

LA CONSTITUCIÓN HORIZONTAL*

por LUIZ FERNANDO COELHO¹

1. Introducción

La teoría jurídica tradicional, heredera del iusnaturalismo racionalista pero construida sobre la filosofía positivista y la concepción positivista de la ciencia, construyó una noción principiología de Constitución, que se manifiesta en los estatutos constitucionales de la mayoría de los Estados contemporáneos. Es la Constitución-garantía, que acepta de modo general que la inserción en la Carta Magna de declaraciones relativas a los derechos básicos del hombre y del ciudadano, conquistados a lo largo de la historia de la humanidad, es garantía de efectividad de tales derechos. Por eso, ese tipo de constitución se denomina precisamente constitución-garantía.

Además, tal noción presupone una racionalidad analítica que se objetiva ideológicamente en el ordenamiento jurídico. Por eso es también una constitución principiología, porque está constituida por principios que permanecen por encima de las demás normas jurídicas, en tanto estas normas mantienen con los principios una relación deductiva.

Teniendo en cuenta la realidad actual del mundo, sometido a los dictados del modo capitalista de producción, firmemente fundado en la más sofisticada tecnología informática y, más aún, impregnado por la ideología del “fin de la historia”, que no vislumbra alternativas económicas fuera del actual modelo neoliberal, este estudio tiene por

* Traducción: R. A. Guibourg.

¹ Universidades UNIPAR de Umuarama; NIVEM, de Marilia; presidente de ABRAFI.

LUIZ FERNANDO COELHO

objeto demostrar que el principiologismo constitucional se encuentra ahora superado. Se procura demostrar que, frente al fracaso del principiologismo constitucional como instrumento de solución de los grandes problemas sociales, la teoría constitucional evolucionó hacia el dirigismo constitucional y en pos de un nuevo concepto, que denominamos “Constitución horizontal”.

Como metodología, el estudio desecha el tradicional enfoque dogmático, que busca estudiar lo social desde la óptica de las leyes, para, inversamente, considerar el orden jurídico y la Constitución desde la óptica de la sociedad. Se parte así de un análisis de la sociedad contemporánea, considerando la formación de microsistemas sociales y su articulación con los sistemas y subsistemas específicos del derecho, y se trata de comprender la forma como se estructuran las relaciones sociales, en especial las desiguales de dominio y obediencia que conducen a la sumisión de los intereses de la macrosociedad a los de los grupos microsociales hegemónicos, valiéndose del derecho positivo y manipulando la Constitución.

2. La ideología de la racionalidad objetiva del derecho y la Constitución principiológica vertical

El sentido común comprende la *existencia* del derecho a partir de dos factores: uno que lo delimita en el tiempo y en el espacio, y otro que lo ve como articulación de elementos y coherencia de formas. Ambos convergen en la idea de sistema, que incluye el orden jurídico como objetivamente racional en la articulación de los elementos que lo componen, formando un conjunto cuyo criterio es la cohesión de sus normas singulares.

La representación gráfica de esa concepción es la forma piramidal, donde la punta de la pirámide normativa está ocupada por la Constitución, las leyes ordinarias forman un segundo peldaño, los reglamentos el tercero y las normas individuales el cuarto. Puede haber escalones intermedios, según el modo como los Estados organicen sus respectivos procesos legislativos; pero, de cualquier modo, toda norma jurídica ocupa un *locus* específico dentro de la pirámide normativa.

La sociedad es vista así desde la óptica del derecho positivo, que

refleja en ella su forma jerárquica piramidal y la entiende de manera atomista, como un aglomerado de individuos dispuestos en una escala de poderes también jerárquica, sujeta al poder político del Estado. Éste, en lo interno, también está jerarquizado y forma peldaños en la administración gubernamental: una jerarquía de mando y obediencia. Hasta hace poco, esa racionalidad se reflejaba en las organizaciones sociales y en la estructura empresarial, con la administración de tipo “candelabro”, que ya no se practica gracias a la adopción de modernas técnicas de administración por objetivos.

Por otro lado, nuestra concepción jurídica occidental incluye el presupuesto ideológico de que el derecho es uno solo: el conjunto de las leyes del Estado, y, además, como fruto del Iluminismo, que el derecho se halla impregnado de una forma de racionalidad que excluye la normatividad dirigida a las especiales circunstancias del momento histórico, en el sentido de internalizar la idea de que el legislador estableció racionalmente las reglas jurídicas como norma general², que las leyes del Estado se vinculan entre sí formando un sistema analítico dotado de completitud. O sea que las normas que constituyen el sistema están organizadas jerárquicamente, en una jerarquía analítica coronada por la Constitución; un orden jurídico piramidal.

Esa concepción repercute en las nociones de legalidad, validez y legitimidad. La *legalidad*, que no difiere de la *constitucionalidad* sino en extensión, alude a la ubicación de la norma en el conjunto formado por las otras normas jurídicas. Está ligada a un concepto lógico-formal de “sistema”, puesto que el fundamento para definirlo es la coherencia lógica entre lo que la norma dispone y lo que está dispuesto por otras normas. Éstas se consideran jerárquicamente superiores, y esa jerarquía analítica comienza en la Constitución y termina en las normas individuales.

El correlato de esa noción de legalidad es la de *validez*. Si la norma jurídica posee los requisitos que permiten considerarla inserta en el sistema formado por las demás, respetando las condiciones fijadas por las reglas jerárquicamente superiores, se la considera válida. El efecto

² CLÈVE, Clémerson M., *O Direito e os direitos. Elementos para uma crítica do direito contemporâneo*, San Pablo, Académica, 1988, esp. Cap. II.

LUIZ FERNANDO COELHO

práctico de la validez es que la norma debe ser aceptada como obligatoria por los miembros de la comunidad a la que se la destina, obligatoriedad que se impone por la coacción ejercida por el Estado, o poder de policía. Otro efecto es la aptitud de la norma válida para establecer vínculos entre sujetos de derecho, que pasan a ser titulares de derechos subjetivos y de deberes jurídicos, *obligaciones* en derecho privado. A tales vínculos corresponde el concepto de *relación jurídica*.

Es claro que el problema de la validez es mucho más complejo, ya que impone distinguir entre validez formal y validez material. La primera, además del aspecto analítico mencionado, presupone la observancia de una serie de procedimientos, generalmente incluidos en la Constitución, que forman el *proceso legislativo*. Tales normas son definidas por Hart como *secundarias*, porque se refieren a normas *primarias* de obligación, y, entre éstas, como *reglas de cambio*, las que disciplinan la creación de nuevas normas³. En cuanto a la validez material, se toman en cuenta los contenidos concretos de las normas referidas a los actos intersubjetivos convertidos en obligatorios, lo que suscita controversias interdisciplinarias, especialmente de naturaleza sociológica, política y filosófica. Para ser considerada materialmente válida, la norma debe atenerse a los conceptos, valores, objetivos, ideales, ideología y principios generales que informan la vida social de un pueblo en época y lugar determinados, elementos consagrados por la tradición, por las prácticas consuetudinarias y por las leyes. Esos factores subyacen en los llamados *principios generales del derecho* y son declarados a menudo en tratados y convenciones internacionales y en la Constitución. Aun el concepto de *coercitividad*, que alude a la posibilidad de que el Estado use la violencia para cohibir el incumplimiento actual o potencial de las obligaciones definidas en la norma, pasa a integrar la validez en esa perspectiva, como uno de sus caracteres esenciales.

El sustento de la *positividad* del derecho es la validez material, pues alude al hecho de que sus normas se refieren a conductas efectivamente existentes, en sentido actual o potencial. Y así la vigencia,

³ HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, 2ª ed. (trad. de Genaro R. Carrió), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1977.

la eficacia y la validez, conceptos que igualmente remiten a la existencia espacio-temporal del derecho, constituyen aspectos de la positividad. Ésta significa que un sistema jurídico es válido y vigente en época y lugar determinados cuando corresponde no sólo al conjunto de las demás normas del orden jurídico, sino también a la elaboración científica referente a su creación, interpretación y aplicación. En otras palabras, el contenido del derecho positivo no se agota en lo que es definido por sus fuentes formales: se completa con su conceptualización, con el trabajo doctrinario y con los principios de orden general que constituyen los mandatos jurídicos más elevados y menos sujetos a mutación.

El gran teórico de la validez formal es Hans Kelsen, cuyo purismo metodológico lo llevó a construir la teoría de la norma fundamental, el substrato modalmente indiferente del *deber ser*⁴, cuya validez se presupone para fundar, también analíticamente, la Constitución histórica de la que derivan las leyes del ordenamiento.

Esa característica de la racionalidad objetiva sustenta la atribución de un carácter de *autolegitimidad* al orden normativo identificado en el derecho positivo. Como consecuencia, el pensamiento jurídico actual ya no busca los fundamentos de la legitimidad en factores metajurídicos, como la voluntad de Dios, de los dioses, de la Providencia o de alguna inteligencia metafísica o sobrenatural, y ni siquiera en la *volonté générale*, o en la voluntad de segmentos significativos del pueblo, por medio de sus representantes. Si entendemos que existe un solo derecho y que éste es “científico”, fruto de la elaboración racional del Estado legislador, aceptamos implícitamente que este derecho es legítimo en sí mismo, independientemente de cualquier otro factor. La teoría de la *Grundnorm*⁵ es la manifestación doctrinaria inicial de la ideología de la autolegitimidad del derecho, del orden jurídico y de la Constitución.

⁴ VILANOVA, Lourival, *Teoria da Norma Fundamental*, en *Escritos Jurídicos e Filosóficos*, vol. 1, San Pablo, Axis Mundi/Ibet, 2003, p. 301.

⁵ KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, 2ª ed. (trad. de João Baptista Machado), Coimbra, Arménio Amado, 1962. También WARAT, Luis Alberto, *A pureza do poder. Uma análise crítica da teoria jurídica*, Florianópolis, Universidade Federal de Santa Catarina, 1983.

LUIZ FERNANDO COELHO

A pesar de que la teoría jurídica contemporánea ostenta mayor preocupación por los aspectos ontológicos de las normas jurídicas, situando sus características esenciales en el nivel de la validez material y de la eficacia, como repercusión psicológica de las expresiones normativas del derecho, la tradición dogmática enfatiza mucho más sus aspectos exteriores, en el sentido de distinguirlas de las otras formas de control social.

Para ese concepto de orden jurídico vertical, son imprescindibles las ideas de sistema, de coherencia y de completitud. La existencia pura y simple de las normas de derecho positivo no basta. Se torna necesario que esas normas se entrelacen de tal modo que pierdan su fuerza normativa cuando se separan del conjunto. En consecuencia, encaradas como un todo, esas normas constituyen un sistema, cuyo fundamento es la existencia de cierta razón para que puedan imponerse a las conductas de los miembros de la colectividad. Esa razón es la jerarquía existente entre ellas, que son válidas porque otras, consideradas de grado jerárquico superior según un criterio analítico de validez, así lo disponen. No hay entonces, teóricamente, posibilidad de lagunas en el interior del ordenamiento: en la hipótesis de que se verificasen situaciones aparentemente no previstas, el propio orden jurídico contiene en sí mismo, según el principio de *plenitud*, la solución normativa para tales situaciones. Recordando a Cossio, puede afirmarse que el derecho es un continuo de licitudes y una discontinuidad de ilicitudes.

En ese contexto, las cartas fundamentales de las naciones modernas se afirman como repositorio de principios generales que garantizan las conquistas de las revoluciones burguesas. Esa tendencia general puede demostrarse en relación con los grandes sistemas constitucionales de la actualidad, sistemas tipo a los que pueden reducirse las constituciones de la mayoría de las naciones contemporáneas: los tipos constitucionales inglés, norteamericano, francés y soviético, aunque este último tipo haya perdido muchas de sus características originales después del derrocamiento del socialismo. No obstante esto, esos tipos fundamentales se definen como repositorios de principios y garantías incorporados, tras siglos de lucha, al patrimonio moral de la civilización occidental.

Las definiciones políticas de la Constitución siguen en general la

idea de un sistema abierto de reglas y principios, conjunto de elementos conexos entre sí, tendientes a un fin que representa el objetivo de ese sistema, su razón de existir. Y los principios constitucionales se reconocen, en una sociedad política dada, como valores superiores que no son caracterizados por su positividad, sino por su aceptación social. Se los tiene por contenidos que expresan los valores superiores adoptados en una sociedad política dada, materializados y formalizados.

Aunque el concepto de constitución atribuya prioridad al aspecto normativo, al conjunto de normas que organiza los elementos constitutivos del Estado⁶, la teoría constitucional ha señalado su aspecto sociológico, distinguiendo entre constitución efectiva o material, conjunto de los factores reales del ejercicio del poder, y constitución formal, que no pasa de la condición de enunciados lingüísticos y otras formas de expresión. Y Carl Schmitt enfatizó el lado político, definiendo la Constitución como una decisión política fundamental del Estado y de la Nación⁷.

Ha de notarse que la evolución del constitucionalismo siguió las sucesivas ampliaciones del espacio destinado al hombre como sujeto de derecho. De ser un sujeto individual abstracto, construido por el Iluminismo, pasó al espacio social como sujeto concreto de derechos laborales, previsionales y sociales y, desde allí, al espacio más amplio del efectivo ejercicio de la ciudadanía, ya sea como titular de derechos difusos, como consumidor y ciudadano, ya sea simplemente como ser humano y parte de la naturaleza que debe ser preservada, como hombre titular de derechos ambientales.

El panorama actual de la evolución constitucional asiste a nuevas ampliaciones, mucho más allá de los derechos reconocidos por el Estado, tales como el espacio bioético y el espacio cibernético. Así se modifica el status jurídico de la persona humana: se redefinen los derechos inherentes a la condición de sujeto de derecho, no ya limitado en términos geográficos y nacionales, sino como sujeto global de derechos humanos, bioéticos y virtuales, y también como sujeto de de-

⁶ SILVA, José Afonso, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 9ª ed., San Pablo, Malheiros, 1992, p. 10.

⁷ *Ibíd.*

LUIZ FERNANDO COELHO

rechos comunitarios transnacionales. El constitucionalismo actual tiende a absorber esa ampliación y registra propuestas de constituciones comunitarias, en el sendero de la proyectada constitución de la Unión Europea.

La consecuencia más notable de tal ampliación es la disminución en la capacidad del Estado para controlar los nuevos espacios y las condiciones de ejercicio de los derechos y obligaciones que en ellos se suscitan. Además, no se trata sólo de la creación de nuevos derechos, sino incluso de la proyección de los antiguos derechos, que pasan a ejercerse en aquellos espacios; se constituyen relaciones jurídicas entre sujetos despersonalizados, sustituidos por su réplica virtual o por el código que los individualiza. Y así se destruye la relación ontológica entre espacio jurídico y espacio territorial, entre derecho y nación, entre Estado y orden jurídico.

Ha de señalarse finalmente que, por debajo de esa concepción analítica y principiológica del orden jurídico, subyace una concepción juricista del Estado y de la sociedad, que reduce ambas entidades a su representación normativa vertical y piramidal.

3. La superación del principiologismo y del dirigismo constitucional

La Constitución principiológica fue un importante instrumento para la consolidación de las conquistas de la civilización en cuanto se refiere a los derechos fundamentales del hombre y del ciudadano, a la proclamación de la dignidad de la persona humana como valor supremo. Pero ese papel no impidió que se la usara también para albergar las tentativas de suprimir esos derechos, o que fuese manipulada, por vía de hermenéutica constitucional o mediante modificaciones textuales, muchas veces violentas, con vistas a mantener privilegios aristocráticos y reproducir un orden social injusto, que incluyera desigualdades intolerables.

La evolución del constitucionalismo se desarrolló *pari passu* con la expansión del capitalismo, que pronto se impuso como instancia prácticamente única de la producción de riqueza de las naciones. Aunque la ideología del capitalismo ha estado al servicio de los bastiones

de la fe liberal, de los valores de la libertad individual y de la igualdad jurídica entre los ciudadanos, del respeto a la libre iniciativa y al incentivo para el progreso social mediante el trabajo, valores por los que se habían peleado revoluciones burguesas desde el siglo XIII, ella también tuvo y tiene todavía un lado perverso, revelado en el aspecto predatorio del que se reviste en relación con otros modos de producción a los que se opone, en la continuidad de la explotación del hombre por el hombre y en su ausencia de ética para perseguir su principal motor psicológico-social, el *lucro*.

Ese aspecto depredador se observa fácilmente en el estudio atento de la evolución histórica de la humanidad, aun después del reconocimiento filosófico, político y jurídico de los valores de dignidad de la persona humana.

La primera tendencia del modo de producción capitalista es la pretensión de convertirse en exclusivo, lo que exige una continua expansión del mercado interno. En las formaciones capitalistas centrales, esa expansión enfrenta los límites naturales de la población y de las energías productivas, lo que provoca la necesidad de someter las formaciones capitalistas periféricas. En éstas, el modo capitalista dominante somete a los otros, ligados a la economía natural; los priva de su funcionalidad y los somete a la suya, sin disgregarlos ni destruirlos totalmente. Ese fenómeno de la economía de las naciones ha sido detectado hace ya mucho tiempo por el pensamiento marxista. En Rosa Luxemburgo leemos que las organizaciones sociales primitivas constituyen la base de la existencia material de las sociedades y, en la medida en que representan un obstáculo a la expansión del capitalismo como forma prevaleciente de producción, el método inicial del capital es el sistemático aniquilamiento de las organizaciones sociales no capitalistas que enfrenta en su proceso de expansión. En todas las formaciones de economía natural, destaca aquella autora, lo decisivo es la producción para el consumo propio, de lo que se sigue que no hay demanda de mercaderías extrañas al consumo y, por consiguiente, las formas de economía natural ofrecen rígidas barreras, en todos los sentidos, a las necesidades del capital. De allí concluye que el capital, dondequiera que se instale, necesita emprender ante

LUIZ FERNANDO COELHO

todo un combate mortal contra la economía natural en la forma histórica con la que se presenta⁸.

En ese choque entre el capitalismo y las formaciones de economía natural que ponen obstáculos a la acumulación, los dos factores más importantes para superarlo son justamente el sistema legal y el uso puro y simple de la violencia, al abrigo de las leyes o contra ellas. En otras palabras, escudado en la Constitución o en rebeldía contra ella.

En Brasil, como en el resto de los países situados en la periferia del capitalismo, la destrucción predatoria de las formas de economía natural ligadas a la explotación de la tierra, al pastoreo, a la industria y al comercio familiar, al artesanado y otras formas espontáneas, que incluyen también las microempresas y otras iniciativas generadoras de empleo, engendró el abandono del campo, la destrucción de la pequeña propiedad rural y el absurdo crecimiento de las aglomeraciones urbanas, donde las élites económicas y la clase media se ven sitiadas por una inmensa población que habita villas de emergencia. Es el caldo de cultivo adecuado para la invasión del narcotráfico, de la prostitución, de la explotación de los menores, de la mendicidad y de la corrupción. Y cualquier tentativa de revertir ese proceso perverso, promoviendo, por ejemplo, una reforma agraria mediante la redistribución de la tierra, o poniendo en práctica una política de fomento para la pequeña empresa, encuentra obstáculos en la dificultad del acceso al crédito, en el enfrentamiento de los monopolios y cárteles disimulados y también en la incompreensión ideológica de los que todavía vislumbran los fantasmas del comunismo y de la destrucción de los valores cristianos.

Ciuro Caldani destaca otra paradoja del capitalismo contemporáneo: esta estructura *incluye*, casi sin fronteras, las personas, los materiales y los espacios que necesita, y *excluye* todo el resto. Por eso, especialmente cuando se trata de personas, puede decirse que el actual proceso de globalización es al mismo tiempo un proceso de *marginalización*, que avanza en nuestros días con la fuerza especial propia del capitalismo desarrollado, cuyas técnicas lo llevan a ocupar todo el ámbito

⁸ LUXEMBURGO, Rosa, *La acumulación del capital*, Buenos Aires, 1963, ps. 334 y ss., *apud* ASTESANO, Eduardo, *Historia Ecológica y Social de la Humanidad*, vol. I, Buenos Aires, Castañeda, 1979, p. 282.

planetario⁹. Enfatiza el autor que ya no puede hablarse de una *división del trabajo social*, sino de una creciente *exclusión del trabajo*¹⁰. Como consecuencia, asistimos hoy a tal profundización de las desigualdades, como medio de incrementar la producción competitiva, que una especie de darwinismo social arroja a la fosa común de la exclusión social al hiposuficiente, al débil, al enfermo, al viejo, al inmigrante, al pobre: ellos sucumbirán en la lucha contra el más fuerte. El darwinismo neoliberal globalizado patrocina la producción en serie de ricos en los países pobres y de pobres en los países ricos. Esa tendencia a la marginación de las personas se articula con una implicación avasallante engendrada por la propia lógica del sistema, la exigencia de acumular las riquezas producidas por el trabajo social, articulación que deriva de la misma lógica intrínseca del capitalismo.

Ese cuadro nada favorable al futuro de la humanidad viene en el seno de una ética *aética*, dirigida hacia el lucro a cualquier precio. Cuando afirmamos que se trata de una lógica intrínseca, lo hacemos porque el afán de lucro desempeña en la historia el papel de una constante, una especie de ley natural, ya que toda la actividad política de la humanidad, desde tiempos inmemoriales, se resume en la tecnología de dominar las fuerzas productoras del hombre para que ellas no se desvíen de su objetivo primordial: el lucro. Y, para que el lucro sea todavía más lucrativo, para que la aplicación del dinero se traduzca en mayor cantidad de plusvalía, es necesario que el lucro genere lucro, en un proceso continuo de *acumulación de capital*. Paralelamente a la necesidad de la producción, se genera la necesidad de una acumulación creciente de sus resultados, lo que importa afirmar que los ricos tienden a ser cada vez más ricos y menos numerosos, mientras los pobres permanecen en la meseta de pobreza intrínseca al sistema.

Equiparar el desarrollo del capitalismo en el sentido predatorio y acumulativo del lucro con los efectos de marginación no implica atribuirle la inexorabilidad propia de la ley natural. Antes bien, se trata

⁹ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Globalización/Marginación: ¿Implosión demográfica?*, en *Bioética y Bioderecho* Nº 5, Rosario, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, 2000, p. 10.

¹⁰ *Ibíd.*, p. 11.

LUIZ FERNANDO COELHO

de una manifestación de la imperfección humana, que puede corregirse mediante la toma de conciencia en la lucha contra la alienación.

La historia no lo desmiente y ninguna retórica economicista, ninguna sofisticación discursiva podrá desmentir ese hecho prosaico: que el capitalismo tiende a perfeccionarse a medida que avanza la tecnología de la explotación del hombre por el hombre, que engendró las formas primitivas, medievales y modernas de esclavitud, las formas modernas y posmodernas de colonialismo mercantil, industrial y tecnológico y, ahora, el colonialismo cibernético. ¿Tendremos acaso todavía un colonialismo bioético, cuando la tecnología de la clonación humana reproductiva cree seres humanos con caracteres genéticos manipulados en interés del capital y de la hegemonía de las *well ordered societies*?¹¹

Ningún eufemismo será capaz de disfrazar el hecho de que, amparado en una tecnología cada vez más compleja, cuyo dominio tiende a restringirse a países cada vez más ricos y a sus pocas organizaciones empresarias transnacionales, el capitalismo euroamericano ingresa en otra fase, caracterizada por una nueva forma de acumulación que trasciende las fronteras geopolíticas de los Estados nacionales.

De esa manera, el capitalismo contemporáneo retoma su primitiva y esencial tendencia a la acumulación, con vistas a preparar el desarrollo de un nuevo modo de producción adecuado a la etapa actual de la civilización.

Esa nueva fase del capitalismo se funda firmemente en el neoliberalismo, que es al mismo tiempo una filosofía, una ideología y un proyecto político que aboga por el Estado mínimo; aquel que, mediante un proceso de desregulación de la economía, se aparta del mercado y remueve todos los obstáculos que se opongan a la libre competencia, reservándose sólo las tareas inherentes a la educación, la salud pública, la cultura, el ocio y la administración de justicia; aun en esos sectores, el Estado debe estimular en cuanto sea posible las iniciativas empresarias.

Ésa es, en síntesis, la ideología que se lee en las entrelíneas de los tratados de economía política y en los documentos que apoyaron la

¹¹ RAWLS, John, *Uma teoria da Justiça* (trad. de Vamireh Chacon), Brasilia, Universidade de Brasilia, 1981.

política del gobierno inglés elegido por el Partido Conservador en 1980 y la del gobierno Reagan. Esas políticas sirvieron de inspiración y de modelo para los programas políticos neoliberales del mundo subdesarrollado, incluido Brasil, y de la mayoría de los países de América Latina, bajo la supervisión de las organizaciones económicas mundiales. Están impregnadas de la misma ideología y subordinadas a los mismos intereses de la dominación económica mundial. Es también la política del gobierno Bush, disfrazada bajo el manto de la sacrosanta cruzada contra el terrorismo que estratégicamente se pregona mundial, cuando en verdad es un hecho trágico de la historia contemporánea: una tragedia que sólo afecta a las naciones y Estados directamente involucrados en conflictos por la liberación de los pueblos oprimidos y a los espacios políticos que aspiran a la independencia.

La ética del capitalismo queda legitimada por mecanismos ideológicos que la disfrazan bajo principios, valores, conquistas, beneficios y otros mitos albergados por la Constitución principiológica. La lógica del capitalismo es el nexo de imputación que vincula la explotación del hombre por el hombre con la acumulación de capital, hoy cada vez más identificada como concentración de la renta, pero de todos modos disimulada con eufemismos y mentiras filosóficas, pseudocientíficas e ideológicas, tales como desarrollo, bienestar social, orden y progreso, que en el fondo se subordinan a la necesidad de generar riqueza material.

Evidentemente, la producción material de la riqueza no es un mal en sí misma, ya que la racionalidad humana la impone como causa y efecto del progreso de la humanidad. Pero, si bien la generación de riqueza no es un mal, cuando ella se articula con la necesidad de acumulación y con la marginalización pueden cuestionarse sus ventajas en relación con las personas, los pueblos y las naciones marginados, ya que el efecto distributivo de la producción de riqueza se convierte en un objetivo secundario, tolerado sólo si no obstaculiza la producción misma y no interfiere en el proceso de acumulación. El mal, entonces, radica en la falta de una ética del discurso capitalista, discurso que, centrado en la defensa intransigente de la propiedad privada y de la libre iniciativa (entendida ésta como la separación entre el Estado y la economía), hace prevalecer su propósito de acu-

LUIZ FERNANDO COELHO

mulación y marginación en todos los espacios de la vida social hasta asumir una dimensión planetaria.

La visión histórica del siglo pasado no deja margen de duda, pues ostenta la dura realidad de las dictaduras, del hambre y de la miseria, los grandes conflictos étnicos, ideológicos y políticos que provocaron las dos guerras mundiales y casi llevaron a la humanidad al colapso. ¿Cuál será el resultado del mantenimiento de esa tendencia y de esa ética en el horizonte histórico que ahora se abre, cuando las naciones ricas y poderosas no conciben sino el uso de la violencia como solución a sus problemas internos, que identifican estratégicamente como problemas de todas las naciones?

En este escenario se vislumbra el drama jurídico de las constituciones contemporáneas: la dificultad para convertir la enunciación de principios en un conjunto de derechos susceptibles de acción judicial, especialmente cuando se trata de derechos sociales relativos a la educación, a la cultura, a la previsión y a la salud, que representan innovaciones en el derecho constitucional clásico. El gran problema del derecho constitucional contemporáneo reside en cómo encuadrar en derecho el Estado social, cómo inaugurar y establecer nuevas técnicas e instrumentos capaces de garantizar efectivamente los derechos sociales básicos.

Para volver a la afirmación anterior, a saber, que la evolución constitucional se ha desarrollado según las exigencias de la lógica y de la ética del capital, la toma de conciencia de esa realidad condujo a que se procurase devolver al Estado su papel en la conducción de la economía y se volviese a pensar la función del derecho positivo y de la propia Constitución como instrumentos para la promoción social de los ciudadanos. Se demostró necesaria la evolución del constitucionalismo hacia un nuevo concepto, en el que la Constitución sea más que una declaración de principios e implique el planeamiento de la acción estatal para la solución de los problemas sociales.

El hecho es que el constitucionalismo clásico, que buscara consolidar el Estado de derecho y asegurar las conquistas de la libertad, la democracia y los derechos fundamentales, empezó a ser cuestionado cuando se verificó que esos principios eran en realidad ineficaces.

Uno de los exponentes de ese proceso doctrinario de toma de con-

ciencia, Norberto Bobbio, se refiere a las promesas incumplidas de la democracia¹². Lênio Streck destaca que el Brasil ya experimentó el Estado social y el Estado democrático de derecho, pero que tales estatutos políticos no pasaron de constituciones formales no realizadas, meros textos desprovistos de eficacia¹³.

El resultado de ese nuevo análisis fue el dirigismo preconizado por algunos juristas, entre los que se destaca Canotilho, con su noción de *constitución dirigente*¹⁴, objeto de su tesis de doctorado acerca del impacto de la Constitución portuguesa de 1976¹⁵.

Pese a haberse divulgado en Brasil la noción de constitución dirigente a partir de la obra de Canotilho, la idea es bastante antigua: se remonta al *New Deal* de Roosevelt y a los planes quinquenales soviéticos, y fue incluida en la teoría constitucional en la Europa de la década de 1960, cuando se construía la teoría jurídica del planeamiento económico.

Hasta el principio de la Segunda Guerra Mundial, y excepción hecha de las experiencias socialistas de planeamiento económico global, las decisiones políticas relacionadas con la economía se producían en un ámbito bastante restringido. Pero la destrucción de las estructuras de producción, distribución y consumo que los países europeos heredaron de la guerra forzó a transferir al Estado el poder de decisión, sin que ese intervencionismo se encarase como un atentado a las libertades fundamentales. El *New Deal* del presidente Roosevelt terminó con el viejo preconcepto liberal, y la Suprema Corte de los Estados Unidos, al conceder respaldo jurídico a las decisiones políticas, acabó por modificar la propia mentalidad jurídica norteamericana, que había transformado los precedentes judiciales en una especie de fetichismo del pasado para refrenar la realización del futuro.

¹² BOBBIO, Norberto, *Qual Socialismo?* (trad. de Isa de Salles Freaza), 2ª ed., Río de Janeiro, Paz e Terra, 1983.

¹³ STRECK, Lênio, *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999, ps. 51 y ss.

¹⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª ed. (reimpresión), Coimbra, Almedina, 1999, p. 1079.

¹⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (comp.), *Canotilho e a Constituição Dirigente*, Río de Janeiro, Renovar, 2003, texto de presentación.

LUIZ FERNANDO COELHO

En Europa se trató de dar forma de categoría jurídica a una noción antes restringida a la economía política. Cuando se hacía apremiante la exigencia de intervención estatal en la economía de los países sin caer en el estatismo y en la socialización de la propiedad de los medios de producción –tipo de planificación adoptada en los países socialistas– la idea que finalmente prevaleció fue la de introducir direcciones meramente indicativas, por medio de la legislación ordinaria y de la Constitución. Planeamiento indicativo o imperativo: ésa era la gran pregunta que la teoría constitucional fue llamada a responder¹⁶. El dirigismo estatal de la economía, sin llegar a la socialización, precedió entonces el desarrollo del derecho europeo unificado, *Europarecht*, el derecho de la antigua Comunidad Económica Europea que desembocó en la Unión Europea. En ese contexto, los juristas de la Escuela de Friburgo introdujeron la planificación como concepto jurídico, imprimiendo con ello una dimensión prospectiva a la Constitución. *Der Plan ist die Verfassung* –“el plan es la Constitución”– proclamaba Joseph Kaiser¹⁷.

En un estudio publicado en 1979, en homenaje a Manoel de Oliveira Franco Sobrino, el autor de este trabajo ya señalaba que, en torno de la noción jurídica de planeamiento, se modifica el concepto mismo de derecho: ya no se trata del orden jurídico estático, formal, abstracto y apriorístico, al cual deben amoldarse las conductas concretas, sino de un orden dinámico constituido por modelos de acción, flexibles, realistas y concretos; en suma, un planeamiento de la acción estatal para el bienestar colectivo creciente y para la ampliación del Estado de derecho. Orden jurídico y planeamiento serían, por lo tanto, *categorías de la juridicidad*, opuestas entre sí en la medida en la que una es estática y retrospectiva y la otra dinámica y prospectiva. Claro está que esa oposición debe ser reexaminada: ella no se verifica en la realidad, puesto que hay una complementación dentro del mismo orden jurídico. La Constitución de los principios sería retrospectiva y, en la medida en que el planeamiento pasase a integrar el tex-

¹⁶ HOUIN, Roger, *La Planification Française*, en *Planung II*, Baden-Baden, Nomos, 1966, ps. 149 y ss.

¹⁷ KAISER, Joseph, *Exposé einer pragmatischen Theorie der Planung*, en *Planung I*, Baden-Baden, Nomos, 1965, p. 25.

to constitucional, imprimiría a la Constitución una nueva dimensión, dirigida hacia el futuro¹⁸.

Con la restauración de la idea de planeamiento constitucional, bajo la palabra “dirigente” se busca atribuir a la Constitución una función prospectiva: la de programar el desarrollo social y las condiciones de efectividad de los derechos y garantías consagrados en su texto. Se trata de transformar la Constitución en un instrumento jurídico para la solución de los grandes problemas de la sociedad, darle eficacia y retirarla del circuito cerrado, meramente formal, en el que se originaron sus nobles e idealistas declaraciones.

La teoría constitucional procura así adecuar la Constitución a la creciente complejidad de una sociedad abierta y plural, pero cargada de conflictos, incongruencias, incomprensiones y frustraciones. En otras palabras, el problema de la Constitución dirigente cobra relevancia cuando apunta a la actual ineficacia de las cláusulas constitucionales de contenido social, económico y cultural. Como la realización de ese contenido exige una transformación de estructuras sociales, el desafío de una constitución dirigente es el de la concreción constitucional, que incluye la tarea jurídica dedicada a la regulación normativa y a su interpretación, integración y aplicación.

La Constitución dirigente se caracteriza como una carta abierta, dirigida al futuro de cara a la transformación social. Es determinante de instrumentos que hagan posible su realización y marco de dispositivos que impongan su concreción.

En verdad, lo que se busca con la doctrina de la Constitución dirigente es realizar efectivamente la Constitución formal, dándole operatividad, transformándola en Constitución material; si no por medio de dispositivos que así lo determinen, por lo menos con la posibilidad de realizarla mediante otros instrumentos normativos y judiciales. Se procura, además, la protección de la misma norma suprema contra eventuales desvíos del orden político del país. La Constitución

¹⁸ COELHO, Luiz Fernando, *Considerações sobre Economia e Planejamento no Direito Administrativo*, en *Direito Administrativo Aplicado e Comparado*, t. I, San Pablo, Resenha Universitaria, 1979, ps. 143-165.

LUIZ FERNANDO COELHO

dirigente debe trazar los rumbos a seguir, las metas que los gobiernos deban alcanzar progresivamente.

Otro aspecto a subrayar es una consecuencia directa de esa concepción. En una constitución dirigente debe haber planes más o menos precisos de transformación profunda del orden político, económico y social, particularmente de orden económico. Esto tiene una consecuencia jurídica fácilmente deducible. Una constitución dirigente incluye gran número de normas programáticas, es decir normas que no son completas, normas que requieren ser complementadas para volverse aplicables y efectivas. Así, una constitución dirigente es, en cierto modo, una constitución incompleta, porque exige ese complemento legislativo posterior para sus normas programáticas.

Desde el punto de vista histórico, se verifica en verdad una evolución ideológica, en la que el Estado pierde su supremacía en la dirección de la economía, cede su lugar al ámbito privado y, luego del fracaso de esa retirada, trata de retomar su lugar. Para hacerlo, cambia el concepto de constitución, que de principiología y garantista pasa a ser dirigente, aunque sin perder su característica básica de analiticidad y de repositorio de principios fundamentales.

Pero ni la Constitución principiología y garantista ni la dirigente alcanzan a corresponder a la realidad mucho más compleja del orden social contemporáneo, cuyo análisis conduce a vislumbrar un nuevo concepto de constitución.

4. Microfísica y pluralismo de la sociedad compleja

El nuevo examen de aquellos presupuestos subyacentes al concepto de constitución empieza por el análisis de los factores que hacen especialmente compleja la sociedad actual.

El primero de esos factores es el predominio, hoy mundial, de la forma capitalista de producción. Como se ha visto al estudiar las condiciones que llevaron al dirigismo constitucional, la victoria del capitalismo como modo predominante –prácticamente exclusivo– de producir la riqueza social no sólo mantiene los viejos problemas ya detectados por las ciencias sociales: también engendra nuevos problemas, como consecuencia de la globalización y del avasallador dominio de la informática.

El segundo factor proviene del análisis de la sociedad contemporánea, que nos revela un enmarañado complejo de vínculos entre los individuos. En esas relaciones de carácter social, familiar, educativo, político, económico o religioso, y en otras que se observan en todos los sectores de la sociedad, se forman microsistemas sociales. Son agrupamientos de individuos que establecen una complicada red de relaciones intersubjetivas, que apuntan a la satisfacción de sus propios intereses como individuos y como grupos. De esta manera, no se aprecia la existencia fáctica de una sociedad abstracta, ni de un Estado abstracto, sino la de microsociedades, microcosmos más grandes o más pequeños que se forman según la proximidad de las relaciones interindividuales.

Los individuos, por sus diversidades y de acuerdo con sus características, pertenecen a microsistemas diferentes. A pesar de la disparidad, tales grupos se articulan entre sí, puesto que los microsistemas no viven aislados. A partir de allí, los individuos no pertenecen a un solo microsistema, ya que cada uno de ellos, además de articularse con los otros, trata de mantenerse y reproducirse. El conjunto de esos microsistemas constituye la sociedad, que es el macrosistema.

Dada la equivocidad de la palabra y de la idea misma de “sistema”, es preferible hablar de grupos microsociales.

El diseño de esa sociedad pierde así su forma piramidal representada por el orden jurídico y se asemeja a una intersección de formas ovaladas, donde cada óvalo, representativo de un microsistema, atraviesa a los demás y es atravesado por ellos. Hay, por consiguiente, un núcleo común a todos que, al mismo tiempo que se presenta como una reducción de los óvalos, al constituir el punto del todo social en el que todos convergen –el sentimiento nacional, por ejemplo– envuelve a todos en la misma esfera social. Cada óvalo, que representa un grupo microsociedad, reproduce así los demás óvalos y los demás grupos sociales y, al mismo tiempo, reproduce el conjunto de todos ellos.

La configuración real y formal de cada grupo es influida por el derecho positivo. En función del modo como el derecho influye en cada grupo, podemos separarlos en tres grandes categorías: *grupos jurídicamente reconocidos*, *grupos jurídicamente indiferentes* y *grupos jurídicamente marginados*.

LUIZ FERNANDO COELHO

Los primeros son admitidos por el ordenamiento positivo, con personalidad jurídica o sin ella. Son fácilmente reconocibles la familia, los religiosos, los consumidores, los trabajadores, las asociaciones civiles, los aborígenes, los niños y adolescentes, los ancianos, los presidiarios, los servidores públicos civiles –en las esferas del legislativo, del judicial, del ejecutivo y del ministerio público– y militares, los comerciantes y empresarios, los industriales, los productores rurales y los prestadores de servicios. Pero el análisis sociológico puede llevar al reconocimiento de otros grupos, unidos por lazos comunes que el derecho positivo protege.

El grupo *jurídicamente indiferente* no cuenta con el soporte del derecho positivo, pero ejerce una acción política, a favor o en contra del Estado, aunque no fuera de la ley. Son, por ejemplo, las organizaciones no gubernamentales, llamadas ONG, las empresas transnacionales y algunas sectas religiosas no reconocidas. La acción política de tales grupos se dirige predominantemente a influir en los Estados para la adopción de políticas adecuadas a sus propios intereses o valores.

Los marginados son grupos que desarrollan una acción contraria a las leyes del Estado. Algunos se consideran legítimos, cuando su acción apunta a la defensa y a la eficacia de valores que corresponden al sentimiento común de la colectividad, aun cuando la intolerancia de la autoridad estatal los condene a la marginalidad. Un ejemplo clásico, en Brasil, es el Movimiento de los Sin Tierra (MST), que lucha por la reforma agraria por medio de ocupaciones ilegales de propiedades rurales. Otros, carentes de toda legitimidad, sólo se dedican a la práctica de acciones ilegales. Como ilustración pueden incluirse los *bicheiros* (comunidad de quienes viven de y trabajan en la práctica de la contravención llamada “juego del bicho”, al margen de la ley pero tolerada por las autoridades)¹⁹, los narcotraficantes, los proxenetas y las prostitutas, los contrabandistas, especialmente la multitud de pequeños comerciantes que atraviesan la triple frontera, en la ciudad de Foz de

¹⁹ Tipo de lotería creada en Brasil a fines del siglo XIX, originalmente para fomentar las visitas al Jardín Zoológico. En ella, los números se agrupan en 25 conjuntos, cada uno de los cuales lleva el nombre de una especie animal (N. del T.).

Iguaçu, con mercaderías de contrabando, a quienes se llama “paseros”, etcétera. Los periódicos brasileños dan cuenta de que los narcotraficantes, concertados con autoridades corruptas, llegaron a construir verdaderos estados paralelos en las favelas de Río de Janeiro y de San Pablo.

Cada grupo microsocioal instituye en su ámbito reglas de conducta y de compromiso bien definidas. Los miembros que lo componen tienen un rasgo cultural común en lo que concierne a valores históricos y objetivos. Eso no significa que tales microsistemas sean monolíticos, homogéneos ni movidos por un amplio consenso. Con todo, sus miembros se reúnen en torno de un objetivo común cada vez que la seguridad y la sustentabilidad del grupo corre alguna clase de riesgo. Ese comportamiento, muchas veces inconsciente, tiene por objetivo la propia preservación y manifiesta, por lo tanto, la existencia de una red de relaciones.

Sin embargo, ese microsistema no es autosuficiente, ya que sus miembros dependen fundamentalmente de los valores, de las potencialidades y de los elementos disponibles en otros microsistemas. Así, no se puede afirmar que haya microsistemas “puros”.

Por esta razón, sin perder su identidad, exceden sus límites territoriales e invaden el espacio de otros microsistemas, buscando en esa interrelación un equilibrio. Consecuentemente, un anciano puede pertenecer, simultáneamente, a su propio microsistema, la comunidad de los ancianos, pero también al familiar, al de los consumidores y al de los trabajadores. Un narcotraficante, del mismo modo, puede pertenecer simultáneamente al propio microsistema de los narcotraficantes, que en la actualidad asume dimensiones globales, y también al de la familia y al de los presidiarios. De esta manera, es ilusorio imaginar que, en una sociedad organizada, un grupo determinado consiga limitar el radio de penetración de sus raíces a su propio campo de actuación: los microsistemas se dirigen naturalmente a una imprescindible interdependencia.

Los intereses de esos conjuntos de microsistemas que se entrecruzan forman el macrosistema. Éste, identificado como la sociedad en su conjunto, se halla formado por varios microsistemas dotados de sus peculiaridades específicas, que buscan –dentro de lo posible– una convivencia armónica con los demás. Pero en ese proceso de articulación

LUIZ FERNANDO COELHO

algunos grupos acaban por imponerse a los demás, sea porque razones históricas los dotan de fuerza política, sea porque consiguen alguna clase de liderazgo carismático o fundado en la tradición (para emplear los tipos ideales weberianos de dominio legítimo).

Surgen así los grupos microsociales hegemónicos, que a su vez se articulan para mantener su hegemonía y se apoderan de los instrumentos de control social, infiltrándose en las organizaciones sociales e incluso en los órganos gubernamentales. Los conflictos intergrupales que así se forman tienen tal magnitud que llegan a restringir o a amenazar la hegemonía del grupo e incluso su continuidad.

De allí que la sociedad, para ser segura y estable, requiere un orden superior apropiado para dominar todos esos microsistemas, de modo que ellos puedan relacionarse entre sí, y evitar o postergar la aparición de conflictos, así como resolver los que sean inevitables.

El derecho, la forma más elaborada de control de los comportamientos individuales en el medio social, se desarrolla al compás de esos conflictos. En su comprensión usual como derecho positivo, es el conjunto de normas que se hacen obligatorias en virtud del poder de coacción del Estado.

El derecho positivo puede definirse así como el sistema de normas establecidas por el poder político, que se imponen obligatoriamente para regular la vida social de un pueblo en una época dada. Esta denominación es genérica y abarca las manifestaciones sectoriales de la normatividad, consideradas fuentes del derecho porque son cooptadas por el sistema de las leyes.

Esa concepción del derecho positivo y del orden jurídico estriba en una serie de presupuestos ideológicos disfrazados bajo la forma de principios generales científicamente elaborados o descubiertos en la "naturaleza de las cosas", pero que no son otra cosa que mitos para asegurar la creencia en el derecho positivo como fuente exclusiva de solución de los conflictos interindividuales e intergrupales, así como la creencia en el Estado como orden jurídico. Entre esos mitos, los más significativos son los de unicidad y estatalidad del derecho y el de la racionalidad objetiva del orden jurídico, que sustentan el presupuesto de la autolegitimidad.

La crítica del derecho, sin embargo, al enfatizar el aspecto mito-

lógico y legitimador de tales presupuestos, pone de resalto el hecho de que ellos ocultan la realidad social constituida por los grupos microsociales para favorecer a algunos de ellos que han adquirido hegemonía sobre los demás y, por eso, manipulan el orden jurídico y la propia Constitución para la defensa de sus intereses.

Ese panorama de la sociedad y de la función histórica del derecho positivo, siempre dependiente de los intereses de los grupos microsociales hegemónicos dentro de las formaciones nacionales y estatales, encuentra nuevos contornos cuando se contempla la actual articulación de la sociedad de las naciones y, consecuentemente, de sus grupos internos, con otros grupos que trascienden las presentes fronteras geopolíticas y se proyectan sobre el espacio global.

Se verifica hoy un proceso de desvanecimiento de las situaciones a las que se refieren los conceptos de nación y de ciudadanía. Esto llevó a Habermas a hablar de una sociedad posnacional, enfatizando que la forma clásica del Estado nacional se encuentra en disolución a medida que la comunidad europea se transforma en una unión política²⁰. Ese nuevo orden mundial se ha llamado *heterotopía*²¹, palabra que alude a la pulverización y a la multiplicidad de los centros de decisión política y empresaria, que ya no se limitan a las fronteras geopolíticas de los Estados nacionales y se hallan en diversos lugares distribuidos por el mundo, y también *poliarquía*²², término que alude a la existencia de múltiples centros de poder más o menos equilibrados.

La sociedad contemporánea ostenta tal complejidad de intereses, valores, proyectos y exigencias de individuos y de grupos que llega a constituir una red de dimensiones globales expresada en estructuras de los más diversos aspectos, instituidas y construidas por amplias redes comerciales, por sistemas de producción y distribución, por el sistema financiero mundial y también por el mercado de trabajo, estructuras que trascienden las fronteras geopolíticas y culturales.

²⁰ HABERMAS, Jürgen, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, vol. II (trad. de Flavio B. Siebeneichler), Río de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997, p. 280.

²¹ DREIFUSS, René Armand, *A Época das Perplexidades*, 2ª ed., Petrópolis: Vozes, 1977, ps. 242, nota 30. El autor aclara que la idea de *heterotopizar* los países proviene de Foucault.

²² Ídem, p. 244.

LUIZ FERNANDO COELHO

La expansión mundial de la red de grupos microsociales que luchan por la hegemonía, sumada a los grupos jurídicamente reconocidos, marginados o indiferentes en el interior de las naciones, lleva a indagar si todavía pueden mantenerse las concepciones tradicionales de derecho, de orden jurídico y de constitución.

En el pensamiento sociológico-jurídico, ese panorama cataliza las corrientes de pensamiento denominadas *pluralistas*, que admiten la coexistencia de más de un orden jurídico en el mismo espacio geopolítico, muchas veces contra el derecho oficial. Pero recientemente, la teoría sociológica de la autopoiesis de los sistemas sociales, en el cauce del antiguo funcionalismo sociológico, provee un nuevo soporte teórico para un nuevo examen de la función del derecho en la sociedad.

El pluralismo jurídico vino a ocupar un importante *locus* teórico en la ciencia del derecho a partir de los estudios sociológicos que propiciaron una percepción de la naturaleza irreal de las reglas y conceptos legales. La teoría jurídica siempre cuestionó este principio del derecho único, como también los presupuestos ideológicos de la estatalidad y de la racionalidad, y considera posible atribuir juridicidad a grupos menores, excluidos los marginales, pero dentro del Estado. Hay estudios sociológicos que advierten la aparición de una juridicidad espontánea dentro de comunidades que, por algún motivo, permanecen al margen del derecho oficial²³.

Mientras tanto, la inmensa variedad de formas y teorías pluralistas torna extremadamente difícil sintetizar sus principios doctrinarios básicos, aunque es posible distinguir un punto de convergencia: la referencia al hecho de que el derecho efectivo está inserto en la sociedad, trasciende los órganos estatales y se caracteriza por la coexistencia de varios derechos en el mismo espacio social. Si no son positivos, están en el mismo plano de validez material y de eficacia. El problema se relaciona así con las fuentes materiales, al admitirse otras fuentes de positividad jurídica, además de los poderes del Estado.

Si en la concepción monista sólo un tipo de grupo social, el grupo político, detenta el poder para crear y dictar normas jurídicas, para el

²³ SANTOS, Boaventura de Souza, *O Discurso e o Poder. Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris, 1988.

pluralismo todo grupo con alguna consistencia está habilitado a crear normas que adquieran el carácter de verdaderas normas jurídicas. Esa definición es corroborada por Reale, para quien una doctrina, en rigor, puede considerarse pluralista cuando afirma la existencia de otras fuentes de positividad jurídica y otros criterios para caracterizar la positividad, además del que proviene de la coercibilidad del poder público²⁴.

Pueden encontrarse antecedentes históricos de esa concepción en las tesis iusnaturalistas de Althusius y de Grocio, que reconocieron la existencia de un orden jurídico de la sociedad opuesto al orden jurídico estatal propiamente dicho. Pero también cabe citar como pionero a Savigny, por sus reacciones al legalismo exegético francés y al movimiento de codificación del derecho germánico.

El pluralismo jurídico constituyó el meollo de la escuela del derecho libre, de Ehrlich y Kantorowicz²⁵, que impugna el principio de la primacía de la ley y pone de relieve la importancia real de las normas jurídicas que brotan de los grupos sociales²⁶. Y Georges Gurvitch llega incluso a admitir que el derecho no necesita del Estado, ya que el fenómeno jurídico nace del seno de la comunidad. En la misma línea de argumentación, Lévy-Bruhl considera mucho más evidente el pluralismo jurídico determinado por las normas emanadas de los organismos internacionales²⁷. Y Léon Duguit reconoce la existencia de una ley social como implicación de la esencia ontológica del ser humano –*zoon politikon*– con el objeto de regular las actividades habituales de los miembros de la sociedad. Esta ley del grupo social puede en determinado momento transformarse en norma jurídica, porque el con-

²⁴ REALE, Miguel, *Teoria do Direito e do Estado* (4ª ed.), San Pablo, Saraiva, 1984, p. 268.

²⁵ FRIEMANN, W., *Théorie Générale du Droit*, Paris, LGDJ, 1965, p. 202. Cfr. EHRLICH, Eugen, *Fundamentos da Sociologia do Direito* (trad. de René Ernani Getz), Brasilia, UnB, 1986, p. 377; también SOUTO, Cláudio y FALCÃO, Joaquim, *Sociologia e Direito*, San Pablo, Pioneira, 1980, p. 132.

²⁶ KANTOROWICZ, Hermann, *A luta pela ciência do direito*, en SAVIGNY; KIRCHMANN; ZITELMANN y KANTOROWICZ, *La Ciencia del Derecho* (colección de textos), Buenos Aires, Losada, 1949, ps. 325-373.

²⁷ LÉVY-BRUHL, H., *Sociología del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1964, ps. 13-19.

LUIZ FERNANDO COELHO

junto de las conciencias individuales alcanza la comprensión de que la sanción material de tal norma puede ser socialmente organizada²⁸.

Un ala del pluralismo jurídico se articuló con la teoría de la institución y consideró que una forma independiente de ordenamiento jurídico es esencial a toda institución de carácter estable y permanente. En la opinión de Santi Romano, este ordenamiento institucional puede tener vida autónoma fuera del Estado: se caracteriza por el hecho de constituir una conciencia jurídica que se vale a sí misma gracias a su organización interna, y no pierde su juridicidad *aunque sea ilícita*²⁹. El sociólogo brasileño Miranda Rosa analiza el derecho como hecho social y, siguiendo la línea de Ehrlich y Gurvitch, afirma que ya está superada la discusión acerca de la existencia de una inmensa variedad de normas que muy bien pueden ser incluidas en la categoría de normas jurídicas, a pesar de no haber sido producidas por el Estado³⁰. Otro importante estudio sociológico es el de Sousa Santos, que llevó a cabo una valiosa investigación en una favela de Río de Janeiro. Allí analizó una situación de pluralismo jurídico con vistas a elaborar una teoría sobre las relaciones entre Estado y derecho en las sociedades capitalistas³¹.

Esas vertientes doctrinarias iniciales del pluralismo jurídico encuentran hoy nuevas expresiones. Una de ellas es la obra de Antônio Wolkmer, que atribuye juridicidad a decisiones, declaraciones y manifestaciones tendientes a transformarse en normas auténticamente jurídicas en el seno de organizaciones que luchan por los derechos de los sectores más necesitados de la sociedad. Esta forma de pluralismo trata de una producción normativa organizada, institucionalizada por haber adquirido cierta estabilidad, pero al margen del derecho oficial o en contra de él³².

²⁸ CARBONNIER, Jean, *Sociologia Jurídica*, Coimbra, Almedina, 1969, ps. 220 y ss.

²⁹ ROMANO, Santi, *Princípios de Direito Constitucional Geral* (trad. de María Helena Diniz), San Pablo, RT, 1977, ps. 92-93; también REALE, *Teoria do Direito e do Estado* cit., p. 272. Sobre DUGUIT, ps. 257 y ss.

³⁰ ROSA, Felipe A. de Miranda, *Sociologia do Direito*, 5ª ed., Río de Janeiro, Zahar, 1977.

³¹ SANTOS, Boaventura de Sousa, *Notas sobre a História jurídico-social de Passárgada*, en SOUTO y FALCÃO, *Sociologia e Direito* cit., ps. 109 y ss. También *O Discurso do Poder* cit.

³² WOLKMER, Antônio Carlos, *Pluralismo Jurídico*, São Paulo: Alfa-Omega, 1994, p. 323.

Esa noción de estructura original característica de las sociedades oprimidas, o de grupos oprimidos en la sociedad, puede contener su *derecho del oprimido*, que se asemeja a la producción normativa plural descrita por Souza Santos. Se trata de una juridicidad alternativa, que nuclea el derecho plural expuesto por Wolkmer. Este autor define un pluralismo de tenor progresista, que llama *comunitario participativo*. Salvadas las peculiaridades de cada posición doctrinaria, esta forma de pluralismo es mencionada también por Canotilho, en la línea trazada por Teubner, como un *derecho reflexivo*, fundamentalmente constituido por el conjunto de reglas que definen los esquemas relacionados con grupos y organizaciones de la época actual³³. Señala Canotilho que la existencia de tales normas identifica una nueva constitución, en la que se establecen las condiciones para una autorregulación social operada por los actores neocorporativos³⁴.

Cabe recordar que una forma de pluralismo identificado como el derecho del oprimido tiene sus antecedentes en la obra de Dusse³⁵ y Gutiérrez³⁶, quienes trataron de una teología del oprimido, con referencia al pueblo como sujeto histórico dotado de memoria, identidad y *estructuras* propias.

Este pluralismo infraestatal siempre fue estudiado como una curiosidad filosófica del derecho; como un objeto sociológico cuya comprobación como realidad concreta de las relaciones humanas no llegaría a conmover las estructuras del Estado. Mientras tanto, en función de las transformaciones sociales, políticas y culturales de dimensiones globales a las que asistimos, la tesis pluralista gana nueva fuerza: adquiere una nueva forma que ya no es la tradicional, sino la de un *pluralismo transnacional* de carácter institucional y también virtual, como consecuencia de la transnacionalización de los procesos decisorios y de las

³³ CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* cit., p. 1079.

³⁴ *Ibíd.*

³⁵ DUSSEL, Enrique D., *Filosofia da Libertação na América Latina*, San Pablo, Loyola, 1976. También *Filosofia da Libertação: crítica à ideologia da exclusão*, San Pablo, Paulus, 1995, y *Ética da libertação – na idade da globalização e da exclusão*, Petrópolis, Vozes, 2000.

³⁶ GUTIÉRREZ, Gustavo, *Teologia da Libertação*, Petrópolis, Vozes, 1979.

LUIZ FERNANDO COELHO

nuevas formas jurídicas que se incrementan a medida que los intereses en juego establecen límites a las intervenciones gubernamentales.

Se manifiesta de este modo un auténtico *jus novum* como un derecho emanado de diferentes centros de poder y de decisión, tales como las organizaciones internacionales del tipo de la Unión Europea y del Mercosur, además de las antiguas organizaciones mundiales inspiradas en la Organización de las Naciones Unidas, como la Organización Internacional del Comercio; pero también hay que citar en este campo las organizaciones sociales virtuales, no institucionales, que llegan a convivir con las antiguas organizaciones no gubernamentales (ONG), las empresas transnacionales, las instituciones financieras mundiales, las oficinas multinacionales de auditoría, las asociaciones corporativas y los movimientos representativos de la comunidad internacional.

Además de esas entidades, la teoría jurídica y política debe considerar la existencia de organizaciones marginales dedicadas al narcotráfico, a la explotación de la prostitución, al comercio de niños y a la más diversas formas de actividad ilícita, organizaciones que crean su propia regulación normativa. Son las célebres *mafias*, que generan negocios del orden de los billones de dólares e instrumentan los sistemas financieros de todo el mundo para reciclar y lavar fabulosas cantidades de dinero obtenido en actividades ilegales.

En sus diversas formas y modalidades, el comportamiento corrupto de las mafias trasciende las fronteras de los Estados nacionales, mina y desvirtúa las instituciones, provoca el descrédito de las agencias específicas de gobierno y produce efectos deletéreos en el desarrollo económico, con pérdida de eficiencia y desperdicio de recursos; además, repercute políticamente cuando anula los esfuerzos públicos y privados para mejorar la sociedad al favorecer la inestabilidad política, la desconfianza y la desilusión del pueblo, la frustración y el drenaje de energía de los funcionarios públicos y de los trabajadores privados, el refuerzo del cinismo, la certeza de la impunidad, el despreimiento de toda la sociedad en la eficiencia de sus instituciones. En suma, genera males públicos transnacionales que no se limitan a la acción de las organizaciones criminales, sino implican burocracias gubernamentales, empresarios del fraude y delincuentes de cuello blanco. Uno de los aspectos negativos más peligrosos de ese fenómeno es la ocu-

pación de las instancias de solución de conflictos por organizaciones marginales, en los espacios ocupados por el crimen organizado, por el narcotráfico y por organizaciones fundamentalistas de carácter religioso o político.

Ese derecho marginal se desarrolla contra el Estado, pero trata de cooptarlo mediante la imposición de la ley del más fuerte o bien por la corrupción; su influencia se hace más evidente a medida que el derecho oficial y la autoridad estatal dejan de cumplir los objetivos que figuran en sus constituciones y en sus leyes.

La sociedad compleja plural demuestra, por lo tanto, la pulverización de los centros de poder y de decisión, tanto en el plano interno de las naciones como en el externo.

El proceso comienza por minimizar la soberanía: en lo interno, como poder de hacer las leyes; en lo externo, como autonomía dentro del concierto de las naciones, y culmina con la transformación de ese concepto como unidad óptica que consolida la organización social característica del mundo actual. Se destruye la relación ontológica entre Estado y derecho, efecto que no se limita a la volatilización de la soberanía: revela además el surgimiento de nuevos centros de poder y de decisión que no son absorbidos por el derecho positivo; por el contrario, este derecho tiende a ser absorbido por la normatividad que emana de aquellos centros. Con esto, en las relaciones entre el derecho y el Estado, no se trata de que el Estado se deja reemplazar por otros centros de normatividad social: se trata de que la coercitividad misma, como categoría fundamental del derecho, pierde su alcance ontológico.

Finalmente, la relación lógica entre el Estado y el derecho, así como entre los términos de las proposiciones normativas del derecho, pasa a tener una configuración puramente instrumental, que vincula los medios con los fines, pero no la racionalidad analítica que imputa los consecuentes a los antecedentes y refuerza el concepto piramidal del orden jurídico y social.

En el plano externo, el pluralismo transnacional articulado con las nuevas formas de juridicidad y con la misma juridización del espacio cibernético, interfiere en el modo de comprender la sistematicidad del derecho. Éste deja de identificarse en el orden jurídico tradicional, de carácter racional, en el que las normas se apoyan unas en otras y traen

LUIZ FERNANDO COELHO

implícita su validez en virtud de ese encadenamiento analítico, para ceder lugar a la nueva concepción de un orden jurídico global donde ese encadenamiento no sucede entre las normas, sino entre los millares de microsistemas normativos que corresponden a las intersubjetividades de conductas en el interior de los grupos microsociales. El orden jurídico se trivializa, se pulveriza y se diluye.

Este efecto se transforma, a su vez, en un nuevo instrumento para mantener y reproducir los órdenes sociales injustos: si es preciso dividir para vencer, la pulverización de los sistemas jurídicos facilita el dominio, no ya de unos Estados sobre otros, de unos pueblos sobre otros pueblos, sino de empresas sobre pueblos y naciones, de algunos sobre todos. Por otra parte, ese proceso refleja una tendencia fuertemente intervencionista que prescinde de cualquier criterio de intervención política que no corresponda a los intereses de las naciones ricas; una política legitimada por la creencia de que la supremacía de esas naciones en el contexto internacional es una hegemonía benevolente. Se trata de adoctrinar a los demás países acerca de la validez universal de los principios, prácticas e instituciones del mundo plenamente desarrollado, ahora dirigido por la nación norteamericana³⁷.

5. Autopoiesis de la sociedad compleja

Si examinamos la evolución del concepto de sistema jurídico, verificaremos que, a lo largo de la historia, puede entenderse en tres planos de comprensión: primero como sistema filosófico, que comprende las grandes reconstrucciones conceptuales del universo, peculiar de la filosofía clásica del Iluminismo, ya que el sistema jurídico se edificaba sobre los principios filosóficos y era parte integrante del sistema filosófico mayor. La segunda es la idea racionalista de sistema que, a partir de la segunda mitad del siglo XIX, condujo al formalismo y a la progresiva matematización del conocimiento; después de un período de decadencia, resurgió con el neopositivismo.

Esa tendencia formalista encontró una primera expresión, todavía

³⁷ HUNTINGTON, Samuel, *A superpotência solitaria*, en *Política Externa*, vol. 8, Nº 4, marzo/mayo 2000, San Pablo, Paz y Tierra, 2000, ps. 12 y ss.

en el contexto de la Ilustración, en la idea de Leibniz acerca de una *mathesis universalis*. Llevado a sus últimas consecuencias, coincidió con las corrientes dogmáticas de la interpretación jurídica, con la primacía de los valores de seguridad y certeza³⁸ y con el predominio de la epistemología y de la lógica sobre el problema ontológico del derecho. El extraordinario desarrollo de la lógica jurídica proposicional a partir de la década de 1950 se inserta en este marco, en el que cabe citar la obra ejemplar de los juristas de la escuela analítica de Buenos Aires.

La tercera vía para comprender la idea de sistema en el derecho busca superar la cosmovisión atomista y mecanicista del paradigma dominante del saber jurídico tradicional, impregnado de racionalidad analítica, y absorber las aproximaciones estructuralistas y holísticas del fenómeno jurídico como objeto de conocimiento, que vislumbramos en las doctrinas historicistas, organicistas, sociológicas y dialécticas. Esa orientación puede detectarse en las teorías contemporáneas que consideran los aspectos cibernéticos del derecho como instrumento de control, o su inserción dentro de una teoría general de los sistemas autorreferentes, y también en la actual orientación crítica, que vincula el derecho con el conjunto dialéctico de los demás aspectos de la vida social. En este caso, el derecho se aprecia como un subsistema, yuxtapuesto o identificado con los subsistemas político, económico, cultural, social, etcétera, que son mantenidos y reproducidos por el sistema jurídico, en tanto éste influye en los demás y los torna legítimos frente al sentido común³⁹.

Hacia esta última orientación se dirige el actual pensamiento sociológico acerca del derecho, que induce un nuevo y profundo exa-

³⁸ Sobre verdad y certeza en el derecho, ver CARNELUTTI, Francesco, *Verdade, dúvida e certeza* (trad. de Eduardo Cambi), en *Genesis – Revista de Direito Processual Civil*, Nº 9, Curitiba, julio/septiembre 1998, ps. 447-662. También *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, en *Rivista de Diritto Processuale*, vol. 10, Padua, Cedam, 1965, y ARENHART, Sérgio Cruz, *A verdade substancial*, en *Genesis – Revista de Direito Processual Civil*, Nº 3, septiembre/diciembre, Curitiba, 1996.

³⁹ GRZEGORCZYK, Christophe, *Évaluation critique du paradigme systémique dans la science du droit*, en *Archives de Philosophie du Droit*, t. 31, Paris, Sirey, 1986, ps. 281 y ss.

LUIZ FERNANDO COELHO

men del concepto de sistema en el derecho y profundiza el análisis de los fundamentos de su organicidad.

Dentro de ese enfoque, la teoría de la autopoiesis de los sistemas sociales provee importantes elementos para aquel nuevo examen⁴⁰.

El concepto de *autopoiesis* fue introducido por los biólogos Maturana y Varela para caracterizar los seres vivos como sistemas que se reproducen en virtud de sus propias potencialidades naturales⁴¹. Al aplicarse a las ciencias sociales, pasó a considerarse un sistema como autopoietico cuando alcanza cierto grado de autonomía ante los demás sistemas componentes del mismo espacio social, entendida tal autonomía como capacidad de reproducción, por analogía con lo que sucede en la autopoiesis de los seres vivos.

Luhmann interpretó esa noción como un principio vital aplicable a todos y a cada uno de los sistemas, un modelo explicativo del funcionamiento de los sistemas biológicos, psíquicos y sociales⁴² y, por extensión, al sistema jurídico de una sociedad. Teubner sigue esta línea de pensamiento⁴³.

La noción de sistema presupone su oposición a un entorno; como éste puede contener varios sistemas, la autopoiesis da por supuesto que cada uno de ellos tiene autonomía y clausura, esto es, que se basta a sí mismo y que sus elementos componentes están integrados entre sí. Las unidades componentes del sistema, estructuradas de forma bastante variable, son el elemento que muestra una diferenciación capaz de distinguir el sistema respecto de su entorno.

No se trata de que tales unidades sean partes de una totalidad. La diferenciación del sistema no significa que el todo se descomponga en partes: lo que sucede es que cada sistema parcial reconstruye el sistema omnicompreensivo al cual pertenece y de cuya autopoiesis par-

⁴⁰ LOSANO, Mario G., *I modelli sistemici dalle scienze biologiche alle teorie di Luhmann*, Milán, CUESP, 1999.

⁴¹ MATURANA, Humberto, y VARELA, Francisco, *De Máquinas y Seres Vivos*, Santiago, Universitaria, 1973.

⁴² LUHMANN, Niklas, *Soziale System. Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt a. M., Surkamp, 1985.

⁴³ TEUBNER, Günther, *O Direito como sistema autopoietico* (trad. de José Engracia Antunes), Lisboa, Fundação Calouste-Gulbenkian, 1989.

ticipa, en tanto esa diferencia es específica del sistema parcial. En el contexto de aquella diferenciación, cada transformación tiene también por efecto transformar el entorno de los demás sistemas parciales; hay por lo tanto una interdependencia entre los sistemas que tiene como resultado final la formación de sistemas parciales como sistemas autopoieticos operativamente cerrados, y, así, un sistema en cuyo seno se forman otros sistemas se reconstruye por medio de una distinción ulterior entre sistema y entorno; todo el sistema que se forma dentro de otro sistema, que a su vez se transforma en entorno, reproduce el sistema-entorno, lo que implica una dialéctica en la que el todo se identifica con la parte.

Mientras tanto, la sociedad, por incluir todas las manifestaciones de lo social, es un sistema sin entorno, que se caracteriza por otro factor que le es inherente: la *comunicación*.

Como las posibilidades de los sistemas parciales están condicionadas a los límites externos del sistema de la sociedad y al ambiente interno así delimitado de ese sistema, se produce una reducción del grado de libertad de los sistemas parciales, lo que caracteriza la integración de los sistemas.

Si el sistema total determina de qué manera están ordenados los sistemas parciales, sus respectivas relaciones se revisten con formas desarrolladas a lo largo de la historia. Entre ellas sobresale la diferenciación funcional, referida a la función que el sistema diferenciado desempeña en relación con el sistema completo: esa forma de diferenciación implica que, para el sistema considerado, una determinada función tiene prioridad sobre las demás. Y así, por ejemplo, puede considerarse que la toma del poder político por un grupo hegemónico en una sociedad dada es una función que prevalece sobre las demás funciones sociales, y el desarrollo económico de la sociedad, aunque en el plano ético pueda ser más importante, pasa a relativizarse en la medida en que se la considere tan sólo una condición para el éxito de la función política.

Al confrontar ese cuadro con el análisis microfísico de la sociedad, obtenemos una explicación sociológica y funcional de la permanencia de la pobreza, a pesar del éxito del capitalismo.

Desde el punto de vista de su manera de diferenciarse, se comprende

LUIZ FERNANDO COELHO

la sociedad moderna como una sociedad funcionalmente diferenciada. En los sistemas funcionales, la autopoiesis se estructura según reglas decisorias que fijan las condiciones en las cuales deben asociarse los valores en oposición. Tales reglas configuran un programa y la oposición entre valores caracteriza un código binario: la autopoiesis de esos sistemas funcionales se estructura según la distinción entre código binario y programa.

Aquel mecanismo de interacción-identificación-reproducción configura, en verdad, un proceso dialéctico. Cada sistema social se mantiene por medio de la manipulación, por parte de los operadores del sistema, de un código binario propio. Éste es el filtro de mantenimiento del sistema, formado por la tesis y la antítesis del hecho social que importa al sistema. Todas las informaciones captadas en el entorno son sometidas al código para verificar su importancia o su indiferencia para el sistema, y serán recibidas según los factores operativos del mismo sistema receptor. Para Luhmann, cada sistema tiene una función específica, la solución de determinado problema del entorno o medio ambiente. Así, por ejemplo, el sistema político debe resolver problemas políticos; el jurídico, problemas jurídicos; el social, problemas sociales, y así sucesivamente. Si determinado sistema encara la solución de problemas extraños a su función, por ejemplo, si el sistema político, destinado a gobernar el entorno, intenta resolver los problemas sociales, si el sistema económico destinado a la producción, a la circulación y al consumo, trata de resolver problemas políticos, la sociedad estará sufriendo un desvío pernicioso para la clausura y la autopoiesis⁴⁴ e igualmente pernicioso para el mantenimiento y la reproducción de los sistemas en general, especialmente de los sistemas constituidos por grupos microsociales hegemónicos.

La sociedad es así apreciada por Luhmann como un entorno compuesto por varios sistemas sociales, en el que cada uno interactúa con

⁴⁴ LUHMANN, Niklas, *Ilustración sociológica y otros ensayos* (versión castellana de H. A. Murena), Buenos Aires, Editorial Sur, 1973. También *La differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*, Milán, Società Editrice Il Mulino; *Sociologia do Direito 1*, Río de Janeiro, Biblioteca Tempo Universitario; *Sociologia do Direito 2* (trad. de Ricardo Bayer), Río de Janeiro, Edições Tempo Brasileiro, 1985.

su medio ambiente, la sociedad, pero se mantiene por medio de un código binario, de modo que el sistema sea cognitivamente abierto y operativamente cerrado⁴⁵.

La autopoiesis, por lo tanto, es una condición para la autonomía absoluta: el sistema autopoietico es aquel que define sus propios límites en relación al entorno en el que funciona, desarrolla su propio código operativo, implementa sus propios programas, reproduce sus propios elementos en un circuito cerrado y obedece sus propias leyes de desarrollo. Cuando un sistema adquiere tal grado de autonomía, ya no puede ser controlado por fuerzas extrañas a él.

El sistema se caracteriza por la autopoiesis como un ideal a alcanzar y, en este sentido, ésta es apreciada como característica de las sociedades contemporáneas, que asisten al desarrollo de la economía, del derecho y de la política como sistemas dirigidos a la solución de los problemas previamente definidos en sus propios términos, en tanto los cuestionamientos que provienen de otros ambientes distintos del propio son despreciados como irrelevantes o son manipulados para evitar cualquier perturbación: en suma, el énfasis en la autonomía operativa excluye la interdependencia entre los diversos subsistemas sociales⁴⁶.

El sistema jurídico es uno de esos subsistemas y, como los demás integrados al mismo entorno, interactúa con ellos y, al mismo tiempo, se identifica con el entorno y lo reproduce.

El principio de autopoiesis del sistema jurídico asume la tesis de que el derecho sólo existe como sistema comunicacional. Entiende que el orden jurídico contiene una dinámica propia que le permite autosustentarse y autodesarrollarse, con prescindencia de los demás sistemas de control social; en otras palabras, como define Teubner, el derecho constituye un sistema autopoietico de segundo grado que se autonomiza frente a la sociedad, en tanto la sociedad es un sistema autopoietico de primer grado, dada su autorreferencia⁴⁷.

⁴⁵ LUHMANN, Niklas, *Teoría de la Sociedad* (trad. de Miguel Romero Peres y Carlos Villa Lobos), Guadalajara, Universidad de Guadalajara, Universidad Iberoamericana e Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Occidente, 1993, ps. 279-286.

⁴⁶ JESSOP, Bob, *State Theory*, University Park, State University Press, 1990, p. 320.

⁴⁷ TEUBNER, Günther, *Recht als autopoietisches System*, 1989. Ver también LUHMANN, Niklas, *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt a.

LUIZ FERNANDO COELHO

El código binario específico del derecho se identifica con la oposición entre lo *legal* y lo *ilegal*. Si ésta es la dialéctica de lo lícito/ilícito, todas las informaciones que el derecho capta en su entorno son sometidas a ese código, para valorarlas según su importancia o su indiferencia para el sistema. En estas condiciones, serán recibidas según el factor operativo del propio sistema receptor.

Esa evocación tardía del platonismo político legitima la postura jurídico-dogmática que, por ejemplo, atribuye al magistrado la función de juzgar dentro del ordenamiento jurídico y de acuerdo con él, ya que le compete aplicar las leyes y no resolver problemas económicos, políticos o sociales. El juez debe atenerse a lo jurídico, en virtud de la misma lógica del sistema en el que se halla inserto y de las exigencias provenientes de su entorno, que es la sociedad como un todo.

La tesis de la autopoiesis constituye un nuevo fundamento para resolver la cuestión de la legitimidad del derecho como sistema, en la medida en que la autopoiesis, que ostenta la característica de inexorabilidad derivada de la naturaleza misma de la sociedad, trae aparejada la tesis de la autolegitimidad del orden jurídico, tesis que se reproduce en la teoría de Luhmann y de Teubner e implica la convicción de que el sistema jurídico se mantiene y se renueva en virtud de sus propias fuerzas intrínsecas.

Aquí es donde la teoría de la autopoiesis del derecho revela su carácter ideológico dirigido a legitimar cualquier sistema jurídico, por repugnante que sea. Considerar el derecho en calidad de sistema autopoietico, como si eso fuera el resultado de su propia evolución en el sentido del perfeccionamiento progresivo, implica transformarlo en algo legítimo por sí mismo. Y la legitimidad del sistema jurídico es condición de su aceptación por los miembros de la sociedad donde rige.

De este modo, si, en virtud de la racionalidad intrínseca del sistema

M., Surkamp, 1984; LUHMANN, Niklas, *Sociología del riesgo* (trad. de Javier Torres Nafarrate), Universidad Iberoamericana y Universidad de Guadalajara, México, 1992; ARGÜELLO, Katie, *Niklas Luhmann e o Direito: elementos para uma crítica à teoria sistémica*, en *Revista de Direito Alternativo*, Nº 3, Académica, 1994, ps. 157 y ss.; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, *Jurisdição, psicanálise e o mundo neoliberal*, en *Direito e Neoliberalismo, elementos para uma leitura interdisciplinar*, Curitiba, EdIBEJ, 1996, ps. 51 y ss.

jurídico en la concepción analítica, se prescinde de una legitimidad metajurídica, ese carácter de autolegitimidad encuentra nuevos fundamentos, de los cuales el más expresivo es justamente la idea luhmanniana de un sistema autorreferente y autosuficiente en su potencialidad intrínseca de mantenerse y renovarse.

Nada más equivocado que esa versión sofisticada de las teorías funcionalistas que comparan la sociedad a un *feed back*, una máquina cibernética que se retroalimenta una vez alcanzado un punto de saturación. Freud ya se había referido a ese proceso de compensación que permite satisfacer determinadas ansias sociales y, así, evitar que las tensiones exploten en perjuicio del mantenimiento del orden y del equilibrio de la sociedad⁴⁸. Y transferir al sistema jurídico ese principio, que tiene algún sentido cuando se trata de la sociedad como un todo, parece una tentativa de aislar lo jurídico de su contexto macrosocial.

No hay, en realidad, un sistema autopoietico de derecho que pueda aplicarse a cualquier conjunto normativo, juridizado o no. El esquema de la autopoiesis no es más que una abstracción que permite comprender mejor la sociedad y el modo como sus unidades se articulan, se defienden, se mantienen y se reproducen. Lo que se reproduce no es el derecho como sistema, ya sea analítico o funcional. Lo que se mantiene y reproduce es la sociedad, como microfísica de poder, estructura y dominio.

Paradójicamente, la doctrina jurídica tiende a reducir toda la complejidad de lo social y del fenómeno jurídico, que escapa al paradigma funcionalista-sistémico, a la simple antinomia de conceptos, categorías y valores opuestos, tales como público y privado, actor y demandado, individuo y sociedad, capital y trabajo, derecho subjetivo y obligación, etcétera, oposiciones que acaban por reducirse al *código binario* del sistema jurídico, legalidad/ilegalidad, que no corresponde a lo que sucede en la vida social. Tales oposiciones no son consecuencia de una autopoiesis específica, sino de una imposición dogmática.

Por lo tanto, la teoría de la autopoiesis del sistema jurídico funciona

⁴⁸ FREUD, Sigmund, *O Mal-estar na Civilização* (trad. de Jayme Salomao), en *Obras Completas*, vol. XXI, Río de Janeiro, Imago, 1980. También *O Futuro de uma Ilusão* (trad. de José Octavio de Aguiar Abreu), en *Obras completas*, vol. XXI, Río de Janeiro, Imago, 1974.

LUIZ FERNANDO COELHO

dentro de la doctrina de manera análoga a la teoría pura del derecho, ya que ambas establecen criterios para que el derecho positivo sea considerado legítimo independientemente de criterios metajurídicos. Y así el derecho nazi, el derecho de los estados autoritarios, los despotismos, las dictaduras serán igualmente legítimos porque se apoyan en su norma fundamental y se hallan dotados de las características que, en función autopoietica, facilitan su reproducción.

6. El orden jurídico circular y la Constitución horizontal

Al articularse la tesis pluralista con la de la autopoiesis, se define finalmente la sociedad como constituida por una compleja red de relaciones, donde cada unidad corresponde a un grupo microsocioal y un mismo individuo puede pertenecer, al mismo tiempo, a diferentes grupos. Esa pertenencia a varios grupos es uno de los factores de articulación de los microsistemas involucrados en el proceso de reproducir en su interior los grupos con los que se relacionan y, al mismo tiempo, reproducir el medio ambiente constituido por la sociedad.

La sociedad, por consiguiente, no está escalonada de manera vertical y jerárquica, sino *horizontalmente* articulada, estructura ésta que se proyecta a los ordenamientos jurídicos plurales y al macroordenamiento formado por el derecho positivo. Este último puede pensarse como el conjunto de las leyes emanadas del Estado, cuya validez material y cuya eficacia, sin embargo, dependen del alcance de esas leyes, de la medida en la que ellas penetran los grupos.

De este modo, no hay un orden jurídico único, estatal, racional y legítimo, sino diversos microórdenes normativos a disposición de los respectivos miembros de cada grupo. Como cada microsistema está compuesto por individuos con características propias, la mayor parte de las veces distintas de las características de los individuos de otros microsistemas, cada uno de ellos, por sí o en conjunto con otros, tiende a imponerse a los demás. Tal es la génesis de los conflictos interindividuales, de clase, religiosos, políticos, etcétera, en una escala avasallante que conduce a los grandes conflictos identificados como revoluciones político-jurídicas o guerras. En el interior de las sociedades más o menos definidas, el choque se produce entre los microsistemas

cuando cada uno busca imponer sus propios intereses sociales, valiéndose de su propio derecho interno y, en la medida de lo posible, del derecho positivo. Éste es el medio por el que cada grupo usa su propio poder para cooptar la autoridad, adaptar la hermenéutica del derecho y poner el orden jurídico a su servicio.

En función de los factores que determinan el pluralismo y la autopoiesis de los sistemas sociales, en los niveles micro y macro, queda comprometida la idea, firmemente arraigada en el pensamiento positivista, de que el derecho es esencialmente el derecho del Estado nacional, que se identifica con el derecho positivo. La ciencia política ya no tiene cómo sustentar la unidad conceptual del Estado a partir de su inseparabilidad de la idea de nación, y la ciencia del derecho ya no puede tratar su objeto como garantía de la unidad social, en cuanto sociedad, y de unidad política en cuanto Estado. En otras palabras, cuando la sociedad se fragmenta, el derecho también se fragmenta.

De lo señalado en los apartados anteriores se desprende que la positividad proviene del hecho de que las normas sociales a las que se atribuye esa característica son las que efectivamente prevalecen sobre todas las otras normas sociales, incluso las vigentes en el interior de los grupos microsociales. En virtud del predominio político de una clase o grupo social hegemónico, se revisten de positividad las normas que esa clase o ese grupo elaboran para imponerlas a los demás, aparte de aquellas vigentes antes de ese predominio político, pero que son cooptadas por el nuevo poder dominante.

Éste es el sentido en el que puede entenderse la afirmación de Del Vecchio, cuando dice que todo pueblo tiene necesariamente un derecho positivo propio que corresponde a la voluntad que en él predomina. El mismo autor comprueba que una norma se vuelve positiva cuando aparece una voluntad social preponderante, dotada de fuerza histórica suficiente para afirmarla e imponerla de modo tal que logre ser observada⁴⁹.

Puede afirmarse, por lo tanto, la coexistencia de un derecho positivo

⁴⁹ DEL VECCHIO, Giorgio, *Lições de Filosofia do Direito* (trad. de L. Cabral de Moncada), 3ª ed., Coimbra, Arménio Amado, 1959, ps. 141-142.

LUIZ FERNANDO COELHO

con los derechos *no positivos*. Éstos comprenden las normas que pueden reunir todos los caracteres que definen la juridicidad pero no cuentan con el poder político de un grupo social o de una articulación de grupos que, formando partidos políticos, organizaciones no gubernamentales o grupos de presión, las impongan.

La positividad no se confunde, pues, con la juridicidad. Aquella está relacionada con las circunstancias históricas de predominio de un derecho en un espacio y en un tiempo determinados; la segunda, con la vigencia, la validez material y la eficacia de las normas sociales emanadas de alguna autoridad legítima en el seno de un grupo microsocial, dentro de una sociedad plural y autopoietica.

Los microsistemas se reproducen por sus propias fuerzas y de acuerdo con sus condiciones ideológicamente preestablecidas en el sentido de su mantenimiento-reproducción. En consecuencia, las manifestaciones históricas de la juridicidad, sea como derecho positivo, sea como conjunto de ordenamientos plurales, también se reproducen en la medida en la que se infiltran en los microsistemas sociales y son manipuladas por ellos en el mismo sentido de mantenimiento-reproducción. Puede afirmarse, entonces, que el derecho no existe sin los microsistemas.

Mientras tanto, cada microsistema produce su propio orden jurídico, que tiende a positivarse como ideal a alcanzar, en la medida en que el derecho positivo, históricamente, es el sistema que alcanzó mayor grado de perfeccionamiento lógico y técnico y, por eso, tiende a cooptar a los demás. Las normas positivas que tienen origen en los grupos microsociales reflejan los intereses y la voluntad de esos grupos en el orden jurídico.

Los conflictos entre los diversos microsistemas están en la base de cuestiones que deben ser resueltas por la teoría del derecho y por el derecho positivo. Nótese que el constitucionalismo, como teoría del derecho constitucional, se dirige a la solución de conflictos intergrupales, que pueden agruparse en tres categorías de problemas.

El primer problema proviene del hecho de que, en virtud del alto grado de diferenciación estructural y funcional de las sociedades contemporáneas, cada subsistema social tendería a respetar, básicamente, las reglas forjadas en su interior y a despreciar las normas jurídicas

emanadas del poder central del Estado. Hay así una contradicción estructural entre el derecho interno de cada grupo y el derecho positivo, ya que cada microsistema se consideraría independiente y autosuficiente para gobernarse por sí mismo, ignorando el orden estatal. Cuanto más complejos son los sistemas sociales, menor sería la autoridad institucional del Estado en términos de control directo de las innumerables interacciones entre individuos, grupos, clases y colectividades.

El segundo problema nace del hecho de que, en virtud de su dimensión teleológica y de su tendencia a la especialización según los criterios de la división del derecho en ramas –derecho público, privado, constitucional, administrativo, laboral, procesal, etcétera– el derecho positivo tiende a tratar las relaciones sociales básicas como categorías excesivamente particularizadas, destruyendo su autenticidad y minando su identidad. Este derecho, que tiene por objetivo la aplicación de la Justicia, sin desigualdad ni divisibilidad, perdería así su esencia. Se trata de una contradicción de naturaleza a la vez ontológica, cuando se aparta la justicia del concepto de derecho, y axiológica, cuando ese aislamiento de la justicia repercute en la adopción de otros valores, que se consideran igualmente justos como especificaciones históricas de la justicia como categoría general.

Por fin, el tercer problema surge del hecho de que, por causa de la gran movilidad social y de los profundos cambios ocurridos en los sistemas político-administrativo y socioeconómico, un derecho positivo de carácter cada vez más técnico y finalista acabaría siempre por enfrentar problemas de racionalidad sistémica. Cuanto más multiplicara ese derecho positivo sus normas y leyes específicas para intervenir “técnicamente” en la dinámica de una sociedad heterogénea y compleja, menores serían su coherencia interna y su organicidad, lo que revelaría, con el tiempo, una progresiva incapacidad para dar cuenta de las tensiones y de los conflictos a partir de un conjunto mínimamente articulado de premisas decisorias.

La falencia de los órganos encargados de administrar y distribuir la justicia, reunidos en el Poder Judicial, y la consecuente multiplicación de instancias alternativas para la solución de conflictos, demuestran ampliamente lo dicho.

La temática del poder político es revisada así totalmente, a la vez

LUIZ FERNANDO COELHO

que queda extremadamente debilitada la idea tradicional de su identificación exclusivamente en términos de legislación, de Constitución, de Estado o de aparato estatal. Ese poder es más complejo y extenso que un conjunto de leyes o una organización estatal, pues no es posible ya considerar al Estado como el aparato central y exclusivo del poder: ha de tenerse en cuenta la presencia creciente de innumerables poderes locales y específicos que se destinan a un área de actuación determinada. En verdad se desarrollan, en función de la complejidad plural y autopoietica de la sociedad, otras formas de ejercicio del poder, que no corresponden al Estado pero están íntimamente ligadas a él para permitir su mejor funcionamiento. Así sucede porque los microsistemas que no hayan surgido como resultado de una acción directa del Estado, ni se muestren como continuidades de su poder, funcionan en diferentes niveles de la sociedad y pueden no estar integrados al Estado.

Es función de estos poderes complementar al Estado como instrumento específico de su sistema de poderes, ya que ni siquiera con la extinción de tal sistema se lograría hacer desaparecer los innumerables sistemas que en su torno gravitan.

Este tema es abordado por Foucault en una perspectiva que invierte la lectura de la génesis del poder, sin partir del centro hacia la periferia, de arriba hacia abajo, sino de lo micro a lo macro, rechazando la idea de que todo poder esté siempre vinculado con el Estado. Además de esa inversión, vislumbra el autor la perspectiva holística y microfísica del poder político, ya que se lo ejerce por medio de las instancias de juridicidad y articula con otras cuestiones relativas a la medicina social, al hospital, a la prisión y a la sexualidad, entre otras. Para ese autor, *“la verdad no existe fuera del poder o sin el poder [...] la verdad es de este mundo; es producida en él gracias a múltiples coerciones y produce en él efectos reglamentados de poder”*⁵⁰.

Debe descartarse la idea de que los microsistemas sociales sean extensiones de poder estrechamente ligadas al Estado, órgano central y único con plenos poderes para distribuir parcelas de poder en escala descendente. Lo que sucede es una catalización, que no llega a ser

⁵⁰ FOUCAULT, Michel, *Microfísica do Poder* (trad. de Roberto Machado), Río de Janeiro, Graal, 1979.

una centralización, de poderes microsociales que no parten del Estado, sino de otros sectores de la vida social que poseen existencia propia. El Estado ya no es el punto de partida como origen de todo poder, porque las relaciones del poder pueden surgir también fuera de él y, a pesar de ser autónomas, acaban por ser formas más generales de dominio que se sitúan dentro del Estado y tratan de cooptarlo por todos los medios posibles, incluso el de la violencia, lo que explica la realidad de las guerras y las revoluciones.

A partir de estas consideraciones, podemos mostrar la estructura del poder, que es la primera característica del Estado cuando se abandonan los modelos centralizadores. Volviendo a Foucault, el poder no debe pensarse como fundamentalmente emanado de organismos –Estado, escuela, prisión, hospital, asilo, familia, fábrica, barrio obrero– que se apoyan unos en otros, formando un sistema que se revela en el sistema del derecho positivo. En el análisis del poder debe tenerse siempre en mente el reconocimiento de una correlación plural de fuerzas constitutivas de las relaciones de dominio, relaciones que atraviesan todo el cuerpo social.

El derecho, fenómeno social, se ejerce en los espacios del cuerpo social como arte o técnica de limitación de los comportamientos de los individuos, lo que exige una vigilancia perpetua, atenta y eficaz. Se hace presente para dirimir los conflictos generados en virtud de las diferentes formas de constitución de los microsistemas que, aun divididos, integran el todo: el macrosistema. Su campo de eficacia no se limita a las formas legítimamente constituidas de sujeción política o económica: alcanza también a modos de actuar, destinados a operar sobre las posibilidades de acción de las otras personas.

De esa forma, se hace necesario imponer una nueva interpretación para demostrar el movimiento de las luchas que buscan la producción de la verdad y del poder, así como analizar las alteraciones que forman parte de los sistemas y las normas de producción de conocimientos que dan sentido y fundamento a los sistemas de poder.

De acuerdo con lo dicho, existen grupos jurídicamente reconocidos, grupos jurídicamente indiferentes y grupos marginados.

En lo que atañe a los grupos jurídicamente reconocidos, la Constitución establece las bases del tratamiento normativo vinculado con

LUIZ FERNANDO COELHO

ellos. Los jurídicamente indiferentes y los que transcurren al margen de la ley tienden a buscar protección y a cooptar a los agentes de la aplicación de la ley para ponerlos a su servicio, por medio de la corrupción o de la manipulación del orden jurídico.

Éste es uno de los aspectos poco estudiados del ejercicio profesional de la abogacía: el empeño en encontrar resquicios en las leyes para infringirlas con mayor seguridad. La situación es tan grave que ya se comprobó la existencia de organizaciones criminales que costean a algunas personas cursos básicos de derecho o preparatorios para la carrera jurídica. El objetivo de esa acción es facilitar la futura manipulación del orden jurídico en su favor: a favor del crimen.

El poder político, entendido en sentido amplísimo como fuerza al servicio de una idea, en un Estado de derecho extrae del derecho positivo la legitimidad de su acción. Por otro lado, el poder político se halla legitimado para alterar el mismo derecho, al entenderse que es legítima una alteración producida por el poder que actúa de acuerdo con el derecho.

Esto corresponde a la propia esencia de la dinámica del Estado y se articula con el concepto dogmático de legitimidad, cuyo modelo clásico es el de la teoría de la norma fundamental, de Kelsen, apoyada en la presuposición lógico-trascendental de la validez de una primera constitución hipotética. Para ese autor, toda modificación en el interior del ordenamiento debe ser determinada por el propio ordenamiento⁵¹. Una alteración drástica y asumida, que no sea autorreferente, puede entenderse como una *revolución*.

En ese contexto, la Constitución vertical, sea principiológica o dirigente, aparece como un obstáculo permanente que debe ser removido. El éxito de esa remoción, por los medios históricamente empleados, con la legitimación del derecho positivo y de las exigencias de la democracia y del Estado de derecho o sin ella, revela que la Constitución no actúa analíticamente, sino que funciona como un referente para el éxito de los cambios a introducir en la sociedad. Ella es, por lo tanto, horizontal: está situada en el mismo plano de las demás normas producidas en el seno de los grupos microsociales. Es horizontal porque

⁵¹ KELSEN, *Teoria Pura do Direito* cit., p. 35.

el orden jurídico es horizontal. No existe jerarquía analítica entre las leyes: lo que existe es la posibilidad de mayor o menor eficacia, según los intereses de los grupos sociales hegemónicos y en la medida en la que ellos disponen de parcelas considerables de poder, político o microfísico.

El constitucionalismo dogmático, surgido del idealismo ingenuo de la tradición jurídica occidental, siempre enfatizó los aspectos positivos de la Constitución. Aun el dirigismo constitucional presenta la Constitución como directriz, norma que rige para el futuro, aun cuando se trate de un futuro que nunca llega. El Brasil, por ejemplo, cuya Constitución de 1988 se presenta como ejemplo de dirigismo, sigue y seguirá siendo en los próximos cincuenta años el eterno “país del futuro”, según la expresión acuñada por Stefan Zweig.

Sin embargo, cuando se verifica que la Constitución ha servido para eternizar privilegios y mantener situaciones de flagrante injusticia social, el poder político que intente implementar soluciones se ve en situación de impotencia, pues la rigidez constitucional se lo impide en nombre de la protección del derecho adquirido, del acto jurídico perfecto y de la cosa juzgada, elevados a la condición de cláusulas pétreas que no pueden ser objeto ni aun de enmiendas a la Constitución. Sólo podría cambiar la situación una nueva asamblea nacional constituyente, con poderes legitimados en los términos del Estado de derecho para la elaboración de una nueva carta magna, proceso de viabilidad extremadamente dudosa.

La hipertrofia del derecho positivo o del poder político en relación con el otro subsistema genera anomalías en el Estado de derecho que ellos componen. Se trata de la arbitrariedad, cuando el poder es desproporcionadamente más poderoso que el derecho, y de la exacerbación de la burocracia, cuando las organizaciones gubernamentales asumen el papel de fines en sí mismos, olvidando su carácter instrumental para la prestación del servicio público, la pacificación social y la limitación de las iniciativas del poder a fin de resguardar su legitimidad.

La pureza del sistema es una propuesta desacertada. Hay factores externos que influyen en los procesos con los que se transforman el poder político y el derecho positivo. Un poder político en situación

LUIZ FERNANDO COELHO

de hipertrofia respecto del derecho positivo, sin embargo, se vuelve más susceptible a las influencias exteriores al sistema.

Es posible que un grupo que detente el poder político se sienta demasiado fuerte y se valga de medios ilegítimos para manipular el derecho positivo y la Constitución. Medios ilegítimos son aquellos influidos por causas diferentes de las previstas en el ordenamiento, o con finalidades distintas de las que él establece. En ese caso, el poder político trata de alterar el derecho positivo, manteniendo empero la aparente continuidad del orden constituido. Tal alteración puede, incluso, revestirse con un manto de legitimidad, ya que el poder hipertrofiado es también el que declara e interpreta la norma jurídica. Ese fenómeno provoca una verdadera subversión del derecho constituido, capaz de “legitimar” manifestaciones de poder que no serían posibles según el orden jurídico auténtico del Estado.

El constituyente impone limitaciones a los poderes constituidos, explícita o implícitamente. Al excederse esos límites, aun con el pretexto de ejercer un poder aparentemente legítimo, se afrenta al Estado de derecho y a la Constitución.

Las condiciones para transgredir los límites constitucionales aparecen cuando grupos microsociales hegemónicos encuentran en el derecho positivo, y principalmente en la Constitución, obstáculos a sus intereses; trabas de tal magnitud que puedan frenar o amenazar la hegemonía del grupo o aun su continuidad. Así se genera la búsqueda de medios para remover los obstáculos constitucionales, que pueden resumirse en cuatro procesos básicos: la revolución, la hermenéutica constitucional, la cooptación de los órganos jurisdiccionales y la modificación del concepto de constitución.

Con la revolución se produce el cambio brusco y violento del texto constitucional. Ese concepto ya está presente en Kelsen, que se refiere a las alteraciones constitucionales, o a la sustitución de una constitución por otra, en desacuerdo con las previsiones de la Constitución modificada o sustituida. En ese caso, asevera, ocurre una *revolución*, que puede definirse así como toda modificación *ilegítima* de un orden jurídico⁵². En el sentido político y jurídico, Vilanova entiende la revo-

⁵² *Ibídem*.

lución como un proceso de mutación jurídica que no acata las limitaciones de un ordenamiento: por eso se trata de una reasunción de la fuerza, de una discontinuidad constitucional y una continuidad estatal⁵³.

La hermenéutica constitucional trata de adecuar el texto a los intereses prevalecientes por medio de los métodos de interpretación e integración de las leyes sistematizados por la hermenéutica jurídica como teoría de la interpretación, integración y aplicación de las leyes. Cuando esa tarea no logra su objetivo, sea por la incoherencia entre lo que se propone y lo que queda propuesto en el orden analítico, sea por la resistencia de parcelas significativas de la población, cuyos grupos microsociales también ven amenazados sus intereses, aparece el recurso de las enmiendas constitucionales. Éstas, además de su función complementaria y reglamentaria, son instrumentos para la interpretación auténtica de la Constitución.

La cooptación de los órganos jurisdiccionales es el empleo del Poder Judicial que, así, pasa a desempeñar una acción política favorable a tales intereses. Esa acción empieza por legitimar los cambios surgidos de la revolución y continúa con la desnaturalización o el simple apartamiento de los principios constitucionales que garantizaban aquellos derechos, cuyo mantenimiento choca con los intereses de los nuevos dueños del poder.

En Brasil algunas opiniones actualmente en boga pretenden ampliar esa capacidad política del Poder Judicial, instituyendo la avocación y la doctrina judicial vinculante.

Además, se propugna la posibilidad de instituir un órgano externo de control del Poder Judicial, compuesto de personas extrañas a los cuadros de la magistratura, tesis ésta de gran relevancia en el Brasil actual. Si esa medida hace posible vaciar el corporativismo y establecer cierta supervisión de la conducta ética de los magistrados, también podrá ampliar las posibilidades de control político del Poder Judicial por grupos microsociales hegemónicos que se hayan apoderado del poder político, volviéndolo más dócil para la aprobación judicial de las reformas que ellos desean.

⁵³ VILANOVA, Lourival, *Teoria Jurídica da Revolução*, en *Escritos Jurídicos e Filosóficos* cit., p. 269.

LUIZ FERNANDO COELHO

Por la avocación, los tribunales superiores, independientemente de las reglas procesales de competencia, pueden llamar a sí el juicio de cualquier causa que esté tramitando en otras instancias judiciales. Por la doctrina judicial vinculante se entiende que una decisión superior se impone obligatoriamente a situaciones análogas que sean juzgadas en los grados inferiores de la jurisdicción.

Es claro que el acierto de esas medidas dependerá notablemente del prestigio y de la honorabilidad de los tribunales. En los Estados Unidos, la actuación política de la Suprema Corte integra la historia del derecho norteamericano. En parte porque su Constitución, principiología, es bastante amplia en la enunciación de sus principios, lo que permite adaptarlos a las necesidades suscitadas por las transformaciones sociales; pero en parte, también, porque el prestigio de la Suprema Corte, dada la cultura y la honorabilidad de sus jueces, la acredita ante la nación para desempeñar ese papel⁵⁴.

Finalmente, el cambio del concepto de constitución llega montado sobre el cambio del concepto de orden jurídico.

El orden jurídico que corresponde al orden social es un ordenamiento horizontal, circular, en el que las leyes son apenas referentes de la acción política y se articulan de acuerdo con las necesidades derivadas de la acción política de los grupos microsociales hegemónicos. En ese sistema horizontal de leyes, decretos y reglamentos, la Constitución ocupa el lugar central, no encima de las leyes, sino en el mismo plano horizontal, ejerciendo una función de coordinación.

Coherentemente con la verdadera estructura de la sociedad, que es la articulación de grupos microsociales, la Constitución deja de ser analítica, vertical y principiología, y pasa a ser un núcleo de referencia, en el mismo plano de las otras leyes. No se trata de que éstas puedan derogar la Constitución, sino de que, en el mundo de los hechos, la interpretación, la reforma o el apartamiento de la Constitución suceden cuando los grupos microsociales hegemónicos encuentran en ella un obstáculo a sus intereses que no pueda trasponerse por los procedimientos preconizados en el orden jurídico positivo.

⁵⁴ FRIEDMANN, W., *El Derecho en una Sociedad en Transformación* (trad. de Florentino M. Torner), México, Fondo de Cultura Económica, 1966, ps. 41 y ss.

La visión crítica del derecho dirigida al constitucionalismo demuestra, así, que la Constitución horizontal es el concepto que corresponde a la realidad de la vida social. Si entendemos que la práctica es diferente de la teoría, podemos decir que, en teoría, la Constitución sigue siendo vertical y principiología pero, en la práctica, o sea en la realidad de la historia, está en un plano horizontal, como referente para la acción política por medio del derecho. Según la distinción de Stammler entre constitución material y formal, puede decirse que, en las naciones actuales, la Constitución formal es principiología y resguarda, bajo la forma de principios, los derechos y garantías históricamente reconocidos a los ciudadanos. Pero es principiología también para defender los privilegios y los *abusos adquiridos*, cuya titularidad recae sobre individuos y grupos que, a lo largo de la historia, siempre se valieron de las leyes para su propio beneficio, raras veces identificado con el beneficio de la mayoría de los ciudadanos. A su vez, la Constitución material siempre fue y sigue siendo horizontal, en la medida en que puede ser modificada al gusto de las circunstancias históricas, en interés de los grupos microsociales en conflicto y para asegurar la hegemonía de algunos de ellos, aun articulados en el nivel transnacional.

La conciencia del papel real de la Constitución como referente hermenéutico para la eficacia del derecho puede conducir a que ella se transforme en un instrumento para la liberación de las personas y de los pueblos oprimidos.

