Pablo Calo Maiza (S)

Rodrigo Diniz Cury (S)

Boisbaudran Imperiano

Martha Feldman (S)

Eliana Lundberg

Sandra A. Merlo

Sara Berenice Orta Flores

Diana Cañal (S)

Ezequiel Morell (S)

Facundo Taboada (S)

Facundo Rijo (S)

Rocio Chavez (S)

Lucía García de Ruiz

Javier Alsina (S)

Joaquín Carillo (S)

Mario Ernesto Sena (S)

Cynthia Lembo (S)

María Vacca

Agradecemos la colaboración desde el Instituto Gioja, Dr. Tulio Ortiz