

¿FILOSOFÍA DEL DERECHO PARA QUÉ MUNDO LATINO?

Diego Javier Duquelsky Gómez

UBA-UNPAZ-UNDAV Argentina

Notas preliminares

Si bien la propuesta de elaborar una filosofía del Derecho para el mundo latino ya había sido presentada en su intervención en el debate sobre “El futuro del positivismo jurídico”, que tuvo lugar en el XXIII Congreso de la IVR, en Cracovia, en agosto de 2007¹, fue en noviembre de 2009 cuando personalmente escuché por primera vez esa expresión, en ocasión de ser investido el profesor Manuel Atienza como Doctor honoris causa por la Universidad de Buenos Aires.

Su conferencia magistral, titulada “Una nueva visita a la filosofía del Derecho en Argentina”², retoma el decálogo de ideas que constituyen lo que el propio Atienza no duda en llamar una suerte de *Manifiesto* con los ejes o ideas fuerza tendientes a construir una filosofía (una teoría) del Derecho con la vista puesta en los países latinos de Europa y de América.

Debo confesar que en aquella ocasión no presté demasiada atención a la propuesta. El tema central de la conferencia era una actualización del estado de situación de la iusfilosofía en mi país, más de tres décadas después de culminada su tesis doctoral sobre la filosofía del Derecho en Argentina. Lo importante para buena parte del auditorio (me incluyo), dominado por la mentalidad colonial de la que ya hablaremos en este trabajo, pasaba por la visión que de la comunidad académica local tenía nuestro ilustre visitante y, sobre todo, qué nuevos nombres o escuelas aparecían en la nómina, el lugar asignado a cada uno de ellos, etc.

Cinco años más tarde, en octubre de 2014, el profesor Atienza fue invitado a dictar la conferencia de cierre de 1er. Congreso Iberoamericano de Filosofía Jurídica y Social, coincidente con las XXVIII Jornadas Argentinas. Para quienes desde la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho veníamos trabajando en la idea de organizar

¹ Posteriormente publicada como ATIENZA, Manuel, “Es el positivismo jurídico una teoría aceptable del Derecho?”, en *Ideas para una filosofía del Derecho. Una propuesta para el mundo latino*, Universidad Inca Garcilaso, Lima, 2008

² ATIENZA, Manuel, “Una nueva visita a la filosofía del Derecho en Argentina”, en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, año 7, nº 14, 2009, pp. 9-30.

encuentros y, en algún momento, constituir una entidad regional³, que el título de la presentación fuera precisamente “Una filosofía del Derecho para el mundo latino. Otra vuelta de tuerca” fue no sólo coincidente con nuestras intenciones sino, sobre todo, muy alentador.

En dicho trabajo se desarrollan en forma mucho más exhaustiva cada uno de los puntos del decálogo o *Manifiesto* y, tal como señala su autor, son producto de “*polémicas con iusfilósofos del mundo latino que defienden posturas más o menos alejadas de la mía: Bulygin, Guastini, Comanducci, Chiassoni, Laporta, García Amado, Haba o Ferrajoli*”.⁴

Fue en ocasión de ese congreso cuando algunos nos anoticiamos de la idea de celebrar en el mes de mayo de 2016, en Alicante, el evento que nos convoca, lo que fue visto por muchos de nosotros – más allá de ampliar la convocatoria a otros países europeos de tradición latina- como una continuación de los esfuerzos realizados en un sentido semejante desde las Asociaciones del Cono Sur.

Y si bien es cierto que, tal como se afirma en su presentación, “... *la convocatoria de este Primer Congreso de Filosofía del Derecho del Mundo Latino ha ido precedida de una fase de consulta a iusfilósofos de diversos países latinos, europeos y americanos, de la que ha resultado un amplio acuerdo sobre la conveniencia de emprender esa tarea*”, el modo en que se ha diseñado su estructura organizativa, la definición de su agenda y su modo de trabajo nos hace reflexionar sobre cómo los espacios de pensamiento democrático pueden estar condicionados por el sustrato democrático de su propio proceso de construcción.

Esta última afirmación no implica cuestionar en modo alguno las cualidades de quienes definieron la estructura organizativa. Es más, es notable como en la composición tanto del Comité de Honor como del Consejo Asesor se ha garantizado la pluralidad ideológica, geográfica y académica. En términos personales me siento representado, tanto por la presencia de directivos de la entidad que integro, como de mis maestros del mundo académico y muchos de los personajes que más respeto y admiro.

Lo que intento señalar -en consonancia con uno de los problemas planteados por el mismo profesor Atienza en más de una ocasión⁵- es que, a diferencia de lo que ocurre en otras especialidades, son pocas las estructuras científico-institucionales representativas de los cultores de nuestra disciplina y, en consecuencia, resulta complejo salir de la lógica

³ En tal sentido desde una década atrás la AAFD organizó actividades académicas conjuntas con sus pares de Chile y Brasil.

⁴ ATIENZA, Manuel, “Una filosofía del Derecho para el mundo latino. Otra vuelta de tuerca”.

Lamentablemente, todavía en prensa, pero próximo a ser publicado conjuntamente con el resto de las presentaciones del mencionado Congreso.

⁵ ATIENZA, Manuel, “Una teoría pragmática del diritto”, en *Rivista di filosofia del diritto. Journal of Legal Philosophy*, 1/2012, pp. 123-134 y ATIENZA, Manuel, “Una filosofía del Derecho para el mundo latino. Otra vuelta de tuerca”, citado en nota 4.

de las relaciones personales, los prestigios, los vínculos profesionales, etc. a la hora de construir nuevos espacios.

Ello puede llevar, si no estamos atentos, a continuar relegando ciertas perspectivas y acallando determinadas voces, reproduciendo relaciones de subordinación dentro del propio mundo jurídico latino. Tal como destaca Boaventura de Sousa Santos, el conocimiento científico no es socialmente distribuido de un modo equitativo, ya que fue diseñado precisamente para convertir un lado de la línea en sujeto de conocimiento y el otro en su objeto.⁶

La participación asimétrica en la determinación de centros y periferias aparece como un problema evidente en la misma convocatoria a este Congreso. De hecho, la iniciativa pretende *“contribuir también a equilibrar la filosofía del Derecho a nivel mundial y a reducir, por ello, el excesivo peso que en las últimas décadas está teniendo la cultura anglosajona.”*⁷

La preocupación que me anima a escribir este trabajo, no es otra que la de formular algunos señalamientos sobre el lugar de Iberoamérica en la constitución de una filosofía del Derecho para el mundo latino, a fin de evitar reproducir -en el marco de la lucha contra el colonialismo cultural anglosajón- nuevas formas de colonialismo interno. Y de este modo, asegurarnos que el camino compartido que empezamos a transitar, desemboque en un proyecto emancipatorio.

1.- Problematicando el concepto de “mundo latino”

Tanto en su Manifiesto original como en su “vuelta de tuerca”⁸ el profesor Atienza toma la idea de “globalismo localizado” de Boaventura de Sousa Santos⁹ para expresar lo que ocurre en el mundo de la cultura iusfilosófica y así adoptar una actitud cautelosa en relación con el modo en que ciertas tradiciones jurídicas, particularmente la anglosajona, nos imponen el tratamiento de ciertos “tópicos de moda”, estudiar determinados autores, atender determinadas problemáticas.

En ese sentido, resultaría de interés desarrollar teorías del derecho “regionales” en torno a distintos círculos culturales, entre los que podemos reconocer al que constituyen los países latinos, de Europa y de América. Sostiene Atienza que *“(a)unque con niveles de desarrollo económico, político, científico, tecnológico, etc. diferentes, esos países son sumamente afines desde el punto de vista de sus sistemas jurídicos y de sus lenguas,*

⁶ Ver SANTOS, Boaventura de Sousa, *Descolonizar el saber, reinventar el poder*, Ediciones Trilce, Extensión universitaria: Universidad de la República, Montevideo, 2010, pag. 52 y sgtes.

⁷ <http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/presentacion>

⁸ Ver notas 1 y 4, respectivamente.

⁹ Entre muchos otros, ver SANTOS, Boaventura de Sousa, *La globalización del derecho*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1999

*poseen una rica tradición de pensamiento jurídico, y en todos ellos el Estado constitucional opera como un ideal regulativo para el desarrollo del Derecho y de la cultura jurídica”.*¹⁰

Si bien compartimos en líneas generales esta afirmación, estimo que puede ser enriquecedor para que rinda mayores frutos el proyecto, problematizar el propio concepto de “mundo latino” y el modo en que los países de “la América antes portuguesa y española” fueron incorporados a dicha tradición¹¹. Tampoco podemos pasar por alto que esos distintos niveles de desarrollo entre los países latinos de Europa y América no son resultado del azar.

1.1. Lo latino como localismo globalizado relocalizado

La primer paradoja con que nos encontramos es que el mundo latino, desde el que se pretende presentar una visión cultural alternativa, no es otra cosa que un “localismo globalizado relocalizado” o un “ex localismo globalizado”. La expansión a lo largo de vastas regiones del globo del latín, como lengua franca, fue producto de largos y complejos procesos militares, culturales y religiosos.

Sería imposible concebir el mundo latino, sin pensar primer término en el avance de Roma sobre una importante parte de Europa. Es más, esa lengua latina se fue forjando durante múltiples cruces etno-culturales y recién alcanzó su plena estabilización con Virgilio, quien en la Eneida reinventa el mito del origen de Roma y la epopeya de estos “latinos” dando cuenta de su futura gloria imperial.¹²

Pero tampoco podríamos hacerlo sin Justiniano y su intento de reunificación de ambos imperios romanos, ni pensaríamos como parte crucial de ese mundo a buena parte de América sin la colonización llevada a cabo por los Reyes Católicos.

Ahora bien, ¿es entonces la característica definitoria del mundo latino una raíz idiomática? ¿Basta con tratarse de países en las que se hablen lenguas “romances” para considerarlos parte de ese mundo? Pienso que no. Una parte importante de África es franco-parlante, como también lo son algunos países asiáticos. Lo mismo ocurre con las regiones luso-parlantes o ítalo-parlantes de esos continentes. Y sin embargo, al menos en términos intuitivos nos cuesta pensar en dichas culturas como parte del mundo latino.

Posiblemente esto se deba a que, a diferencia de lo acontecido durante la conquista de América, cuando de la mano de la Iglesia Católica lo latino desarrollaba sus pretensiones de universalidad, durante la fase de conquista a la que podríamos llamar “imperialista” que se desarrolla fundamentalmente durante el siglo XIX e impacta básicamente en el

¹⁰ Atienza, *Una filosofía del derecho...*, op. cit.

¹¹ Un interesante análisis de las familias de culturas jurídicas, sus lazos de parentesco y sus rutas hacia y a través de la modernidad, puede encontrarse en SANTOS, *La globalización del derecho*, op. cit.

¹² Ver FILIPPI, Alberto, *Constituciones, democracias y dictaduras*, Ediciones infojus, buenos aires, 2015, Capítulo V

continente africano, el localismo que se globaliza es la idea de “progreso” producto de la revolución industrial, cuyo máximo exponente es el Imperio Británico.¹³

Y como bien explica Boaventura de Sousa Santos, cuando una entidad local logra globalizarse, eso implica simultáneamente, la relocalización de su rival, en este caso, lo latino.

1.2. ¿Iusfilosofía del mundo latino o iusfilósofos de países latinos?

El segundo punto problemático tiene que ver con preguntarnos sobre quienes pueden ser considerados iusfilósofos del mundo latino. Basta con haber nacido en un país, de Europa o de América, en que se hable español, italiano, portugués o francés para ser considerado parte de esa tradición cultural. O la condición de iusfilósofo latino viene dada por la formación, las preocupaciones, los temas que aborda.

Con mucha crudeza –casi con crueldad- Atienza advierte como una parte importante de los filósofos del derecho de nuestros países se esfuerzan en *“empeñarse en escribir textos iusfilosóficos que parecerían tener como objetivo último el de aparecer citados – naturalmente, solo en nota a pie de página- en alguna obra de un autor anglosajón”*.¹⁴

Al menos en Argentina, muchos de nuestros colegas sólo estudian, enseñan y dialogan con autores anglosajones. Es más, desarrollan su actividad académica en ámbitos universitarios privados cuyo principal mérito (al menos así los presentan sus estrategias de mercadotecnia) son sus contactos con escuelas de derecho de los Estados Unidos.

Otros, por su parte, sostienen una visión tan acotada del objeto de estudio propio de la filosofía del derecho y defienden cánones de cientificidad que pasan por un grado de asepsia que les impiden contaminarse de la realidad social, a un nivel tal que su actividad podría llevarse a cabo en y en relación a cualquier sistema jurídico.

1.3. El sexo del mundo latino

Muchos son los teóricos que han estudiado el modo en que el pensamiento moderno, (aunque quizás desde mucho antes), se ha estructurado en torno a dualismos o parejas de conceptos opuestos: sujeto/objeto, formal/informal, cultura/naturaleza, etc.¹⁵

El pensamiento jurídico crítico feminista, además, ha puesto el acento en que esas parejas dicotómicas están sexualizadas y, consecuentemente, jerarquizadas. Un clásico en la materia es el trabajo de Frances Olsen “El sexo del derecho”¹⁶.

¹³ Ver, TRAVERSO, Enzo, *La Violencia Nazi: una genealogía europea*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2003, capítulo 2.

¹⁴ ATIENZA, Manuel, “Una teoría pragmática del diritto”, op. cit., pag.128.

¹⁵ Entre muchas referencias posibles, SANTOS, Boaventura de Sousa, “El estado y el derecho en la transición posmoderna”, en COURTIS, Christian (comp.) *Desde otra mirada*, Eudeba, Buenos Aires, 2001. pag. 273

¹⁶ OLSEN, Frances, “El sexo del derecho”, en COURTIS, Christian (comp.) *Desde otra mirada*, op.cit.

Allí la autora nos muestra como en los dualismos racional/irracional, activo/pasivo, pensamiento/sentimiento, abstracto/concreto y universal/particular el primero de estos elementos aparece no sólo como superior al otro, sino que al tiempo se lo asocia con lo masculino, mientras que el subordinado sería propio de lo femenino.

Me parece interesante advertir que, si bien durante mucho tiempo la “latinidad” fue sinónimo de lo civilizado¹⁷, a partir del proceso de “relocalización” previamente analizado, bien podría afirmarse que muchos de los rasgos que según Olsen se asignan a lo femenino, también se asocian al mundo latino.

Basta con pensar en los arquetipos que presenta el cine o las series de televisión, las empresas de turismo, las revistas de interés general. El apasionado “latin lover”, los fervientes aficionados de fútbol que hacen inigualable el espectáculo de Boca-River, los sensuales bailes latinos, la ruta del bacalao, la vendetta, las familias numerosas, las señoras fervientemente religiosas, los campesinos durmiendo plácidamente al sol en horario de trabajo y tantos ejemplos más.

La construcción de esta suerte de sentido común es lo que, al mismo tiempo que aparentemente resalta el costado positivo de esos atributos, legitima la primacía del pensamiento racional, abstracto, universal propio de la cultura anglosajona (aunque también germana).

2.- La latinización de América

Así como es posible problematizar la propia idea de mundo latino, y resulta de utilidad ver como esa noción se ha ido construyendo históricamente, otro tanto ocurre con la “latinidad” de América.

En este apartado, trataremos de mostrar en primer término como la cultura jurídica de nuestros países viene determinada por tres tradiciones imperiales, que condicionaron su potencial emancipatorio. También veremos como la expresión América Latina es relativamente reciente y fue utilizada para legitimar determinados proyectos recolonizadores. De este modo, lo latino en América aparecerá como civilización, pero también como barbarie.

2.1. La pesada herencia

Es un lugar común destacar como rasgo propio de nuestra cultura jurídica el formalismo, el normativismo y -en el ámbito penal- una concepción autoritaria, prácticas iliberales, ausencia del contradictorio, etc.

¹⁷ Ya volveremos sobre esto cuando analicemos el complejo vínculo de América con lo latino.

Si, utilizando la terminología de Bachelard¹⁸, hiciéramos una suerte de psicoanálisis de la razón jurídica latinoamericana, advertiríamos que buena parte de esas características son resultado de la herencia legada por el mundo latino, configurada durante tres imperios y plasmada en tres construcciones jurídicas: el derecho romano, el modelo inquisitivo y el Código de Napoleón¹⁹.

2.1.1. El legado de Roma

Es notable como el derecho romano ha mantenido su influencia en la formación de los juristas en nuestro continente. Y lo ha hecho por más de un carril. Por un lado, hasta hace pocos años la asignatura Derecho Romano ha formado parte de la *curricula* de la mayor parte de las escuelas de abogacía (lo sigue siendo en muchas de ellas).

Ello no sería preocupante si no fuera porque su enseñanza ha sido parte crucial de una concepción que presenta al derecho como un fenómeno ahistórico y neutral. Como si todo lo que hubiera que saber sobre lo jurídico tuviera origen en una desarrolladísima concepción que hace miles de años estableció de una vez y para siempre los vínculos jurídicos.

Para tomar el ejemplo de Carlos Cárcova, sólo un análisis superficial podría hacernos pensar que por haberse mantenido ciertas denominaciones, el *vinculum* o la *obligatio* son figuras semejantes a las de nuestros ordenamientos positivos²⁰, dejando fuera del análisis modos de producción, formas de gobierno, tipo de bienes en el comercio o tantos factores más presentes en uno u otro período histórico.

También es importante tener presente que el Corpus Iuris Civilis, la compilación a través de la cual llega a nosotros el derecho romano, no sólo contiene normas de derecho privado, sino también de derecho público e incluso canónico. Esa combinación va a ser clave para entender el efecto conservador que ha tenido sobre nuestra cultura jurídica.

Por otra parte, el derecho romano también ha sido particularmente influyente en la formación del modelo de ciencia propio de la dogmática jurídica que se consolida durante el siglo XIX.

Tanto Savigny con el desarrollo de la “pandectística”, como posteriormente el primer Ihering, a través de la llamada “jurisprudencia de conceptos”, encuentran en el derecho romano la manifestación de una racionalidad y universalidad que no era necesaria buscar en un conjunto de principios abstractos, como pretendía el iusnaturalismo racionalista, sino que ya había tenido una manifestación concreta: *“La importancia del derecho romano para el mundo moderno no consiste en haber sido en un momento la fuente del derecho,*

¹⁸ BACHELARD, Gastón, *La formación del espíritu científico*, Siglo XXI, Buenos Aires, 1972.

¹⁹ Hemos decidido presentarlos en ese orden respetando una cronología global, aunque obviamente es la colonización ibérica que la hizo posible la entrada del derecho romano a nuestro continente.

²⁰ CÁRCOVA, Carlos María, “Análisis funcional del derecho”, en *Las teorías jurídicas post positivistas*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.

*ya que ello fue pasajero; su autoridad reside en la profunda revolución interna, en la transformación completa que hizo sufrir a todo nuestro pensamiento jurídico. El derecho romano, como el cristianismo, se ha convertido en elemento de la civilización del mundo moderno*²¹.

2.1.2. La colonización

El impacto de la conquista de América en la historia del pensamiento occidental moderno ha sido muchas veces infravalorada. En general presentamos a la reforma protestante como el punto de partida de un proceso de secularización que culmina en las revoluciones burguesas y llega a nuestro continente importado por los revolucionarios liberales.

Sin embargo, como señala Boaventura de Sousa Santos, las dicotomías propias del pensamiento moderno, se construyen sobre líneas “abismales”²², muchas veces invisibles. En ese sentido, la distinción entre sociedades metropolitanas y territorios coloniales va a ser crucial tanto para la ciencia como para el derecho moderno, que quedan de un lado de la línea.

En el Nuevo Mundo, “del otro lado de la línea”, no hay conocimiento real, hay magia, idolatría, creencias, opiniones. Es la tierra sin ley, el ejemplo vivo del estado de naturaleza.

Resulta muy interesante, además, observar cómo impacta en las futuras instituciones jurídicas de América el modo en que en particular España lleva adelante la conquista del Continente. Y ese modo viene marcado por la reconquista. Como sostiene Alberto Filippi “(...) *el estigma con el cual la península ibérica comienza la dominante expansión etnocéntrica de Occidente deriva de manera profunda de la experiencia militar de derrotar a los árabes y de la jurídica de expulsar a los judíos*”²³.

Así como sirvió para llevar adelante la “limpieza de sangre” que pretendía dar identidad histórica y política a España y delimitar sus débiles fronteras interiores, la Inquisición – como parte del entramado jurídico/político/militar- fue una herramienta clave para coronar el etnocentrismo y mantener a pueblos originarios, negros y mestizos subordinados, separados y discriminados en distintos ámbitos de la jerarquía colonial.

²¹ IHERING, Rudolf, “El espíritu del derecho romano”, en SIPERMAN, Arnaldo (comp.) *Ihering*, CEAL, Buenos Aires, 1992, pag.34. He realizado un análisis más profundo del tema en « De como los cántaros se volvieron fuentes », en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social 2011*, Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, Valparaíso, 2012.

²² Ver SANTOS, Boaventura de Sousa, *Descolonizar el saber, reinventar el poder*, Ediciones Trilce, Extensión universitaria: Universidad de la República, Montevideo, 2010. Capítulo 2.

²³ FILIPPI, Alberto. (op. cit.) pag. 60

No es difícil de explicar, entonces, como esa tradición desembocó en un modelo de proceso radicalmente autoritario, al que la dogmática penal y sobre todo la doctrina procesalista, no duda en asignar el mote de modelo “inquisitivo”²⁴.

Ferrajoli caracteriza este modelo de derecho y de proceso penal en base a dos características, uno relativo a la definición normativa (sustancialismo penal y cognitivismo ético) y otro a la comprobación judicial de la desviación penal (decisionismo procesal y subjetivismo inquisitivo)²⁵.

Este modelo -que ha permanecido vigente en buena parte de Latinoamérica hasta los últimos años del siglo XX y aun rige total o parcialmente en muchas jurisdicciones - reproduce la lógica del magistrado como un delegado del soberano, el juez es simultáneamente investigador y decisor, el procedimiento es escrito, en buena medida secreto, no hay igualdad de armas entre la acusación y la defensa ni mecanismos de control externo de las decisiones.

2.1.3. La codificación napoleónica

El código de Napoleón será el tercer gran aporte de la cultura “latina” a nuestro continente. Y al igual que lo acontecido en Europa, se operará a partir del él una transformación definitiva del rol de los juristas.

Como ya hemos sostenido, los juristas, esos “descubridores” de las reglas que habrían de guiar la conducta humana a través de la Razón pasan a ser unos simples “repetidores” de un código que se supone una coherente, completa y sistemática expresión de la Voluntad General.²⁶

Pero no es ese el rasgo que más nos interesa resaltar en este punto, sino el modo paradójico en que el modelo de propiedad privada de la codificación francesa impactó en Iberoamérica²⁷.

Y lo presentamos como una paradoja porque, mientras que el modelo propietario francés puede ser visto como una reacción a la configuración feudal, en nuestro continente la codificación civil –aunque está fuertemente influida por dicha fuente- posibilita y legitima el reparto de vastísimos territorios entre unos pocos latifundistas.

²⁴ Para la relación entre en modo de terminar la verdad procesal y el conocimiento científico propio de la indagación, ver la clásica Tercera Conferencia brindada por Foucault brindada en la PUC de Río de Janeiro, en FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, Barcelona, 2001, pag. 63 y sgtes. Para un desacuerdo con dicha postura, FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, Ed. Trotta, Madrid, 1995, pag. 264.

²⁵ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, op. cit., pag.40/45.

²⁶ Ver DUQUELSKY GÓMEZ, Diego, “De como los cántaros...”, op. cit.

²⁷ Un excelente análisis del caso argentino podemos encontrar en la Tesis de Maestría ACOSTA MAGDALENA, Mariel, “El derecho de propiedad inmueble en Argentina desde una visión crítica y de derechos humanos”, UNLa, 2015.

En el caso argentino, por ejemplo, el Código Civil de 1870 contiene una serie de disposiciones que permitieron la apropiación de la tierra por la oligarquía de Buenos Aires tras la violenta expulsión y aniquilamiento de las poblaciones autóctonas.

Un principio establecido en el Código Civil -señala Javier Azzali-, sería clave a lo largo del tiempo para que se consolidara el poder de una clase ausente en el territorio: el título constituye el derecho de propiedad sin necesidad de acreditar la posesión efectiva.²⁸

La consolidación durante el siglo XIX de este modelo latifundista también es necesario para garantizar el rol de los nuevos países “independientes” de América Latina como exportadores de materias primas en el nuevo esquema de división internacional del trabajo.

Como indican Pisarello y Tedeschi: *“Este nuevo orden exigía, ante todo, la construcción de un Estado “nacional” capaz de asegurar la producción orientada a la exportación. Este proceso comportó una nueva ola de despojos contra los sectores más vulnerables del antiguo régimen. Desde el Estado emergente, se impulsaron sendas campañas de exterminio dirigidas a “pacificar” el desierto, se organizó un gigantesco proceso de privatización de la tierra y se propició el reemplazo de la población nativa por inmigrantes dispuestos a proveer la mano de obra que la nueva economía requería. La extensión de alambrados, la creación de catastros, escrituras y registros, la conversión forzada de parte de la población mestiza en peones rurales fueron el acta de nacimiento de unas relaciones de propiedad pensadas al servicio de un modelo de sociedad elitista y excluyente”*²⁹.

2.2. La construcción europea de Latinoamérica.

Si rastreamos el origen de la expresión América Latina o Latinoamérica, advertiremos que se remonta a la segunda mitad del siglo XIX. La “invención semántica de la latinidad”, como denomina Filippi³⁰ a la pretensión de imponerle ese nombre a la América que había sido ocupada por españoles y portugueses, fue el eje de la política expansionista francesa de Napoleón III, que entre 1862 y 1866 invade México bajo el paraguas del ejercicio de una supuesta vocación imperial de la raza latina.

Esa invención, continúa Filippi, fue decisiva para la ideología criolla europeizante y le permitió combatir los rasgos de “barbarie” que sobrevivían bajo la forma de mestizaje, etnias indígenas y afrodescendientes. Fue así como, en su tiempo, la opinión pública europea acompañó el intento de Napoleón III, como un modo de culminar la tarea que había quedado inconclusa con las declaraciones de independencia.

²⁸ AZZALI, Javier, *Constitución de 1949. Claves para una interpretación latinoamericana y popular del constitucionalismo argentino*, Punto de Encuentro, Buenos Aires, 2014

²⁹ PISARELLO, G & TEDESCHI, S. “Propiedad y constitución en Argentina: del “derecho terrible” a la democracia económica”. En GARGARELLA, ROBERTO (compilador) *La constitución en 2020. 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, Buenos Aires, Ed. Siglo XXI, 2011.

³⁰ FILIPPI, Alberto, op. cit, pags 385 y sgtes.

Por eso es que encontramos una profunda resistencia a asumir ese supuesto carácter “latino” por parte de autores como el mexicano José Vasconcelos³¹ o José Carlos Mariátegui, posiblemente el primer autor peruano de origen marxista, quien en sus “Divagaciones sobre la latinidad”³² confronta no sólo con la idea original de latinidad acuñada por los franceses, sino también con la reivindicación de Mussolini.

Efectivamente, también *il Duce* había invocado la pasada gloria del imperio romano y la ascendencia latina sobre América del Sur, especialmente con Argentina, uno de los primeros países en establecer vínculos estrechos con el fascismo.

El fundamento: no sólo el “descubridor” del Nuevo Mundo, Cristóforo Colombo, era de estirpe latina sino que también lo era el propio “inventor” del nombre del continente, Américo Vespucio. Incluso Simón Bolívar es presentado en la mitología fascista como “*encarnación del genio latino, continuador de Julio César y precursor del Duce Mussolini*”³³

Agudamente, Mariátegui advierte el uso reaccionario de la latinidad y por ello entiende que los sectores progresistas deben estar atentos y rechazar incluso el uso de la expresión Latinoamérica. Dice el autor peruano: “*Espiritual, ideológicamente, los espíritus de vanguardia no pueden, por otra parte, simpatizar con el viejo mundo latino. A las vehementes razones de Vasconcelos se deben agregar otras más actuales. El fenómeno reaccionario se alimenta de tradición latina. La Reacción busca las armas espirituales e ideológicas en el arsenal de la civilización romana. El fascismo pretende restaurar el Imperio. Mussolini y sus camisas negras han resucitado en Italia el hacha del lictor, los decuriones, los centuriones, los cónsules, etc. El léxico fascista está totalmente impregnado de nostalgia imperial. El símbolo del fascismo es el fasciolitorio. Los fascistas saludan romanamente a su César.*”³⁴

En oposición a la América “latinizada” por franceses e italianos, aunque igualmente reaccionaria y autoritaria podemos encontrar sobre todo en torno a los años treinta una ideología que disputa su predominio cultural: la noción de “hispanidad”, cuyo análisis excedería los alcances de este trabajo. Sin embargo, es muy interesante, además, como esa tensión marca tanto las complejas relaciones entre el régimen fascista italiano y el franquismo español.³⁵

Aunque también complejas, tampoco podemos pasar por alto la relación de la Iglesia católica con estas ideologías, que encontramos tanto en el caso de Napoleón III, que reivindicaba a Francia como heredera de las naciones católicas europeas, como en el de

³¹ En tal sentido es famoso el artículo «Reneguemos del latinismo» en *La Antorcha*, 3, 18 de octubre de 1924.

³² MARIÁTEGUI, Juan Carlos, “Divagaciones sobre el tema de la latinidad”, en *El alma matinal*, Minerva, Lima, 1950.

³³ FILIPPI, Alberto, op. cit., pag. 389.

³⁴ MARIÁTEGUI, J.C., op. cit. pags. 170/1.

³⁵ Sobre el vínculo entre franquismo y peronismo, ver FILIPPI, Alberto, op. cit. Pag. 414 y sgtes.

Mussolini y sus relaciones con el Vaticano, o como en el de Franco, “caudillo de España por la gracia de Dios”.

El rasgo común de todos estos proyectos de raíz latina para nuestro continente –una vez más, Francia, Italia y España- nuevamente impactan contra la posibilidad de construir un proyecto emancipatorio, toda vez que a las limitaciones propias de la cultura jurídica analizadas en los puntos previos, se suman concepciones que sirven de base para un modo autoritario de ejercicio del poder y para continuar con la eliminación de cualquier vestigio de influencia cultural no europea.

2.3. De lo latino como civilización a lo latino como barbarie

No es de extrañar, entonces, que promediando el siglo XX tanto el liberalismo político como el positivismo jurídico –cada uno a su modo reivindicando un supuesto universalismo-, fueran vistos como un auténtico avance civilizatorio frente a una latinidad que en América se asocia a autoritarismo y, sobre todo, a “atraso”.

El centro del mundo se ha ido trasladando al norte del continente y en consecuencia, América Latina pasa a ser vista como el “patio trasero” del imperio y el máximo de emancipación viable aparece representado por la democracia liberal y el libre mercado. La visión de lo latino ya no tiene epicentro en Roma o París, sino en Miami.

Es más, en muchos de nuestros países asistimos a la abierta confrontación entre la derecha nacionalista católica y la derecha liberal, entendido este último término sólo en el sentido económico.

Un modelo de ciencia del derecho como el propuesto por el positivismo jurídico es visto como una “evolución” frente a la preeminencia del pensamiento aristotélico tomista y el escepticismo ético defendido en términos democráticos. Basta con leer “¿Qué es Justicia?”³⁶ para comprender esa posición.

Uno de los traumas que el pensamiento jurídico y político latinoamericano ha heredado de Europa, es el temor a la dictadura de las mayorías. Efectivamente, regímenes como el nazi o el fascista han ascendido al poder con un fuerte apoyo popular y, en nombre del pueblo, ha avasallado los derechos de las minorías.

Pero, como hemos sostenido en un trabajo de reciente publicación, no debemos perder de vista que las nociones de mayorías y minorías no pueden asociarse directamente con situaciones de mayor o menor poder real. En nuestras sociedades existen minorías privilegiadas y poderosas y enormes mayorías que representan a los sectores más débiles y vulnerables.³⁷

³⁶ KELSEN, Hans, *¿Qué es justicia?* Planeta Agostini, Barcelona, 1993

³⁷ DUQUELSKY GÓMEZ, Diego, “El rol del juez en una sociedad democrática”, en *Faculdade de Direito de Vitória, Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 16, n. 2, julho/dezembro, 2015.

Nuestras dictaduras han sido siempre dictaduras de las minorías, que en nombre de la república, la democracia y la libertad han sistemáticamente violado los derechos que decían defender. Por eso es casi una falta de respeto a sus víctimas seguir una y otra vez invocando ese temor.

Uno de los rasgos de “barbarie” que suele imputarse a los países de Iberoamérica es su falta de respeto por la ley³⁸. De hecho, uno de los problemas jurídicos del mundo latino del que se ocupa este encuentro es precisamente la anomia.

Sin embargo, sería interesante preguntarnos qué razones deberían tener nuestras sociedades para cumplir la ley. En ese sentido, a pesar de la extensión de la cita, creo que vale la pena recordar las palabras de Zaffaroni, uno de los más destacados juristas de América Latina: *“ésta no es ninguna característica negativa de nuestros Pueblos, sino un producto de su experiencia histórica. Cuando se nos compara con los alemanes y se señala como positivo que ellos tienen fe en el Derecho, creen en el Derecho, se pasa por alto la extrema diversidad histórica. Si los alemanes creen en el Derecho es porque a lo largo de todo lo que les pasó, por aberrante que haya sido, lo protagonizaron personajes que se presentaron ante su Pueblo con la cara que Dios o el diablo les había dado: el emperador era monárquico, los revolucionarios de Weimar eran socialdemócratas, Weimar era republicana, Hitler era nazista, Adenauer era demócrata cristiano, la República Democrática era comunista.*

En América Latina –y en especial en la Argentina- todos invocaron siempre el derecho, desde los encomenderos que explotaban a los indios y casi los extinguieron, en lugar de adoctrinarlos, como decía el derecho indiano. En América Latina cada vez que se invocó el derecho fue para estafar a los pueblos, para legitimar su servidumbre, para evitar el ejercicio de la soberanía popular. Fíjense en nuestra historia: nadie dijo claramente voy a ejercer una dictadura. Dijeron la historia me lo impone, en nombre del liberalismo, de la democracia, de la República, de la libertad, de las instituciones, del Derecho. ¿Y qué hicieron? Proscribieron partidos políticos mayoritarios, el radicalismo en los treinta, el peronismo en los cincuenta, bombardearon la Plaza de Mayo, fusilaron sin proceso, derogaron constituciones por decreto, exiliaron, secuestraron, torturaron, confiscaron y, finalmente, hicieron desaparecer 30.000 personas. Todo en nombre del Derecho.”³⁹

Ahora bien, si nos preguntamos cómo fue posible que la principal alternativa a los rasgos autoritarios y antidemocráticos de esa tradición latina fueran el liberalismo anglosajón y el positivismo jurídico, ello obedece en buena medida a los límites del pensamiento jurídico crítico de raíz eurocéntrica.

³⁸ Quizás la obra más famosa en ese sentido es NINO, Carlos S., *Un país al margen de la ley*, Ariel, Buenos Aires, 2005

³⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Conferencia brindada en ocasión de recibir el título de Doctor Honoris Causa por la Universidad Nacional de José C. Paz el 15/4/2015.

Podemos encontrar esas limitaciones desde el propio origen del pensamiento de izquierda. Como resalta Boaventura de Sousa Santos, en su crítica radical a la democracia liberal, Marx contrapone al sujeto monumental que es el Estado liberal, otro sujeto monumental, la clase obrera. Esta reducción lleva igualmente a reducir las especificidades y las diferencias que fundamentan la personalidad, la autonomía y la libertad de los sujetos individuales y colectivos, pasa por alto el componente étnico y cultural, el impacto del colonialismo, etc.

Es notable como una parte importante del pensamiento crítico latinoamericano del siglo XX renegó de lo local, del barro, de lo “real” y se limitó a sofisticadas discusiones teóricas con autores europeos. Incluso el constitucionalismo y la teoría del Estado reprodujeron esa lógica de subordinación.

Por ejemplo, llama la atención el lugar asignado a la Constitución de Weimar en relación con la Constitución de Querétaro como antecedente del constitucionalismo social. Aunque la constitución alemana es dos años posterior a la mexicana, sin dudas buena parte de los profesores y alumnos de derecho constitucional tengan más presente a la primera que a la segunda.

Otro tanto acontece con el par “estado de bienestar/populismo”, donde siguiendo la vieja tradición aristotélica de formas puras e impuras de gobierno, el segundo se presenta como un modo corrupto del primero. Incluso el pensamiento de izquierda, prácticamente hasta la aparición de la obra de Laclau⁴⁰, aceptó con liviandad la carga emotiva negativa o peyorativa del término. Y esto ha impactado no sólo a nivel teórico sino sobre todo en el sentido común político y jurídico de nuestras sociedades.⁴¹

Por eso es tan importante, como defiende Boaventura de Sousa Santos, tomar distancia también con la tradición crítica eurocéntrica, lo que no implica descartarla o echarla a la basura de la historia. “La distancia con relación a las versiones dominantes de la modernidad occidental conlleva así la aproximación a las versiones subalternas, silenciadas, marginalizadas de modernidad y de racionalidad, tanto occidentales como no occidentales”⁴².

3.- El mundo latino como proyecto emancipatorio. Aportes de un lado y otro del Atlántico

⁴⁰ Ver LACLAU, Ernesto, *La razón populista*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2005

⁴¹ El modo en que este dualismo es percibido en los sectores medios de América Latina refleja un componente colonial y racista que muchas veces no es advertido. El razonamiento implícito es del tipo “Como en el estado de bienestar europeo los beneficiarios son blancos, está muy bien que el Estado los proteja. Sin dudas un francés o un sueco que no trabaja es porque no consigue empleo. En cambio, si un latinoamericano de tez trigueña no trabaja, es un vago que vive de los planes sociales.”

⁴² SANTOS, Boaventura de S., *Descolonizar el saber...*, op. cit., pag. 21.

Después de seis mil palabras advirtiendo de sobre el impacto de lo “latinoeuropeo” en la cultura jurídica “latinoamericana” y sobre los riesgos de reproducir internamente el colonialismo cultural que se intenta combatir, alguien podría suponer que este trabajo pretende de algún modo justificar cierta oposición al proyecto de formulación de una filosofía del derecho para el mundo latino. Nada más alejado de la realidad.

En este apartado final, nos gustaría destacar algunos factores histórico-políticos y algunos rasgos de nuestra cultura jurídica que –desde uno y otro lado del Atlántico– permitirían pensar una iusfilosofía del derecho para el mundo latino como proyecto emancipador.

Ello será posible, además, porque ninguna cultura –más allá de sus pretensiones universalizantes- es cerrada y total. Porque en el proceso de constitución de derechos hay imposiciones, resistencias, interpretaciones e influencias diversas. Incluso, porque las cosas no siempre salen como fueron previstas.

3.1. Influencias latinoeuropeas en la construcción de proyectos contrahegemónicos

3.1.1. De repúblicas, frailes y esclavos

Iniciábamos el segundo apartado de este trabajo refiriéndonos a la pesada herencia de una cultura jurídica construida en base al derecho de tres imperios, el romano, el español y el napoleónico. Debemos reconocer, sin embargo, que esa herencia incluye algunas joyas en el fondo del baúl.

Así, por ejemplo, podemos ver como en oposición a la influencia conservadora del derecho romano imperial, los liberales criollos a principios del siglo XIX son fuertemente influenciados por la Respublica Romanorum.

El problema crucial de los revolucionarios americanos no monárquicos era buscar un fundamento de legitimación del pasaje de la monarquía a la república. Y la experiencia histórica de la *Libertas* romana era un buen ejemplo de ello. No sólo ello, esa misma experiencia había sido fuente en tiempos modernos por breves períodos de experiencias republicanas en ciudades europeas, como Florencia, Ámsterdam o Ginebra, e incluso de un modo mucho más duradero en la República de Venecia.⁴³

Y así como los independentistas latinoamericanos se inspiran en la república en vez de hacerlo en el imperio, José Carlos Mariátegui, se pregunta: “¿Qué elementos vitales podemos buscar pues, en la latinidad?” A lo que responde: “Nuestros orígenes históricos no están en el Imperio. No nos pertenece la herencia de César; nos pertenece, más bien la herencia de Espartaco”.⁴⁴

Del mismo modo, podemos advertir que tampoco es lineal y pacífico el modo en que los conquistadores españoles llevan adelante el proceso colonizador y evangelizador. Y que

⁴³ Ver FILIPPI, Alberto, op.cit., pag. 136 y sgtes.

⁴⁴ MARIÁTEGUI, José Carlos, op. cit., pag. 173

encontrarán en su camino no sólo resistencia por parte de las poblaciones originarias sino entre sus propias filas.

Excedería en mucho el propósito de este trabajo hacer un recorrido preciso de cada uno de los hitos de este proceso, simplemente señalaremos su punto de partida: la denuncia de Antonio Montensino, el 21 de diciembre de 1511 en la ciudad de Santo Domingo, que marca el comienzo en el continente americano de los reclamos por las condiciones de trato inhumano a los pueblos sojuzgados.

A partir de allí, y sobre todo con la figura de Bartolomé de las Casas y su famosa “Carta al obispo de Chiapa sobre la materia de los indios que se han hecho esclavos y se poseen oy por los españoles en las indias”, podemos encontrar una larga historia donde en el derecho “indiano” -que cumple un papel clave para posibilitar la explotación y el exterminio- se inscriben marcas de resistencia y se encuentran personajes que hacen un “uso alternativo” a favor de la protección de indígenas, mestizos, negros y mulatos.

Otro tanto acontece con la influencia francesa en América Latina y su proceso emancipatorio. Así como en la primera parte mostramos como el Código de Napoleón - que claramente es un corolario del proceso iniciado con la revolución de 1789- cumplió un papel conservador a partir de su modelo de derecho de propiedad, sería injusto no reconocer la influencia decisiva en el proceso revolucionario americano de muchas de las ideas de sus antecesores franceses.

Si buscamos resaltar un impacto radicalmente revolucionario de aquellas ideas, nada mejor que poner en primer plano la tantas veces olvidada revolución haitiana. Porque Haití no sólo fue el primer país de Latinoamérica en proclamar su independencia sino que también fue el primero en derogar la esclavitud.⁴⁵

El largo proceso revolucionario, que se inicia en 1790 y culmina en 1804 resulta particularmente ilustrativo, además, de las diversas corrientes y visiones en pugna en la antigua metrópoli. Donde en más de una ocasión los ideales de libertad e igualdad proclamados para los europeos, son puestos entre paréntesis para la colonia.

Del mismo modo, se observa como los mulatos ricos, principales interesados en el inicio de la revolución y que en un momento se enfrentan a los blancos, en otros se enfrentan a la rebelión de los esclavos, hombres de color que decuplican en número a la población libre.

⁴⁵ Merecería un análisis especial en modo en que ambas cuestiones se cruzan y, posiblemente, ver como ello ha incidido en el futuro de dicho país. En cierto modo, se trataría de un análisis similar al de las dos revoluciones (la norteamericana y la francesa) donde resulta de particular interés al planteo de Hanna Arendt quien considera “buena” a la norteamericana y “mala” a la francesa, en tanto la primera es pura en su anhelo de libertad mientras que en la segunda se mezcla el problema de la igualdad. Ver HABERMAS, Jürgen, *Perfiles filosóficos-políticos*, Madrid, Taurus, 2000.

Otro dato interesante para mostrar las múltiples aristas de estos procesos, es que la constitución de 1801, consagra la abolición de la esclavitud, pero no la independencia. Así, en su artículo tercero establece que *“No habrá esclavos en este territorio. Aquí, todos los hombres nacen, viven y mueren libres y franceses”*.

Un nuevo ejemplo, en síntesis, de como los procesos de construcción de derechos no resisten análisis lineales ni monocausales y de este modo permiten paradójicamente usos conservadores y emancipatorios.

3.1.2. De inmigrantes, exiliados y posguerras

Así como la figura del colonizador ha sido clave para la conformación de la identidad de Latinoamérica, otro tanto acontece con la figura del inmigrante. No debemos perder de vista que buena parte de los europeos provenientes de países latinos que habitan nuestro continente, sobre todo en los países del cono sur, provenían de los estratos sociales más bajos en sus tierras de origen.

Eso ha hecho que, más allá de formar parte del sistema de dominación colonial, sobre todo en términos étnicos, muchos de estos inmigrantes llegaron con un bagaje potencialmente emancipatorio, a partir de su experiencia política o sindical en Europa.

Sin lugar a dudas el caso más significativo es el argentino, donde la manda constitucional de “fomentar la inmigración europea” derivó en miles y miles de comunistas, anarquistas y socialistas provenientes del viejo continente a punto tal que en 1902, a pedido de la Unión Industrial Argentina, se dictó la llamada Ley de Residencia que permitía al Poder Ejecutivo deportar a todo extranjero que hubiera sido condenado o fuera perseguido por los tribunales de su país de origen y a todos aquellos cuya conducta comprometiera la seguridad nacional o perturbara el orden público.

A esas oleadas migratorias iban a suceder otras, cruciales para la configuración del pensamiento emancipatorio latinoamericano. Producto de los regímenes autoritarios encabezados por Franco y Mussolini, a los migrantes por causas económicas iban a sucederlos los exiliados políticos.

De este modo se empieza a estudiar entre nosotros en forma más masiva a distintos autores de inspiración marxista, pero también liberales y socialdemócratas. Muchos de los exiliados, además, con una importante formación académica en sus países de origen, se suman a las universidades latinoamericanas.⁴⁶

Finalmente, la posguerra europea genera una última ola migratoria, pero también, un importante intercambio entre los exiliados radicados en nuestro continente y los intelectuales europeos que comienzan a repensar la reconstrucción institucional de sus

⁴⁶ Un caso emblemático, el gran jurista español Luis Jiménez de Asúa. Ver AAVV *Estudios Jurídicos En Homenaje Al Profesor Luis Jiménez De Asúa*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964

países. En ese contexto, por ejemplo, comienza el fructífero e incesante intercambio entre Norberto Bobbio y América Latina.⁴⁷

3.1.3. De dictaduras y nuevos exiliados.

Lamentablemente, las siguientes décadas también fomentaron intercambio entre la intelectualidad progresista latinoamericana y europea, aunque ahora los exiliados fueran en sentido inverso.

Si bien los golpes de estado en nuestro continente empezaron varias décadas atrás, a partir de los años sesenta y sobre todo los setenta, los niveles de violencia e intolerancia alcanzaron niveles nunca antes imaginados.

Fue así como muchos pensadores de Latinoamérica no sólo se formaron en universidades europeas e intercambiaron ideas en vivo y en directo con pensadores de izquierda de la época, sino que además vivieron personalmente algunos procesos que me interesa destacar.⁴⁸

El primero de ellos es el “mayo francés”, que resulta particularmente relevante por representar el fin del monopolio del conflicto de clase como conflicto social. En cierto sentido, aun cuando como todo hito histórico lo sea más de modo metafórico que específico (ya que por la misma época se desarrollan otros episodios semejantes, como la lucha por los derechos sociales en USA, la primavera de Praga, etc.) lo cierto es que el reclamo de los estudiantes franceses pone en claro que existen otras formas de dominación, además de la apropiación de plusvalía.

En segundo lugar, especialmente relevante para el pensamiento jurídico crítico de Argentina y Brasil, el movimiento del “uso alternativo del diritto” italiano. Como es sabido, entre los prestigiosos integrantes de este movimiento se destacan autores como Pietro Barcellona, Luigi Ferrajoli, Giuseppe Coturri, Salvatore Senese, Vincenzo Accattatis, Domenico Pulitano, Francesco Misiani, etc.

A pesar de sus particularidades, dichos autores coinciden en constatar que el sistema jurídico no es un conjunto compacto de normas, sino una entidad discontinua y llena de grietas. La tarea que consiste en la determinación y constitución de sentidos ya no será, entonces, considerada técnica sino axiológica, valorativa, teleológica. De allí que pueda cumplirse con la finalidad de preservar el statu-quo existente, o en cambio, con la intención de favorecer los intereses de las clases subordinadas, de facilitar la ampliación de la ciudadanía, de luchar contra la explotación.⁴⁹

⁴⁷ Ver FILIPPI, Alberto, “Norberto Bobbio: Más de medio siglo de diálogo con la cultura latinoamericana y española”, en *Utopía y realidad en Bobbio*, FDEditor, Buenos Aires, 2001.

⁴⁸ Me limitaré a citar tres ejemplos, uno italiano, uno francés y uno español, para mantener la simetría que viene guiando a este trabajo

⁴⁹ DUQUELSKY GOMEZ, Diego J., *Entre la ley y el derecho. Una aproximación a las prácticas jurídicas alternativas*. Editorial Estudio, Buenos Aires, 2000.

Finalmente, no podemos pasar por alto la relevancia de la vuelta a la democracia en España para lo que, durante las décadas siguientes, serían procesos semejantes en América Latina, particularmente el debate en torno a la nueva Constitución Española de 1978.

La influencia del pensamiento iusfilosófico español de la época, con todas sus variantes conceptuales e ideológicas serían determinantes en la formación de muchos de los más prestigiosos juristas latinoamericanos, algunos de los cuales asistieron en forma directa a ese proceso.

3.2. También tenemos mucho que decir.

Posiblemente quienes respondimos a la convocatoria a pensar en “Una filosofía del derecho para el mundo latino” tengamos desacuerdos en buena parte de los puntos del decálogo propuesto por el profesor Aienza y -para decirlo en términos del poco latino John Rawls-, sea difícil encontrar incluso un “consenso traslapado” que vaya más allá de las ganas de intentarlo.

Consideramos también que el éxito de este proyecto colectivo depende en gran medida no sólo de la pluralidad de voces que participen, sino también de la capacidad de pensar y repensar sus propias premisas y puntos de partida una y otra vez.

Los señalamientos formulados desde una visión crítica latinoamericana, por otra parte, no deben ser vistos sólo como un “reclamo” en pos de que sean atendidas las preocupaciones o respetados sus puntos de vista, sino que estamos convencidos de que es mucho lo que el “sur del norte” puede aprender del “sur del sur”.

Al igual que lo hemos hecho a lo largo de todo el trabajo, no apuntaremos principalmente al análisis metateórico, sino que señalaremos algunos rasgos de sistemas y prácticas desarrollados en América Latina en los últimos años que reflejan una tendencia -unos pasos, unos pocos avances- hacia la construcción de un sentido común jurídico-político alternativo, que pueden ayudar a pensar el modo de encarar en los países latinos europeos problemas similares, muchos de ellos hasta ahora inéditos en el Viejo Continente.

Hace poco tiempo asistimos a un “hecho político” en Grecia que pareció poner en crisis en forma definitiva la representatividad democrática, incluso bajo formas de democracia semi directa como el plebiscito o referéndum. Las negociaciones financieras que condicionaban el futuro del desarrollo económico griego siguieron un camino al margen del resultado de la consulta popular.

Y si bien el ejemplo es tomado de un país no-latino, la crisis de representación política también afecta también a buena parte de Latinoeuropa. Y esa crisis, también obliga a repensar las formas de acción política y los límites de la democracia liberal.

Por eso, más allá de que, desde el punto de vista formal, podemos aceptar que tanto en los países de Europa como de América *“el Estado constitucional opera como un ideal regulativo para el desarrollo del Derecho y de la cultura jurídica”*⁵⁰, también debemos reconocer sus límites.

Así como es enriquecedor en este punto el debate en torno al “neo-constitucionalismo”, no podemos dejar de señalar que en nuestro continente también se ha desarrollado lo que algunos han dado en llamar “Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano”, surgido en torno al estudio y reflexiones a partir de las reformas constitucionales de Colombia (1991) Argentina (1994), Venezuela (1999) y, particularmente, de Ecuador (2008) y Bolivia (2009).

3.2.1. Nuevas viejas nuevas formas de acción política

De los múltiples aspectos de interés que presentan estos procesos, me referiré en primer lugar al rol de los movimientos sociales en el proceso constituyente.

En los años noventa, proliferaron los trabajos en torno a los llamados nuevos movimientos sociales (NMS), que aparecían como los representantes de una nueva forma de acción política⁵¹. La mayoría de estos estudios, de origen europeo, destacaban la composición social heterogénea de sus miembros, la prosecución de objetivos o necesidades de corte postmaterial, el carácter lúdico de sus manifestaciones, etc.

Sin embargo, también en América Latina surgen NMS cuyo propósito es perseguir la satisfacción de viejas necesidades. En palabras de Boaventura de Sousa Santos: *“Basta tener en mente las diferencias significativas en términos de objetivos de ideología y de base social entre los NMSs de los países centrales y los de América Latina. Entre los valores postmaterialistas y las necesidades básicas; entre las críticas al consumo y las críticas a la falta de consumo, entre el hiperdesarrollo y el sub (o anarco) desarrollo, entre la alienación y el hambre, entre la nueva clase media y las (poco esclarecedoras) clases populares, entre el estado-providencia y el estado autoritario, hay naturalmente diferencias importantes.”*⁵²

La crisis del modelo neoliberal en Latinoamérica, a fines de los años noventa, no sólo implicó simultáneamente una crisis política sin precedentes, sino que resignificó el papel de los Nuevos Movimientos Sociales. En el caso de Bolivia, particularmente, el proceso que desemboca en la aprobación de la constitución de 2009 hubiera sido imposible mediante un sistema de representación político partidario o gremial tradicional. En ese

⁵⁰ Punto 3 del *Decálogo*, ver Notas 1 y 2

⁵¹ Ver DUQUELSKY GÓMEZ, Diego, *Derecho y Nuevos Movimientos Sociales*, en Courtis, C. (comp.) *Desde otra mirada*, op. cit.

⁵² SANTOS, Boaventura de Sousa, “Los Nuevos Movimientos Sociales”, en OSAL, *Observatorio Social de América Latina* (no. 5 sep 2001) CLACSO, 2001.

sentido, el ejemplo boliviano no debería ser menospreciado a la hora de reformular el nexo entre la ciudadanía y la determinación de sus modos de gobierno.⁵³

Merecería un párrafo aparte un grupo de movimientos sociales de otro perfil, con particular incidencia en la cultura jurídico-política argentina que por razones de extensión no vamos a desarrollar: los movimientos de derechos humanos que bregan por memoria, verdad y justicia en relación con las violaciones a los derechos humanos de la dictadura cívico-militar.

Merced a su lucha se siguen llevando adelante procesos que alcanzan no sólo a los militares genocidas, sino que en los últimos tiempos se ha avanzado también sobre los responsables civiles que utilizaron a las fuerzas armadas como vehículo para imponer sus políticas económicas.

Las construcciones jurídicas que permitieron, aplicando el principio de imprescriptibilidad en delitos de lesa humanidad, continuar con la investigación de los delitos perpetrados hace cuarenta años sin recurrir a tribunales especiales y con absoluto respeto por las garantías constitucionales de los imputados también constituyen un caso interesante de estudiar y del que hay mucho que aprender.

3.2.2. Constitucionalización del pluralismo étnico y jurídico

También puede ser interesante para una Europa que se debate frente a los problemas vinculados a la inmigración, los refugiados, la diversidad cultural y el fundamentalismo religioso estudiar las experiencias latinoamericanas.

Esto no pretende soslayar otro debate, mucho más complejo, sobre la elaboración de una concepción intercultural de los derechos humanos, o mejor aún, para usar palabras de Boaventura de Sousa Santos, al desarrollo de derechos humanos interculturales posimperiales.⁵⁴

El reconocimiento constitucional a las facultades jurisdiccionales de los pueblos originarios ya podíamos encontrarlo, entre otras, desde hace tiempo en las constituciones de México, Perú y Colombia⁵⁵. La novedad de las constituciones de Ecuador y Bolivia pasa por ir más allá.

El artículo primero de la carta magna ecuatoriana establece que es “un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico” mientras que el preámbulo de la constitución

⁵³ Ver CHAPLIN, Ann, “ Movimientos sociales en Bolivia: de la fuerza al poder”; Oxford University Press and Community Development Journal, 2010 [En línea].

⁵⁴ Ver, entre otros, SANTOS, Boaventura de S., *Descolonizar el saber...*, op. cit. Pag. 63 y sgtes.

⁵⁵ Puede verse nuestro análisis de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Colombiano en DUQUELSKY GÓMEZ, Diego, “Yo Ovidio González Wasorna y el mito de la protección constitucional del derecho indígena”, en *Materiales para una teoría crítica del derecho*, 2da. edición, Lexis Nexis, Bs. As., 2006

Boliviana define su organización política como un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario.

En ambos casos el reconocimiento también alcanza el plano idiomático, derecho a la identidad, propiedad de tierras comunitarias, conocimiento colectivo, educación multicultural y, por supuesto, la administración de justicia. En el caso de Bolivia, resulta de particular interés la integración de un Tribunal Constitucional plurinacional, además de garantizar representación parlamentaria especial y la autonomía indígena originaria campesina.

3.2.3. La Pacha Mama y el buen vivir

Posiblemente la novedad más significativa de las modernas constituciones de nuestro continente pase por la relación con la naturaleza, su reconocimiento como sujeto de derechos, lo que constituye básicamente un intento de re-establecer el vínculo ancestral entre la madre tierra y las comunidades humanas.

Lo profundo de este cambio de perspectiva implica romper con algunas de las dicotomías del pensamiento moderno, donde “naturaleza/sociedad” es sólo una de ellas, ya que también supone romper el dualismo “derechos/obligaciones”, posibilitando el reconocimiento de derechos a entidades incapaces de ser titulares de deberes.

Desde el preámbulo de ambas constituciones encontramos asignado un lugar especial a esa relación. En el caso de Ecuador se proclama “ (...)CELEBRANDO a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia (...) Decidimos construir una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay* (...)”. Por su parte, el preámbulo de la Constitución de Bolivia reza: “(...)Cumpliendo el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios, refundamos Bolivia.(...)”

Es muy interesante como en el Título II de la Constitución de Ecuador, relativo a los “Derechos” se incluye un capítulo dedicado a los derechos de la naturaleza que incluye tanto el derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos (art. 71) como derecho a la restauración, independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados (art. 72).

Como señala Zaffaroni en su original ensayo “La Pachamama y el Humano”⁵⁶, el constitucionalismo andino da de este modo un salto conceptual muy relevante. Se pasa

⁵⁶ ZAFFARONI, Eugenio R., *La Pachamama y el Humano*, Ediciones Madres de Plaza de Mayo, Buenos Aires, 2011, pag.111. Vale la pena señalar que esta obra fue fundamental en el dictado de una sentencia de la Cámara Federal de Casación Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de 18 de diciembre de 2014 por la que se reconoció derechos básicos como "sujeto no humano" a una orangutana del Zoo de Buenos Aires, se le hizo lugar a un recurso de hábeas corpus y se ordenó su traslado a un santuario y vivir en semilibertad.

del *ambientalismo* a un auténtico ecologismo constitucional (*ecología profunda*, en palabras del autor).

La invocación de los derechos de la madre tierra va acompañada, como vimos, de una regla ética colectiva básica contenida en la noción quechua de *sumak kawsay* a la que solemos traducir como “buen vivir”. Esta noción difiere del tradicional “bien común” reducido o limitado a los humanos, ya que alcanza la buena vida de todo lo viviente.

Obviamente no es nuestra idea proponer una suerte de neocolonialismo inverso y que en base a estas concepciones los países latinos de Europa pasen a tomar como propias visiones del mundo de las que ni siquiera forma parte una importante proporción de las sociedades latinoamericanas.

Lo no puede pasarse por alto, sin embargo, es que como ya hemos señalado, toda cultura es incompleta y ninguna cultura es homogénea. En consecuencia, también existirán en el viejo mundo quienes adviertan la necesidad de repensar profundamente las relaciones entre el ser humano y la naturaleza, quienes sostengan visiones radicalmente innovadoras capaces de imaginar los nexos necesarios para un diálogo fructífero con estas manifestaciones pensamiento jurídico latinoamericano.

4.- ¿Qué hacemos el 29?

El 28 de mayo de 2016, por la tarde, luego de arduas jornadas de debate y reflexión teórica, habremos discutido acerca de la constitución de una Asociación de filosofía del Derecho del mundo latino, seguramente se habrá decidido la organización bienal de un congreso y hasta la edición de una publicación que sirva como su órgano de expresión.

¿Y después?

Así como en varias partes del trabajo hemos señalado nuestras discrepancias con algunos de los puntos del *decálogo* del profesor Aienza, hay un plano en que estamos totalmente de acuerdo: *“quizás no tenga sentido producir obras destinadas únicamente a otros filósofos del Derecho, y menos aún cuando sus destinatarios directos parecerían ser intelectuales a los que todo lo que se genera fuera de su ámbito cultural les es ajeno”*⁵⁷.

Nuestro desafío no sólo es seguir discutiendo entre nosotros, es fundamentalmente ver de qué modo nuestro saber puede coadyuvar a repensar el sentido común jurídico, a acompañar prácticas jurídicas emancipatorias, a combatir el colonialismo cultural, tanto externo como interno.

Disponible en <http://www.saij.gob.ar/camara-federal-casacion-penal-considera-una-orangutana-sumatra-es-sujeto-derechos-nv9953-2014-12-18/123456789-0abc-d35-99ti-lpssedadevon>

⁵⁷ Ver nota 1 y 2.

Pero hay que ser conscientes de que en los últimos treinta años las luchas más avanzadas no fueron protagonizadas por vanguardias sino por grupos sociales cuya presencia en la historia no fue prevista por el pensamiento crítico eurocéntrico: Indígenas, campesinos, piqueteros, afroamericanos, mujeres.⁵⁸

Los juristas deberemos, entonces, abandonar el papel del Sr. Wolfe - el famoso "cleaner" de Pulp Fiction protagonizado por Harvey Keitel-, encargados de borrar de la historia las manchas de sangre de las luchas por los derechos, y aprender a trabajar con el barro, como artesanos de Oaxaca.

⁵⁸ Ver SANTOS, Descolonizar el saber..., op. cit. Pag. 19.