

La eficacia simbólica del derecho

Sociología política
del campo jurídico en América Latina

SEGUNDA EDICIÓN

MAURICIO GARCÍA VILLEGAS

IEPRI

DEBATE



Primera edición: abril de 2014
Primera reimpresión en Colombia: abril, 2016

Diseño de carátula: Diego Martínez Celis

© 2014, Mauricio García Villegas
© 2014, Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales
Universidad Nacional de Colombia

© 2016, Penguin Random House Grupo Editorial, S. A. S.
Cra. 5A N.º 34-A-09, Bogotá D.C., Colombia
PBX (57-1) 743 0700
www.megustaleer.com.co

Penguin Random House Grupo Editorial apoya la protección del *copyright*.
El *copyright* estimula la creatividad, defiende la diversidad en el ámbito de las ideas
y el conocimiento, promueve la libre expresión y favorece una cultura viva.
Gracias por comprar una edición autorizada de este libro y por respetar las leyes del
copyright al no reproducir, escanear ni distribuir ninguna parte de esta obra por ningún
medio sin permiso. Al hacerlo está respaldando a los autores y permitiendo que PRHGE
continúe publicando libros para todos los lectores.

Impreso en Colombia-*Printed in Colombia*

ISBN: 978-958-8806-49-5

Impreso en La Imprenta Editores

Penguin
Random House
Grupo Editorial

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS.....	11
PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN	17
PREFACIO A LA SEGUNDA EDICIÓN	27
INTRODUCCIÓN	41

PRIMERA PARTE PRESUPUESTOS TEÓRICOS

1. LENGUAJE, INSTITUCIONES Y REALIDAD SOCIAL.....	59
2. DELIMITACIÓN DEL USO SIMBÓLICO DEL DERECHO.....	89
3. CONTEXTOS SOCIALES Y USOS SIMBÓLICOS DEL DERECHO.....	120

SEGUNDA PARTE CASOS COLOMBIANOS

4. EL ABUSO DEL ESTADO DE SITIO EN COLOMBIA (1970-1991).....	139
5. EL DERECHO DE LA GUERRA CONTRA EL NARCOTRÁFICO (1984-1989).....	149
6. LAS LUCHAS POLÍTICAS A TRAVÉS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA.....	173

TERCERA PARTE
DERECHO Y DEMOCRACIA

7. LA ESPADA DE DOS FILOS: DOMINACIÓN Y EMANCIPACIÓN SOCIAL.....	207
8. TIPOS DE EFICACIA SIMBÓLICA	233

CONCLUSIÓN

EL JUEGO POLÍTICO DEL DERECHO	259
-------------------------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA.....	275
-------------------	-----

*A la memoria de Héctor Abad Gómez
y de Ciro Angarita Barón;
dos soñadores bien despiertos.*

AGRADECIMIENTOS

La publicación de la primera edición de este libro no habría sido posible sin la ayuda de varias personas e instituciones. Durante los primeros años de la investigación recibí el apoyo de la Facultad de Derecho, de su decano William Yarce y del Instituto de Estudios Políticos de la Universidad de Antioquia, en particular de su director William Restrepo, así como de su equipo de colaboradores. En Bogotá obtuve ayuda invaluable de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes y de sus decanos Mauricio Echeverri y José Ignacio Becerra, así como del magistrado Ciro Angarita Barón, con quien tuve el privilegio de trabajar como magistrado auxiliar durante los primeros años de labores de la Corte Constitucional. También agradezco a Fernando Velázquez, a Hernando Valencia Villa, a Javier Tamayo Jaramillo, y muy especialmente a Gustavo Morales por sus juiciosas lecturas y correcciones de los primeros esbozos de mi tesis y a Rodolfo Arango por las estimulantes conversaciones que tuvimos sobre algunos de los temas que toca este libro.

En Medellín debo especial agradecimiento a Alberto Aguirre, uno de los grandes intelectuales antioqueños del siglo XX, fallecido recientemente y quien leyó y comentó en detalle los borradores iniciales de la primera edición de este libro, en una época en la que yo no había publicado nada, trabajaba en la aridez intelectual de una facultad de derecho confesional y de provincia y buscaba afanosamente que alguien mayor y con experiencia leyera lo que yo escribía y me diera algún consejo. Alberto Aguirre lo hizo con generosidad e inteligencia y eso es algo que nunca olvido.

AGRADECIMIENTOS

Cuando regresé la primera vez de estudiar en Europa, Héctor Abad Gómez me invitó a que trabajara con él en el Comité de Derechos Humanos: eso fue solo un par de meses antes de que lo asesinaran en agosto de 1997. Dos meses más tarde, acongojado por el destino que recorría Colombia, regresé a Bélgica e inicié mis estudios de doctorado. Cuando volví, dos años después, Cecilia Faciolince, la viuda de Héctor, me ofreció la biblioteca de su casa para que escribiera mi tesis de doctorado. Allí no solo encontré la tranquilidad y el sosiego que me permitieron escribir buena parte de la tesis, sino la inteligencia, la amistad y el afecto entrañable de Cecilia.

En Europa debo agradecer la ayuda financiera recibida del Secretariado para la Cooperación Internacional de la Universidad Católica de *Louvain-la-Neuve* y a su director Christian Duqué. Especial reconocimiento debo a mis directores de tesis profesores Fr. Debuyt y Fr. Rigaux, así como al profesor Fr. Ost, miembro del comité de tesis, de quienes siempre obtuve colaboración y buen juicio.

Un sentimiento de gratitud particular tengo por Boaventura de Sousa Santos, con quien trabajé en los años del cambio de siglo pasado y de quien aprendí a ver y a estudiar el derecho de una forma diferente, como un fenómeno social, más conectado con las ciencias humanas y con el mundo de todos los días.

También agradezco de todo corazón el apoyo moral y afectivo que me brindaron Marie y Marcel Delhayé, Daniel Grodos, Jacques y Ginette Pivont, Corinne Villoud, Javier Honorato, Mónica Lombana y, por su puesto, mis padres y hermanos.

Para esta segunda edición conté con la ayuda de José Rafael Espinosa, una joven promesa del derecho en Colombia, quien me ayudó a recuperar los archivos iniciales de este libro y leyó, corrigió y comentó con esmero y pertinencia los borradores de esta segunda edición. Quiero agradecer también y de manera muy especial a

AGRADECIMIENTOS

Rodrigo Uprimny por autorizar la reproducción de una buena parte del texto que escribimos juntos en 2002 sobre la Corte Constitucional y que aquí aparece como uno de los casos de estudio (Capítulo 6) y de una parte del texto que escribimos sobre estados de excepción en 2005 (Capítulo 5). No solo le agradezco por eso, sino también por su amistad y sus consejos, siempre justos.

Les doy también las gracias a tres jóvenes investigadores brillantes, con quienes tuve la fortuna de contar como asistentes, cada uno en diferentes épocas de mi vida académica reciente. Ellos son Camilo Sánchez, María Paula Saffon y Javier Revelo; con ellos discutí en profundidad algunos de los contenidos esenciales de este libro y a ellos les debo muchas cosas, entre ellas, la posibilidad de seguir creyendo que el derecho y el cambio social pueden tener, en sus manos, un futuro mejor.

Muchos de las ideas nuevas que están en esta segunda edición las aprendí conversando con mis colegas en Dejusticia, en el Iepri, en el Cerdhap de Grenoble y en la Universidad de Wisconsin. Quisiera nombrarlos a todos, pero han pasado muchos años y mi memoria es ingrata. No obstante, no puedo dejar de mencionar a Jacques Commaille, profesor de la *Ecole Normale Supérieure de Cachan* (París), quien no solo me orientó por el camino de la sociología política del derecho, sino que me honró con su apoyo académico y su fiel amistad, y a mis colegas y amigos Jean Charles Froment, José Reinaldo de Lima Lopes, Catalina Pérez, Alexandra Huneus, Alejandro Madrazo, Liora Israël, Jérôme Pélisse, Fernando Escalante, René de la Vega, Rodolfo Vázquez, Juan Camilo Cárdenas, Eduardo Escallón, Carlos Gaviria, Martín Bohmer, Roberto Gargarella, Juan Carlos Henao, Oscar Vilhena, Catalina Botero, Antanas Mockus, Francisco Gutiérrez, Henry Murrain, Héctor Abad, Carlos Miguel Herrera, Mauricio Rubio, Antoine Vauchez, Martine Kaluszynski y Jane Larson (quien tristemente falleció el año pasado).

AGRADECIMIENTOS

Debo mucho de lo que aquí escribo a algunos colegas jóvenes que en alguna ocasión fueron mis alumnos. Uno de ellos es Cesar Rodríguez, quien hoy es un sociólogo del derecho mundialmente reconocido, gracias a su talento y dedicación, y con quien discutí muchos de los contenidos de este libro. Por haberme permitido ese tipo de discusiones también quiero agradecer a Andrés Abel Rodríguez, Gabriel Gómez, Esteban Restrepo, Sebastián Rubiano, Isabel Cristina Jaramillo, Iván Orozco, Antonio Barreto, María Cristina Gómez, Tatiana Alfonso, Manuel Iturralde, Libardo Ariza, Camilo Castillo, Helena Alviar, Diego López, Esther Sánchez, William Pérez, Juanita León, Natalia Sandoval, Diana Guzmán, Luz María Sánchez, Anne-Sophie Pillot, Aude Lejeune, entre otros que los caprichos de la memoria me impiden recordar.

Por último, quiero darles las gracias a muchos colegas y amigos que leyeron y comentaron los borradores de esta segunda edición. Julieta Lemaitre no solo hizo eso, con el esmero y el talento que caracteriza todo lo que ella hace, sino que aceptó escribir el prólogo de este libro. Muchas de sus recomendaciones están aquí incorporadas y las que no lo están deberían haber quedado consignadas si no hubiese sido por mi falta de tiempo y de capacidad para emprender lo que ellas implicaban.

Recibí también comentarios juiciosos de Andrés Botero, quien se ha vuelto un experto en esto de la eficacia simbólica del derecho; de Alejandro Madrazo, de Esther Sánchez, de Javier Revelo, de Mauricio Albarracín, de Aude Lejeune y de Camilo Sánchez. En la Universidad Icesi de Cali, gracias a las amables diligencias de Jerónimo Botero, me reuní con un grupo de profesores que leyeron y comentaron el libro con particular juicio; entre ellos estaban Enrique Rodríguez Caporali, Mauricio Lenis, Diego Cagueñas, Diego Nieto, Jaime Londoño, Mario Cajas, Diana Solano. A todos ellos mil gracias y desde ya les ofrezco excusas si no logré incorporar todo el contenido de sus valiosas recomendaciones.

AGRADECIMIENTOS

Ya casi para terminar, quiero expresar un sentimiento combinado de gratitud y dolor. En el año que hice el borrador de este libro murió mi gran amigo y colega Juan Fernando Jaramillo Pérez; uno de los intelectuales del derecho más lúcidos que ha tenido Colombia. A él le debo mucho de lo que pienso sobre el derecho en la historia de América Latina. Por eso, discretamente, sin mencionar su nombre, como a él le gustaba, este libro también va dedicado a su memoria.

Por último, quiero agradecer a Ángela, mi bien amado polo a tierra en este mundo de sobresaltos, a Julia y Emilio, mis abrevaderos de fe y energía y a Sylvia y Jaime, mis referentes de amor y justicia.

Bogotá, diciembre de 2012

PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN

Por *Julieta Lemaitre Ripoll*

La segunda edición de *La eficacia simbólica del derecho* es un hito en la academia jurídica latinoamericana por lo menos por dos razones. En primer lugar, porque representa una época: la de la profesionalización de la enseñanza del derecho, tradicionalmente el dominio de los abogados practicantes. Mauricio García, y su tesis (la primera edición de este libro) fueron heraldos de una nueva generación de profesores de derecho “profesionales”, es decir, con estudios de doctorado y dedicación exclusiva a la investigación y la docencia. Esta transformación también está presente en la diferencia entre ambas ediciones: la primera, de 1993, fue un *bestseller* “clandestino” cuyo pequeño tiraje, agravado por las deficiencias de la distribución de libros académicos, la destinaron a una existencia en fotocopias, y a ser robada una y otra vez de bibliotecas públicas y privadas. La segunda edición en cambio se hace con Random House, lo cual supone uno le garantiza un destino distinto y ojalá una versión electrónica. Otra manifestación del cambio de época está en la misma bibliografía: mientras que la primera se componía en su mayoría de autores belgas, franceses y algunos norteamericanos, la segunda cita con generosidad la creciente producción de la sociología del derecho latinoamericana.

Además de demostrar el surgimiento de la academia jurídica local, por lo menos en sociología del derecho, esta segunda edición es un hito porque señala un cambio de época en otro sentido, no solo en la docencia sino en la cultura jurídica del país, y de muchas formas, de la región. Se trata de un cambio, un salto en realidad, de

PRÓLOGO

la desconfianza ante el derecho a la esperanza (moderada) (García, 2006). Así, si la primera edición se escribió a la sombra de las dictaduras militares, y de las democracias restringidas de la Guerra Fría, la segunda se escribe en medio de la efervescencia del reformismo constitucional y de la llegada al poder del discurso de los derechos humanos.

En este prólogo quiero hablar de esta segunda edición en ambos sentidos: como artefacto que simboliza un cambio de época en la academia jurídica, y como respuesta a la transformación de la cultura jurídica. Empiezo por recordar el contexto en el que fue escrita la primera edición, contexto de desesperanza. Era la época en que en Colombia primaba la doctrina de seguridad nacional para manejar la protesta social. Se enfrentaban por una parte la efervescencia del marxismo latinoamericano —con el Ché Guevara como ícono y devoción laica, y el triunfo de la revolución en Nicaragua como bandera— con un establecimiento que delegaba el manejo de las confrontaciones políticas a la Fuerza Pública. No olvidemos que entonces en Colombia era delito garrapatear un grafiti en una pared cualquiera, y los civiles capturados por esto eran juzgados (y a veces torturados) por militares. Y esto sucedía en medio de la promoción oficial del país como “la democracia más antigua de América Latina” y, sin ironía alguna, de Bogotá como “la Atenas suramericana.”

Sin poder olvidar de dónde venía, Mauricio García escribió para sus profesores de Lovaina una tesis doctoral en esa época sobre la eficacia del derecho, uno de los temas fundacionales de la sociología jurídica. En ella hizo dos cosas: primero, demostrar, con ansiedad de pupilo, que podía escribir, y pensar, con la misma densidad ilustrada de los europeos en el apogeo del posestructuralismo y el surgimiento del posmodernismo. Pero al mismo tiempo demostró que para él escribir y pensar no era dejar de lado su propia historia, local e incomprensible quizás para sus profesores belgas, pero digna de ser contada. Y era una historia en la cual la eficacia instru-

PRÓLOGO

mental del derecho parecía casi que anecdótica frente a su cotidiano incumplimiento.

De ahí surgió *La eficacia simbólica del derecho* como respuesta a una pregunta local: ¿por qué en Colombia hay tanto derecho, y tanto derecho que no se cumple? ¿Por qué se sigue produciendo con avidez y proclamando con bombos? Era la pregunta que atormentaba a cualquier estudiante de derecho condenado en los años ochenta a memorizar interminables códigos y decretos y ordenanzas, y al mismo tiempo a transitar entre el caos y el miedo de la creciente violencia. La respuesta de Mauricio resonó en nosotros, sus alumnos, como un clarín. Se producía tanto derecho que no se cumplía porque su función no era ser cumplido, sino legitimar a los gobernantes. En otras palabras, porque el derecho una y otra vez legitima a los gobernantes con su eficacia simbólica.

Era una respuesta sencilla y contundente, pero al mismo tiempo fincada en la autoridad de una erudición sorprendente para nosotros. El joven Mauricio que regresó de Lovaina y llegó a Bogotá a trabajar en el gobierno de Barco con Estanislao Zuleta era capaz, en sus clases de los Andes, de citar de memoria la densa bibliografía posmoderna hasta con número de volumen y de página. Y en su tesis doctoral combinó la claridad de la respuesta a una pregunta de cierta manera generacional, y local, con la ansiedad de todo estudiante doctoral, en especial el de provincia, que se ve obligado a probarse ante sus maestros.

El mensaje de la primera edición, claro en medio de una escritura difícil, era por lo general desesperanzador, en especial para quienes empezábamos la vida adulta con su necesaria carga de desilusiones. Era una desilusión directa y transparente, a diferencia de la desilusión indirecta que brindaban los otros libros de derecho, donde la aspiración de justicia se ahogaba entre el exagerado formalismo y el positivismo a veces desalmado. El libro además trazaba puentes entre las clases y la vida cotidiana, y nos invitaba, como

PRÓLOGO

difícilmente lo hacían los demás textos, a pensar el mundo que nos había tocado vivir como un mundo real y cierto, y no como un mal sueño del que estábamos destinados a despertarnos.

Pero, como suele suceder en la academia, *La eficacia simbólica* representaba al ángel de la historia que puede ver el pasado mas no el futuro, y difícilmente el presente. Mauricio regresó a Colombia con su título de doctor, y su libro bajo el brazo, en unos años que eran de horror, pero también de esperanza. Fue testigo de la extrema violencia de la guerra de los carteles de finales de los ochenta, y la vivió de cerca, pues conservaba buena parte de su vida afectiva enraizada en el Medellín de entonces. La huella de ese dolor está por supuesto en la dedicatoria del libro a Héctor Abad Gómez, muy cercano a Mauricio, y quien fue asesinado por defender los derechos humanos en esta democracia de pacotilla. Pero al mismo tiempo Mauricio regresó a tiempo para el despertar de otra Colombia, un país también cierto, tan existente como el de la violencia, y que fincó sus esperanzas en una reforma constitucional. Y para mayores señas fue magistrado auxiliar de uno de los arquitectos de esa esperanza, Ciro Angarita, héroe como Abad de las ilusiones humanistas, capaz de entregarlo todo para materializar las promesas de los derechos humanos.

Cuando se publicó la primera edición de *La eficacia simbólica del derecho*, en 1993, también terminó el periodo de Ciro Angarita como magistrado, y estaban puestas las bases para el “nuevo derecho”. Fueron los años en los que la Corte Constitucional tomó el ya poderoso diseño institucional de la tutela y lo usó para transformar el derecho, y la conciencia de derechos, en Colombia. Era un destino de la tutela que no era inevitable, sino que se construyó de la mano, y de las ilusiones, de los magistrados de la época y de sus equipos de trabajo.

Así de forma paradójica la vida de la primera edición de este libro, con su descripción ponderada de la alianza entre el derecho

PRÓLOGO

y el poder, el derecho y la desesperanza, transcurrió en unos años de violencia, por supuesto, pero también de ilusión. Fueron años en que individuos singulares y movimientos sociales le apostaron al derecho como herramienta de cambio social para hacer realidad el sueño de una sociedad más justa, más pacífica y más deliberante. Y le dieron forma a esta ilusión al mismo tiempo que tomaron cuerpo los ejércitos paramilitares, y se fortalecieron las guerrillas, y arrasaron con el país rural.

Esos fueron los años en los que yo crecí, no a una generación de distancia pero sí bastante más de una década después que Mauricio, y sobre los cuales hablé en mi tesis doctoral, publicada después como *El derecho como conjuro*. Publicado en el 2009, este libro fue escrito, por lo menos en parte, como reacción, y en conversación con la visión más que todo pesimista de *La eficacia simbólica* y de la sociología crítica del derecho en los Estados Unidos.

La segunda edición de *La eficacia simbólica* en el 2013, veinte años más tarde, responde al cambio de época que acabo de describir, tanto en la cultura jurídica como en la academia. Por supuesto que la eficacia simbólica sigue siendo definida en esta edición como “la incidencia social del derecho” que proviene “de la capacidad vinculadora de los símbolos que evoca cuando se publica” y que logra la incidencia social “por medio de la difusión de una idea de legitimidad, de autoridad o de justicia”. Se trata de un efecto discursivo, o del encuentro entre el lenguaje y su potencialidad de “hacer cosas con palabras”. Y estas cosas que hacen las palabras del derecho siguen siendo, por lo general, legitimar el poder y la dominación. Sin embargo en esta segunda edición hay un mayor énfasis sobre la posibilidad que tienen los movimientos sociales de usar la eficacia simbólica del derecho para fortalecer sus luchas contra el poder político. No se abandona la idea que la eficacia simbólica legitima el poder, sino se amplía la idea, esbozada apenas en la primera edición, de que la eficacia simbólica puede ser utilizada tanto para

PRÓLOGO

la defensa como para la crítica al poder, y que los actores sociales pueden incidir en, e incluso transformar, las estructuras sociales de dominación.

Así, como tantos de nosotros, académicos y activistas, Mauricio adopta una posición frente al derecho que refleja la tensión que tiene el derecho mismo entre dominación y emancipación, abandonando dice, de forma apenas “moderada” su pesimismo anterior. El derecho sirve no solo para la defensa de los intereses dominantes, sino también (“eventualmente”) para que los grupos subordinados ganen algunas batallas que de otra forma hubieran perdido. Rechazando la propuesta marxista de la revolución como única forma de superar la dominación, insiste que las reformas legales, parciales e insuficientes, pueden permitir a los oprimidos “vislumbrar las posibilidades de cambio que tienen entre sus manos”. Esta esperanza por supuesto puede ser “un remedio contra la rebeldía”, apaciguando ánimos que no deberían ser apaciguados. Pero también puede ser motor de resistencia, que lleve a las personas a protestar ante las promesas incumplidas del derecho.

En términos de una teoría del derecho, este concepto de la eficacia simbólica sigue a Bourdieu en su esfuerzo por describir la autonomía relativa del campo jurídico. Adopta la definición del derecho como un campo social en el que los actores adelantan una lucha intelectual y política que no puede ser reducida a las fuerzas económicas, porque tiene también su propia lógica. Y esta independencia permite que los actores logren triunfos que no están predefinidos por el poder social y económico.

El desarrollo de esta posibilidad emancipatoria del derecho se alimenta también del clásico de Scheingold (1974; 2004) que no era parte de la primera edición, pero que ahora aparece para responder también a los cambios en el derecho. Scheingold hace una descripción análoga a la que hace *La eficacia simbólica de Colombia*, pero

PRÓLOGO

utilizando como caso ejemplar los reclamos de derechos, en especial el movimiento por los derechos civiles en Estados Unidos. Y llega a una conclusión cercana, que es que la autonomía relativa del derecho permite a los movimientos sociales moverse en el campo jurídico con motivaciones, y con formas de organización políticas.

Pero, por lo menos a mi modo de ver, a pesar de la influencia de Bourdieu y de Scheingold, la eficacia simbólica planteada por Mauricio va más allá, quizás a pesar del mismo autor. En forma estricta, y el libro lo dice de forma explícita, este uso político de la autonomía relativa del campo jurídico puede servirle a cualquier movimiento social, progresista o conservador. La descripción por lo tanto, en cuanto teoría, y en cuanto propuesta de tipos ideales para el análisis, es de cierta forma indiferente al tipo de uso de la eficacia simbólica: puede beneficiar al Estado o a los movimientos sociales, para obtener fines progresistas o reaccionarios. Sin embargo, la esperanza descrita en varios momentos implica una visión de la justicia encarnada en el derecho y quizás la posibilidad de imaginar una sociedad más justa para todos. En esta medida se trata de la aspiración a la justicia no como mero reflejo de la costumbre, en la comprensión pascaliana del derecho que adopta Bourdieu, y no como meras luchas entre intereses políticos, como está implícito en Scheingold, sino como visión utópica, definición que, por lo menos para mí, está presente en este libro y no en sus influencias.

Ahí quisiera regresar a la dedicatoria del libro a la memoria de Héctor Abad Gómez, quien murió por defender los ideales de los derechos humanos y para quien el derecho, los derechos, eran la formulación de esa esperanza utópica. Se trata de una esperanza que no se plantea a sí misma como política, es decir, como sujeta al vaivén de las luchas entre amigos y enemigos a la manera schmittiana. En esa medida su existencia es política solo de forma secundaria, y sus banderas se fincan en la autonomía misma del derecho que permite imaginar nuevos mundos de igualdad y solidaridad.

PRÓLOGO

Es decir, estamos hablando del derecho como imaginación social, como el espacio donde aspiramos a “otro mundo”. Se trata del mundo por el que luchaba Abad, un sueño más allá del interés en aumentar el capital individual o grupal en una confrontación política. Aquí se trata de la imaginación (jurídica) como el fundamento a la resistencia, de la imaginación que como palabra y ejemplo evoca al “*imagine*” de John Lennon y de la revolución contra-cultural en occidente.

En la evocación de ese “otro mundo posible”, y a pesar de rechazar la concepción instrumental del derecho, Mauricio no puede dejar de hacerse de forma tácita la angustiosa pregunta que es la de la generación que creció a la sombra de la Constitución de 1991. ¿Logramos hacer realidad algo de lo que imaginamos? ¿Valió la pena acaso tanto entusiasmo? ¿Tantas marchas, tantas tutelas, tantas sentencias y reformas, tantas columnas de opinión y tantas presentaciones en las aulas?

La angustia de la pregunta viene también de una época, la primera década del nuevo siglo, definida por el autoritarismo de derecha, por el discurso reaccionario que imaginó el futuro como el retorno a la formas de vida rural, con sus jerarquías y durezas, y cuya visión fue apoyada masivamente por las clases medias urbanas. Y una época también por supuesto de violencia, pues los años de ilusión con el derecho fueron también los de mayor crueldad de una guerra que se ensañó con los civiles, y en particular con los líderes de las comunidades de base.

Si bien este libro no responde a la pregunta por el presente, el posarla refleja el que, como es quizás inevitable en el trabajo de escribir sobre la propia época, la segunda edición nos habla de un momento cuyo ocaso quizás ya vivimos. La Corte Constitucional colombiana, transformada cada ocho años, ha perdido sus mejores jueces. Al escribir este prólogo, en el 2013, es claro que ahora los nombramientos se hacen con una nueva certeza por parte de los

PRÓLOGO

políticos, primero, de que los magistrados de la Corte tienen un enorme poder, y segundo que el uso de este poder se hace también a la sombra de la ideología de cada juez. En consecuencia el Congreso nombra, con algunas excepciones, figuras poco heroicas, con ideologías cada vez más de derecha. Y cada vez más las reformas legales, incluso las que tienen el potencial de transformarlo todo, se hacen en medio del escepticismo de tirios y troyanos. Y, el momento actual, capturado en lo que Mauricio con precisión describe como “pesimismo moderado”, espera nuevas mentes que lo piensen, nuevas voces con las cuales conversar, una nueva generación de la academia jurídica que podrá decir en el futuro, como yo en este prólogo, que aprendieron a pensar en estos temas de la mano de Mauricio.

Al hacer este llamado a una nueva generación de estudiantes, queda por decir que esta segunda edición adopta un estilo mucho más coloquial que la primera, y que este cambio de estilo señala también su importancia para la promoción de la academia jurídica. Ya no se empieza como en la primera edición con una relación erudita y densa de todas las formas en la que la filosofía ha reflexionado sobre la dimensión simbólica del lenguaje. Queda atrás la afectación intelectual de hablar “en difícil”. Y este cambio de estilo es producto de la madurez, pero es también producto de las transformaciones que señalaba al inicio. Mauricio ya no le habla a sus profesores de Lovaina, sino que descubre que está rodeado de lectores, y de interlocutores, que crecimos a su sombra, en su paso por la Universidad de los Andes (donde muchos de los que ahora enseñamos, y adoptamos la docencia como ejercicio profesional, fuimos sus alumnos, monitores e investigadores auxiliares), en su paso por la Universidad Nacional, en sus visitas a tantas universidades regionales, en especial en Medellín, y por su participación, con Rodrigo Uprimny, Juan Jaramillo, y César Rodríguez en la formación de una nueva generación de investigadores en Dejusticia.

PRÓLOGO

Mauricio nos habla entonces a nosotros, y con nosotros. Su generosidad intelectual y su nobleza están patentes en la cuidadosa citación de sus antiguos alumnos. Con esta misma generosidad va generando diálogos eruditos (es decir, academia) sobre lo que hemos vivido en estos veinte años que van de la primera edición a la segunda, y en últimas, sobre esta apuesta generacional, equivocada o no, de entender el derecho como posibilidad de justicia, y como espacio para ejercer la imaginación colectiva sobre lo que podríamos ser, algún día.

PREFACIO A LA SEGUNDA EDICIÓN

Empecé a escribir los primeros borradores de este libro hace ya casi veinticinco años, cuando apenas balbuceaba las hipótesis de una tesis de doctorado en la Universidad Católica de *Louvain-la-Neuve* (Bélgica). La intuición básica que tenía en ese entonces venía de mi experiencia como ciudadano de un país singular, Colombia, en donde el derecho y la democracia electoral han sido tan visibles e importantes como la violencia y el conflicto armado. Los politólogos alrededor del mundo se han devanado los sesos tratando de entender la presencia de esta anomalía (estabilidad institucional y violencia) conocida internacionalmente como la “paradoja colombiana”.

Me inquietaba la parte institucional de esa anomalía, es decir la sorprendente estabilidad de las instituciones. ¿Qué papel jugaba el ordenamiento jurídico en el mantenimiento de esa paradoja?, me preguntaba a finales de los ochenta, después de haber padecido los rigores del gobierno de Turbay Ayala, un presidente que impuso una especie de régimen militar escondido bajo las formas legales de la democracia electoral. Mientras al país lo desangraba el conflicto armado y el Gobierno expedía estatutos militares de seguridad, los constitucionalistas y los políticos colombianos (algunos de los cuales habían sido mis profesores en la Facultad de Derecho) ensalzaban la estabilidad de nuestras instituciones democráticas. ¿Cómo era posible que se produjera tanto discurso jurídico constitucional en medio de tanta realidad autoritaria?

PREFACIO A LA SEGUNDA EDICIÓN

Solo podía haber una explicación: el derecho tenía que tener otros objetivos no declarados; objetivos destinados a mantener el *statu quo* y conseguidos gracias al impacto simbólico de su publicación. El déficit de la eficacia jurídica debía ser un déficit menor, comparado con los logros obtenidos por el derecho en el terreno de la comunicación y de la producción de imágenes políticas. Así surgió la hipótesis central de este libro, la cual se puede resumir en lo siguiente: el derecho es ante todo un lenguaje con el que se hacen cosas; pero no todo lo que el derecho dice querer hacer, se hace; más aún, las cosas que el derecho dice querer hacer son solo una parte (no siempre la más importante) de las cosas que el derecho realmente hace. La lectura de algunos autores que escribieron cosas relacionadas con esta hipótesis, como Michel Foucault, Stuart Scheingold, Joseph Gusfield y Boaventura de Sousa Santos, entre otros, me ayudó a delimitar el objeto inicial de mi investigación.

Dado que los textos jurídicos, como todo lenguaje, producen representaciones en las personas a las cuales van dirigidos esos textos, los efectos políticos de esas representaciones son tan importantes como los otros efectos, los directos y consagrados por el derecho mismo. Estos efectos políticos del lenguaje jurídico convierten la dimensión simbólica, o comunicativa, de las normas jurídicas en un campo de luchas entre actores sociales que intentan fijar el sentido de los textos jurídicos en el punto que más conviene a sus intereses y a sus visiones del mundo. En esas luchas, los actores sociales que tienen poder político o económico, así como el Estado, llevan las de ganar, aunque eso no significa que los subordinados que utilizan el derecho en sus causas políticas carezcan de todo poder y no puedan obtener victorias en esas luchas.

Así pues, el problema de la ineficacia del derecho no está solamente en la ineptitud de nuestros legisladores, o en la desobediencia de sus ciudadanos, sino también en que buena parte de lo que hace el derecho es ordenar cosas que no están hechas para ser

cumplidas. Con mucha frecuencia el derecho se hace para producir otros efectos diferentes de los que proclaman sus normas. Efectos simbólicos, en la mente de los ciudadanos, no efectos materiales.

Esta hipótesis, pensada inicialmente para explicar algo de la paradoja colombiana, podía incluso tener un alcance teórico más amplio y extendido en el tiempo. La historia de América Latina tuvo una importante ruptura institucional a principios del siglo XIX, cuando la gran mayoría de los países se independizaron del yugo español y asumieron su propio destino a partir de nuevas instituciones, buena parte de las cuales fueron inspiradas en las revoluciones estadounidense y francesa. No obstante, esta ruptura institucional fue durante mucho tiempo (en algunos países lo sigue siendo todavía) una ruptura retórica; lo esencial del poder político y económico siguió el mismo curso que traía durante el régimen colonial; los nombres cambiaron, las reglas de juego también, pero como lo decía José Carlos Mariátegui en el Perú hace ya un siglo, la estructura de la dominación política y económica permaneció más o menos igual. Pues bien, el concepto de eficacia simbólica podía ser útil para explicar esa combinación entre cambios retóricos y permanencias materiales.

En América Latina llevamos cinco siglos preguntándonos por qué hay tanto derecho que no se cumple. Ya es hora de que indagemos por otro lado; ¿no será que el derecho inútil persiste porque está destinado a cumplir otros propósitos? Muchas leyes que proclaman justicia, derechos sociales, participación política, salud pública o paz mantienen las ilusiones de cambio sin que pase algo más allá de esas ilusiones. ¿Por qué ocurre eso tan a menudo? Porque buena parte del derecho inútil, es útil simbólica y políticamente: representa el sitio en donde las necesidades de renovación y las necesidades de estabilidad pactan. Agustín Basave, desde México, dice lo siguiente:

PREFACIO A LA SEGUNDA EDICIÓN

"...al deber ser lo homenajeamos con la palabra y al ser con la obra. Y es que así es: en nuestra realidad mental, lo ideal está hecho para hablarse o escribirse y lo real para vivirse. No hay que mezclar. Cada cosa en su sitio, cada cual a su tiempo. Sería tan peligroso teorizar la corrupción como poner en práctica la honestidad".

Estas eran, y siguen siendo, las ideas centrales de este libro. Sin embargo, los énfasis han cambiado ahora, veinte años después, en esta segunda edición. Y han cambiado esencialmente por dos causas. En primer lugar, porque los hechos también han cambiado: la producción del derecho con fines de manipulación política sigue estando presente en la práctica jurídica, pero ahora compete de manera más clara con una dimensión emancipadora del derecho.¹ Ambas posibilidades hacían parte de la teoría inicial plasmada en este libro, pero el uso dominador de la eficacia simbólica era, al menos en América Latina, más visible que el uso emancipador. Ahora, veinte años después, es más claro que el derecho no está inevitablemente destinado a servir como instrumento de dominación política. Las élites que crean o ayudan a crear el derecho no las tienen todas siempre consigo. Ellas pueden terminar siendo, como dijo E.P. Thompson en relación con el *Black Act*, promulgado en la Inglaterra de 1723, "los prisioneros de su propia retórica" y ello debido a que los destinatarios de sus palabras (los subordinados) pueden aprender a jugar con las mismas armas que juegan las élites, lo cual hacen cuando se toman en serio las concesiones y los derechos para convertirlos en realidades (1975). El magistrado Ciro Angarita, quizás el juez más progresista que ha tenido la Corte Constitucional

1. Los términos dominación y emancipación tienen, como se sabe, una fuerte carga ideológica. En términos generales, utilizaré ambos conceptos en un sentido amplio y más bien débil, no restringido a las situaciones extremas de opresión o de liberación, tal como, por ejemplo, lo hace Karl Marx en *On the Jewish Question* (1978). Desarrollo este punto en el Capítulo 7.

colombiana, se refería a eso cuando, de manera coloquial, decía que había que hacer que las élites jurídicas de este país “se tragaran sus propias palabras”.

Para decirlo brevemente: el uso emancipador que los movimientos sociales y las cortes constitucionales le han dado al derecho en las últimas décadas en América Latina (más en unos países que en otros, claro) merece ahora, en esta segunda edición, tanta atención como la que merecía el uso manipulador que el gobierno del presidente Turbay Ayala le daba al derecho.

Pero no solo en América Latina se han producido cambios importantes para el derecho. El derrumbe de una buena parte de los sistemas totalitarios de derecha y de izquierda en el mundo, la consolidación de los sistemas capitalistas, la caída no solo del muro de Berlín sino también del apartheid en Sudáfrica y de las dictaduras militares en América Latina, el surgimiento de los llamados *nuevos movimientos sociales*, el renacimiento del constitucionalismo latinoamericano y la explosión de las llamadas revoluciones de la primavera árabe, todo ello le ha dado al derecho una dimensión política que no tenía hace tres décadas.

Hace veinte años una buena parte de América Latina vivía bajo la férula de los militares; Colombia se preciaba de no haber caído en la tentación militar, pero su realidad institucional no distaba mucho de lo que ocurría en aquellos países de los cuales quería distanciarse; de otra parte, los estudios críticos del derecho en el continente eran inexistentes o tenían de todo, menos de derecho. Con semejantes transformaciones es apenas natural que un libro como este sufra, en una segunda edición, modificaciones importantes.

En segundo lugar, el libro ha cambiado porque yo, como autor de este libro, también he cambiado. Si es verdad, como dijo Heráclito, que nunca nos bañamos en el mismo río, también debe ser cierto que lo que escribimos en un momento dado nunca vuelve a

PREFACIO A LA SEGUNDA EDICIÓN

ser nuestro, y que las ideas de los libros que escribimos se vuelven tan ajenas para los autores, como se vuelven las aguas de los ríos para quienes se bañan en ellas.

Puedo estar exagerando, pero lo hago para darle énfasis a algo de lo cual me he vuelto cada vez más consciente con el paso de los años; me refiero a lo mucho que nuestras ideas dependen de los acontecimientos históricos que nos toca vivir, e incluso de nuestra propia existencia, de nuestros estados de ánimo, asaltados por las pequeñas glorias y miserias de la experiencia vital. Todo pensamiento, decía Nietzsche, se reduce a la confesión de un cuerpo, a la autobiografía de un ser que vive, goza y padece. O, como diría Derrida, todo discurso filosófico es una justificación de sí mismo.

Este carácter perecedero del pensamiento no solo es importante para los filósofos, que a veces hablan como si el tiempo no pasara. Quienes nos dedicamos a las ciencias sociales también podemos percibir cómo, con el paso de los años, la porción de vida que nos corresponde vivir es demasiado breve para permitirnos interpretar y valorar el mundo con acierto; la historia está hecha de materiales que trascienden las generaciones. Solo el largo plazo va poniendo las cosas en su sitio; un sitio tan extendido que no lo podemos captar desde la miopía propia de las pocas décadas que nos corresponden de vida. Cómo sugiere Charles Tilly, para superar esa miopía, hay que encontrar las verdades que se esconden en el espacio intermedio entre el paso de los milenios y el paso de los meses (2002, p. 190).

Hace veinte años, los latinoamericanos leíamos una lista de autores, muchos de ellos estructuralistas y marxistas, sobre todo franceses, que considerábamos clásicos y que, pensábamos, nunca pasarían de moda; Althusser, Deleuze, Lévi-Strauss, Barthes, Baudrillard, Guattari, hacían parte de esta lista. ¿Cuántos jóvenes inquietos leen hoy estos autores? Muy pocos. Leen otros autores, claro, como por ejemplo Antonio Negri, Robert Nozick, Slavoj Ži-

zek, etc., los cuales, me temo, correrán la misma suerte. Por eso no solo es importante leer a los escritores de moda (algo inevitable) sino también a los clásicos; nosotros teníamos que leer a Michael Foucault, pero nunca debimos dejar de leer a Max Weber o a Durkheim. Los que ahora leen a Zizek tampoco deberían dejar de leer a Weber. Con el paso del tiempo uno va aprendiendo a desconfiar de las modas intelectuales, como de todas las modas. Más aún hoy, cuando las ideas, como tantas otras cosas, se han vuelto objetos de consumo; objetos que se usan y se botan como cualquier cosa desechable.

Estas lecciones intelectuales, dolorosas quizás, también pueden ser esclarecedoras. Si algún pecado de juventud han tenido las ciencias sociales en América Latina, ese es, a mi juicio, la facilidad con la que han juzgado los acontecimientos sociales confusos y enmarañados de nuestra historia social a partir de teorías foráneas *toutes faites* que, a pesar de haber sido construidas a la luz de realidades sociales muy distintas a las nuestras, son seguidas aquí como si se tratara de dogmas religiosos. Creo que en Latinoamérica nos hace falta dudar más (de nosotros mismos, para empezar), sospechar más, retractarnos más, descalificar más a los profetas espurios que se visten de científicos sociales, ser más humildes ante la complejidad de los hechos y perfeccionar más nuestros modelos de investigación empírica. Así, con estas dudas y estas herramientas, no solo estaríamos mejor equipados para comprender la realidad social sino también más capacitados para transformarla.

Yo mismo he cometido los pecados intelectuales que aquí denuncio. Cuando escribí la primera edición de este libro tenía particular afición por esas grandes elaboraciones teóricas, sobre todo filosóficas y jurídicas, que todo lo explican, desde la sociedad, hasta la historia, pasando por el individuo y la política, el arte y la religión. Buena parte de lo que escribía intentaba reproducir esas ideas y for-

mular esas explicaciones globales, como si viviera en París o Boston y no, como de hecho ocurría, en Medellín o Bogotá.

Con el paso de los años he ido abandonando esas ambiciones totalizantes. El lugar privilegiado que tenían en mi trabajo esas grandes teorías ha sido matizado por la convicción de que hay mucho de local en la construcción de lo teórico y mucho de teórico en la visión que tenemos de lo local. Cada teoría, por general que sea, tiene sus raíces históricas y esas raíces explican y le dan el valor que tienen (Onfray, 2006).

Mucho de esto que digo lo aprendí trabajado con Boaventura de Sousa Santos entre 1995 y 2001, en una época en la que escribimos, con otros colegas, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia* (B. de S. Santos & García Villegas, 2001). Hoy tengo desacuerdos importantes con algunas de las cosas que escribe el profesor Santos, pero eso no me impide reconocer el gran valor de muchas de sus intuiciones sobre la manera como debemos hacer investigación social en América Latina. Menciono algunas de esas intuiciones fundamentales: las teorías son lentes que permiten ver algunas realidades, al mismo tiempo que nos ocultan otras; en América Latina tenemos que conocer las grandes teorías sociales, pero no quedarnos en ellas, sino aprender de ellas para construir mejores explicaciones sobre nuestras sociedades periféricas. La objetividad en la investigación no implica la neutralidad. No hay buena teoría sin investigación empírica, ni buena investigación empírica sin teoría. No solo hay que investigar lo que está presente; también hay que hacer una sociología de las ausencias; por eso, el derecho es un fenómeno mucho más amplio y complejo de lo que se estudia en las facultades de derecho (B. de S. Santos, 1995).

Estas ideas, aprendidas como digo del profesor Santos, no solo valen para la filosofía y las ciencias sociales, sino también para el derecho. Durante muchos años, al inicio de mi carrera docente, enseñé Filosofía del Derecho. Tenía un apego particular por la obra

de H.L.A. Hart, sobre todo por su libro *The Concept of Law*, bellamente escrito y luego bellamente traducido al español por el filósofo argentino Genaro Carrió. Sigo creyendo que este es un libro iluminante, que todo estudiante de derecho debería leerlo, y que su contenido sigue siendo útil, no obstante haber sido escrito hace más de cincuenta años. Sin embargo, cada vez me convenzo más de que este fue un libro local, concebido para entender el *common law* en Inglaterra y que si bien los latinoamericanos no debemos dejar de aprehender de sus explicaciones, necesitamos construir una teoría propia del derecho, que tenga en cuenta las prácticas y las realidades jurídicas de nuestros países y que, a partir de allí, sea capaz de construir los conceptos claves de toda teoría jurídica, como son la validez, la eficacia, el pluralismo legal, la soberanía popular y los derechos, entre otros.

Una buena teoría del derecho en América Latina (inspirada en las prácticas jurídicas que existen en nuestros países) y también, con mayor razón, una buena sociología del derecho, deberían, además, abordar el análisis de la eficacia simbólica. Es posible que esto sea más pertinente cuando se trata de elaborar una teoría sociológica del derecho que cuando se trata de crear una teoría dogmática del derecho. Puede ser, pero lo digo porque estoy convencido de que una buena teoría dogmática del derecho es aquella que está en sintonía con una buena teoría sociológica del derecho.

Así pues, si la primera edición de este libro se alimentaba de mi obsesión por convencer a los profesores de derecho (a quienes fueron mis profesores) de que, dadas nuestras atribuladas realidades sociales, sus enseñanzas eran incompletas e incluso engañosas y que ellas se podían remediar incorporando una perspectiva sociológica del derecho; en esta segunda, mi propósito fundamental es ir más allá de las facultades de derecho, dialogar con las demás ciencias sociales, sobre todo con la sociología política, y mostrar cómo lo jurídico es un fenómeno tan rico, influyente e interesante para los

juristas como lo puede ser para los sociólogos, los antropólogos, los economistas o los politólogos.

Si la primera edición de este libro se movía entre la teoría del derecho y la sociología jurídica, esta segunda es una especie de sociología política del ámbito jurídico;² una sociología cuyo propósito consiste en mostrar cómo en América Latina las normas jurídicas no solo han sido la herramienta técnica que se conoce, se estudia y se ejerce en los círculos legales, sino también una fuerza política esencial para el mantenimiento del orden (ese desordenado orden que es el nuestro) en sociedades esquizofrénicas, agobiadas por una brecha insalvable entre las ilusiones y las realidades sociales, entre la ley y las costumbres.

El derecho ha sido un instrumento político indispensable para encontrar un mundo posible e intermedio entre esos dos espacios sociales: entre el mundo salvaje de las rutinas que no se someten a las leyes y el mundo moderno y ajeno de las leyes que le dan la espalda a los hechos y a las costumbres. El derecho nos ha permitido mantener esos dos mundos discordantes (en medio de la esquizofrenia) sin tener que sufrir el costo de renunciar a uno de ellos; utilizando cada uno según las necesidades y los vientos que corren, con todo lo bueno y lo malo que ello implica. Para bien y para mal, el derecho ha sido la argamasa semántica que nos ha permitido vivir entre el pasado y el futuro, entre las rutinas y las ilusiones, escamoteando el presente.

En esta edición los lectores notarán, en primer lugar, una reducción del foco teórico. Las ideas que aquí expongo son, como ya dije, menos ambiciosas, menos generales y comprensivas, que las ideas que expuse en la primera edición, en la que había mucho más

2. Buena parte de mi apego por la sociología política del derecho se la debo a mi amigo y colega Jacques Commaille, quien ha sido un defensor de esta idea durante su larga y fructífera carrera.

sobre Foucault y sobre el fenómeno del poder. Soy consciente de que esta reducción de la generalidad puede decepcionar a muchos lectores, sobre todo en América Latina. Cuando discuto los temas de la eficacia simbólica del derecho con mis colegas en la Universidad de Wisconsin o en la Universidad de Grenoble, las críticas que recibo de ellos se refieren sobre todo a la parte de los modelos concretos de la eficacia simbólica (capítulo ocho) y de los ejemplos que allí expongo. “Hace falta más investigación empírica para que puedas llegar a esas conclusiones”, me dicen algunos. Cuando discuto lo mismo con mis colegas latinoamericanos, en cambio, las quejas que recibo suelen estar del lado de la insuficiencia teórica de los conceptos políticos. “No tienes una buena explicación de los conceptos fundamentales como emancipación, ideología, dominación o poder”, me dicen. Es posible que ambos tengan algo de razón. No obstante, quizás por mi propia incapacidad, me he ido limitando a tratar de responder a las críticas que me han hecho los primeros y a dejar el desarrollo de la gran teoría a otros con mejor preparación que la que yo tengo en estas lides.

En segundo lugar, los lectores encontrarán en esta edición un lenguaje más simple y más cercano al lenguaje ordinario. Otra cosa que he aprendido a valorar con el paso del tiempo es aquella expresión de Ortega y Gasset que dice: “la claridad es la cortesía del filósofo”. El primer libro fue redactado con la densidad de una tesis de doctorado y, peor aún, una tesis de doctorado escrita en la tradición académica francófona de la segunda mitad del siglo pasado, por lo general poco cortés (por decir lo menos) con el lector. Dadas estas condiciones, no deja de sorprenderme que esa edición haya tenido los lectores que tuvo. En esta segunda entrega me propuse aligerar, hasta donde me fue posible, la pesadez de ese lenguaje académico. Hoy soy más consciente de que la jerga especializada que utilizamos los académicos suele ser un arma de poder que excluye a los no iniciados y crea grupos cerrados de conocimiento que no le rinden

cuentas a nadie y peor aún, que establecen de manera arbitraria sus propias condiciones de verdad. El lenguaje ordinario, en cambio, no solo es más incluyente y democrático sino que está más preparado para enfrentar los sesgos, las poses y las falsas defensas que tenemos los académicos.

Con todo esto no quiero insinuar que esta segunda edición sea más madura o mejor que la anterior. Solo puedo decir que es la edición que corresponde al momento en el que la escribo; es la edición que, para decirlo con Heráclito, corresponde al río en el que hoy me baño. Cada libro es, como dije al inicio, el producto de una biografía, de un tiempo y este debe ser leído, interpretado y juzgado de esa manera. Algunos hechos de esa biografía, ocurridos con posterioridad a la terminación del manuscrito que dio lugar a la primera edición, marcaron de manera fundamental mi concepción actual de la eficacia simbólica del derecho. Entre ellos se encuentra mi experiencia como magistrado auxiliar en la Corte Constitucional colombiana durante los primeros años de su funcionamiento, en los despachos de los magistrados Ciro Angarita y Eduardo Cifuentes; mis investigaciones sobre la justicia hechas con Boaventura de Sousa Santos, mi vinculación con las universidades de Wisconsin y Grenoble, las cuales me han permitido conocer mejor la sociología jurídica comparada y mis investigaciones en Dejusticia sobre cultura del incumplimiento de reglas, capacidad institucional y sociología de la justicia.

Así pues, si bien este es un libro diferente al publicado hace veinte años es un libro que, digámoslo así, transita por el mismo cauce, para seguir con Heráclito y su metáfora. A pesar de las múltiples modificaciones que ha sufrido la primera edición, he hecho lo posible por mantener su espíritu y su argumento. Lo hago no solo porque sigo creyendo en las hipótesis centrales consignadas en él, sino porque, como dije antes, su contenido ya no me pertenece; es de los lectores que han creído en él y lo han utilizado durante todos

PREFACIO A LA SEGUNDA EDICIÓN

estos años. Es para esos lectores, los mismos que se apropiaron de aquel libro inicial, que escribo ahora este, con la esperanza (quizás vana) de adaptar y tal vez de perfeccionar aquellas ideas sobre la eficacia simbólica del derecho que, a través de su lectura, hicieron su propio cauce, tal como ahora, las ideas de esta nueva edición, empiezan a hacer el suyo.

INTRODUCCIÓN

Las palabras son más misteriosas que los hechos.

PIERRE MAC ORLAN,
La petite cloche de Sorbonne

En su libro *El hechicero y su magia*, Claude Lévi-Strauss explica la importancia que tienen las creencias en la curación chamánica. No se trata solo, dice, de que el reconocimiento del poder del chamán por parte de su público sea importante para el éxito de la curación, es que la curación misma solo se explica por la existencia de tal reconocimiento. “El chamán Quesalid —dice Lévi-Strauss— no se convirtió en un gran hechicero porque curaba a sus enfermos, sino que sanaba a sus enfermos porque se había convertido en un gran hechicero” (1984, p. 163).

En otro libro clásico, titulado *Teoría y estructuras sociales*, Robert K. Merton explica cómo las ceremonias indígenas de la lluvia o de la fertilidad no producen lluvia y no aumentan los nacimientos, pero cumplen con la función latente, no declarada, de reforzar la identidad del grupo.³ “Son un medio, dice Merton, por el cual se ofrece expresión colectiva a sentimientos que, en un análisis ulte-

3. La distinción entre función manifiesta y función latente es tomada inicialmente por Robert K. Merton (1956, pp. 73-94) de Sigmund Freud; pero su génesis más cercana se encuentra, según el propio Merton, en Émile Durkheim (1899, p. 95). Merton explica la diferencia en los siguientes términos: las funciones manifiestas son aquellas funciones “relativas a las consecuencias objetivas para una unidad específica (persona, subgrupo, sistema social o cultura)”; las segundas son aquellas funciones “relativas a las consecuencias inesperadas y no reconocidas del mismo orden” (1956, p. 73).

INTRODUCCIÓN

rior, resultan ser una fuente fundamental de unidad del grupo”. Así se puede descubrir que “la conducta en apariencia irracional es positivamente funcional para el grupo” (1956, p. 75).

Los autores de estas dos citas hablan de la eficacia simbólica de algunas prácticas sociales. Pues bien ese tipo de eficacia también existe en el derecho. A veces las normas jurídicas no consiguen lo que se proponen a través de la implementación de lo que en ellas se contempla, sino a través del impacto que rodea su promulgación. Otras veces las normas jurídicas consiguen otros objetivos distintos, que no estaban previstos en sus textos y que terminan siendo los que mejor explican su razón de ser. En estos dos casos la eficacia del derecho proviene más de lo que este evoca, de lo que inspira, que de lo que ordena o establece. La eficacia simbólica se origina en la ilusión de que, como dice Héctor Abad Faciolince, evocar algo sea también invocar ese algo (2012).

En cuanto productor de efectos simbólicos, el lenguaje jurídico se vale de las mismas propiedades del lenguaje general. Los enunciados del derecho, como los de todo lenguaje, no se limitan a comunicar una información sobre lo que deber ser. El lenguaje jurídico sirve para hacer cosas diferentes de las que él mismo dice querer hacer. El derecho ordena, forma e informa, no solamente a través del sentido explícito de sus textos, sino también a través de su misma producción y de su propio consumo.⁴ En palabras de Marc Galanter (el célebre sociólogo del derecho estadounidense), el derecho debe ser entendido “como un sistema de significados simbólicos y culturales más que como un sistema de controles operativos. El derecho nos afecta sobre todo a través de la comunicación de símbolos —por medio de amenazas, promesas, modelos, persuasiones, legitimaciones, estigmas y otras cosas—” (Galanter,

4. Una aplicación empírica de estas ideas puede verse en el estudio de Charles-Albert Morand (1982).

INTRODUCCIÓN

1983, p. 127). La fuerza del derecho no solo reside en la violencia que ejerce o en los incentivos que ofrece. También está, y a veces de manera prioritaria, en el poder propio del discurso jurídico; un poder que consiste, como decía Clifford Geertz en un texto célebre, en que el derecho permite imaginar la realidad (1983, p. 184); una realidad legítima y verdadera, además.

Ese es el tema de este libro. Para empezar, en esta introducción, abordo dos ideas preliminares. La primera se relaciona con las visiones que existen sobre la eficacia simbólica del derecho y la segunda con las conexiones que existen entre derecho, lenguaje y poder.

Las dos caras del derecho

Los juristas suelen suponer que la ineficacia de las normas se debe a que la gente no sigue lo prescrito por ellas, o a que desconoce su contenido. Así lo dice Liborio Hierro:

“Si las normas no se cumplen y no se aplican ello solo se puede deber a dos cosas, que el destinatario y el aplicador no quieran cumplirla y aplicarla o que el destinatario y el aplicador no sepan que tienen que cumplir y aplicar esa norma” (2010, p. 193).

Cuando estas dos condiciones ocurren, los juristas suponen que el derecho fracasa. Desde un punto de vista sociopolítico, sin embargo, la ineficacia del derecho no siempre es un fracaso, es decir, no siempre es algo que va en contravía de la intención de quienes crearon la norma.⁵ Es cierto que la aplicación de una ley puede conllevar múltiples dificultades que dan al traste con lo que se quería hacer con esa ley. Los propósitos normativos pueden chocar con

5. Sobre el fracaso de las normas jurídicas ver (Hierro, 2010).

INTRODUCCIÓN

obstáculos insalvables que habrían podido ser evitados con un mejor conocimiento de la realidad y de su relación con ciertas reglas. Todo eso es cierto; sin embargo, atribuir la ineficacia normativa solo a tales causas es desconocer que el derecho sirve para muchas más cosas de las que él mismo dice querer servir. Con frecuencia la falta de efectividad es menos una disfunción que una práctica concreta y deliberada (Lascoumes & Serverin, 1986, p. 117).

Así pues, la ineficacia del derecho no siempre puede ser explicada por la existencia de un foco de resistencia que no se somete a su fuerza impositiva; a veces es una práctica que ha sido posible gracias al derecho mismo. Más allá del asunto jurídico relacionado con el fracaso o el éxito de los propósitos legales, existe un asunto político que tiene que ver con el fracaso o el éxito de otros objetivos que no se desprenden de la lectura espontánea del texto, y que se relacionan con la promoción de ciertas representaciones colectivas necesarias para el logro de la cohesión social. El problema fundamental no se limita entonces a la pregunta por las causas del fracaso del derecho,⁶ sino más bien a la cuestión de saber en qué medida dicho fracaso responde mejor a un juego de poder dentro del cual el derecho cumple una función determinante. Así por ejemplo, Joseph Gusfield mostró cómo el verdadero significado de las normas que prohibían el consumo de alcohol en los Estados Unidos se encontraba menos en su ejecución que en su promulgación (1963).

El asunto no es pues solo que el derecho choque con la realidad que se resiste al cambio y por eso resulta ineficaz; es más bien que

6. Según Crozier y Friedberg, “[p]ierde completamente su propósito toda perspectiva de este problema que se encuentre fundada en el razonamiento habitual, según el cual el fracaso de una reforma se debe a la falta de información, a la inercia, a la rutina, a los intereses particulares, en síntesis, a la ‘irracionalidad’ o a la ‘alienación’ de los subordinados, de los clientes o de los administrados” (Crozier & Friedberg, 1977, p. 387).

INTRODUCCIÓN

la realidad no cambia porque choca con la resistencia del derecho, el cual persigue por sí mismo su ineficacia.

La reducción de la eficacia del derecho a la eficacia prevista en sus textos es parte importante de la dogmática jurídica que se enseña en las facultades de derecho. Los juristas parten de la idea de que la ley y los códigos hacen, ordenan y prescriben la sociedad que está contemplada en sus normas. Para ellos la sociedad es un reflejo del derecho. En eso se funda el llamado “mito de la codificación”, según el cual es posible regular un ámbito de la sociedad de manera que todo lo que allí suceda tenga su debida regulación. Todo ocurre como está previsto en el código. Nunca antes la palabra “ley”, con su imagen de predicción e infalibilidad, fue tan apropiada para bautizar una norma jurídica.⁷ Esta era la ilusión que estaba detrás de la promulgación del Código Civil de 1804, también conocido como Código de Napoleón.⁸ Por eso, por ser una normatividad completa, exhaustiva, los jueces no la podían interpretar, solo se limitaban a aplicar sus normas por medio de un silogismo: premisa mayor, la norma; premisa menor, el caso; y, conclusión, la decisión judicial.

Pero la realidad del derecho (antes y ahora) es otra. Después de la promulgación de la norma, en la etapa de aplicación, ocurre una lucha por el sentido del derecho tan o más intensa que la lucha que tuvo lugar cuando, en el parlamento, se discutía el proyecto que dio lugar a la ley. La lucha por la determinación del sentido de los textos jurídicos no termina con la promulgación.⁹ Hay que abandonar la

7. Sobre el origen y concepto de ley ver el importante libro de José Reinaldo de Lima Lopes (2004).

8. La identificación del derecho con la ley es un legado de la Revolución Francesa y de su influencia en la inspiración del Código de Napoleón. Al respecto véase Grossi (2003), Clavero (1994) y García Villegas (2005a).

9. Según Atias, “la promulgación no es aquel acto mágico por medio del cual la nada se transforma en derecho... El derecho se realiza cuando se aplica” (1982, p. 224). No es exagerado decir que esta creencia es el núcleo de los estudios

INTRODUCCIÓN

visión lineal del derecho que supone una continuidad entre un período político de creación del derecho, caracterizado por problemas relativos a la manifestación de la voluntad popular y otro período de ejecución, caracterizado por dificultades relacionadas con la administración pública, la aplicación judicial y la mecánica gubernamental. Buena parte del menosprecio que existe en nuestros países por la implementación del derecho y por los asuntos relativos a la ejecución del mismo, se origina en esa idealización de la primera etapa (legislativa) y el consecuente menosprecio por la segunda etapa (administrativa) del derecho.¹⁰

La fuerza social del derecho no se limita a la imposición de un comportamiento o a la creación instrumental de un cierto estado de cosas. La fuerza del derecho también se encuentra en su carácter de discurso legal y de discurso legítimo; en su capacidad para crear representaciones de las cuales se deriva un respaldo político; en su aptitud para movilizar a los individuos en beneficio de una idea o de una imagen. El derecho, dice Stuart Scheingold, tiene también una vida simbólica y ella reside en la mente de sus usuarios (Scheingold, 1974a).

Buena parte de la fuerza del derecho radica en que funciona como un utensilio que puede ser usado para distintos oficios, uno de los cuales es el propiamente jurídico. Su eficacia no solo se debe

críticos del derecho en los Estados Unidos, e incluso mucho antes que ellos, de los realistas (Fisher, Horwitz, & Reed, 1993); según todos ellos, el derecho es radicalmente indeterminado, y es en su aplicación en donde se libra la batalla por dotarlo de sentido, batalla que por lo general ganan siempre los poderosos. Ver Kennedy (1997a, 2005).

10. La exaltación de lo general y el menosprecio por la implementación de los principios generales es típico de la tradición francesa, sobre todo en la época de la Revolución de 1789. Los ingleses, en cambio siempre han pensado que esos asuntos relativos a la implementación son los más importantes. De ahí la célebre expresión anglosajona: “el diablo está en los detalles”.

INTRODUCCIÓN

medir por su capacidad para alcanzar los objetivos jurídicos que se proponen en sus normas, sino también, y a veces de manera preferente, por la capacidad para alcanzar otros objetivos, de tipo político, a través de la representación que el lenguaje normativo produce entre los receptores de esas normas.

Esta metáfora de los utensilios tiene aquí una analogía deliberada con aquella de la “caja de herramientas”, ideada por Wittgenstein para explicar las funciones del lenguaje (1988, p. 39). El derecho es un conjunto de enunciados y, en consecuencia, algunos de los secretos de su poder social pueden ser descubiertos en esta condición discursiva. El hecho de que las normas logren eficacia por medio de las representaciones que crean en los individuos hace de ellas un instrumento social necesariamente ligado al mundo de lo simbólico y, con él, al mundo de lo político.

Así pues, el derecho no siempre funciona a través de la fuerza impositiva o facultativa de sus contenidos sobre la conducta de los ciudadanos, también lo hace a través de la fuerza legitimadora de sus formas. Su incidencia social depende, en alguna medida, de la capacidad para determinar las conductas por medio de la creación de imágenes, de representaciones y no solo por intermedio de la imposición de sanciones o del otorgamiento de facultades.

Una explicación completa de la función que cumple el derecho en una sociedad no puede dejar de hacer referencia a las diferentes estrategias de poder que utilizan el lenguaje jurídico. Esta visión estratégica desmiente la idea dominante en círculos jurídicos y particularmente en las facultades de derecho, según la cual los problemas relativos a la ineficacia de las normas se explican por la imposibilidad de llevar a buen término los propósitos legales. Aquí, en cambio, supongo que la ineficacia de las normas no siempre puede ser explicada por obstáculos que impiden la realización de sus objetivos. La relación entre lo eficaz y lo ineficaz no siempre trae consigo el problema técnico implícito en la relación entre lo

INTRODUCCIÓN

realizable y lo irrealizable o en la relación entre lo bien aplicado y lo mal aplicado. La ineficacia es, con cierta frecuencia, algo deliberado, propuesto.

La fuerza social del derecho también proviene de su función de apaciguamiento. El derecho, a través de su eficacia simbólica, resuelve situaciones problemáticas o paradójicas. Así por ejemplo, cuando la brecha entre el derecho y la realidad es demasiado grande, como ocurre en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de los países latinoamericanos, una salida posible es mantener el derecho como un ideal, sin forzar un cambio inmediato de la realidad, pero sin renunciar tampoco a que el ideal sea visto como derecho válido. La manifestación más clara de esta función apaciguadora del derecho se encuentra en la célebre expresión del antiguo régimen (aplicada en la Colonia) *se obedece pero no se cumple*, utilizada para desacatar lo establecido en el derecho indiano, por supuesta imposibilidad de cumplir, sin por ello desconocer la autoridad del rey o la validez de la norma. Esa expresión ya no se usa, pero su mensaje se sigue practicando. Cuando lo establecido por el derecho es tan importante como difícil de aplicar, la eficacia simbólica cumple el propósito de conciliar la realidad con los ideales: de aceptar que el derecho es un ideal sin que ello implique renunciar a que el derecho exista, así sea como ideal.¹¹ Los mismos hacedores de normas son conscientes de ello y por eso muchas veces promulgan normas con la idea de que si bien se van a incumplir, al menos se van a aceptar. Más adelante (Capítulo 6) se volverá sobre esto.

11. Julieta Lemaitre Ripoll ha mostrado cómo la eficacia simbólica del derecho tiene mucha importancia en un país como Colombia en donde existe un contraste fuerte entre, por un lado, instituciones democráticas formales que funcionan con regularidad y amplias libertades ciudadanas y, por el otro, una violencia social endémica (la llamada “paradoja colombiana”). Su explicación de la eficacia simbólica se origina, dice ella, en esa “permanente tensión colombiana entre las armas y la ley” (2009, p. 32).

Derecho, lenguaje y poder

El derecho es un saber depositario de una gran tradición en la cultura occidental. Su estructura y racionalidad interna han sido bien estudiadas por la ciencia del derecho y por la dogmática jurídica desde hace siglos. Esa tradición continúa hoy en las facultades de derecho (sobre todo en la tradición continental, o civil, del derecho) en donde se hace un gran esfuerzo por inculcar a los estudiantes la idea de que el derecho contiene una racionalidad pura, ajena al mundo de la política. La diferencia entre derecho y política, según el tradicional profesor de derecho, radica en la manera como cada uno de estos ámbitos se relacionan con el poder y con el saber: mientras lo político sería el mundo de la lucha por el poder entre fuerzas e intereses, el derecho sería una especie de indagación axiológica sobre el mejor orden social posible.

Aquí me aparto de esta visión dogmática y adopto una perspectiva sociopolítica del derecho a partir de la cual intento mostrar (sin desconocer la autonomía relativa de la racionalidad jurídica) los estrechos lazos que existen entre el derecho, el poder político y las estructuras sociales.¹²

Los detalles de esta perspectiva sociopolítica del derecho serán desarrollados en los capítulos 2 y 6 de este libro. Por ahora, en esta introducción, quisiera referirme a dos elementos teóricos generales que inspiran dicha concepción. Ellos son, en primer lugar, la relativa autonomía (o la dependencia) del saber jurídico con respecto a las condiciones materiales en las cuales se produce y, en segundo

12. Buena parte de este modelo teórico sobre el derecho está inspirado en lo que se conoce como sociología política del derecho, desarrollada inicialmente por los clásicos de la sociología (en particular Max Weber y Émile Durkheim) y recientemente por autores como Pierre Bourdieu, Jacques Commaille, Stuart Scheingold y Michael McCann.

lugar, las implicaciones que esto tiene para una teoría social no instrumentalista del derecho.

***La relativa autonomía (o dependencia)
del derecho***

Nietzsche, y más tarde Foucault, pusieron en evidencia las falacias que encierra la separación entre un saber liberado de poder y un poder ignorante, o entre un derecho como simple ejercicio de la razón y una guerra como simple ejercicio de la fuerza. En contra de la idea de Spinoza según la cual para comprender hay que despojarse de las pasiones, Nietzsche sostenía que solo se comprende a través de cierto juego o composición entre el reír, deplorar y detestar.¹³ Al conocimiento, decía por su parte Michel Foucault, no debemos acercarnos como filósofos, sino como políticos (1986, p. 28).

Eso pasa con el derecho. En él no solo hay que ver una razón que actúa sobre sí misma, se elabora y hace sus propios progresos, sino también un fenómeno de poder complejo, a partir del cual se puede explicar parte de las transformaciones políticas de una sociedad.¹⁴

Pero no hay que exagerar. El hecho de que el saber jurídico, como todo saber, pueda ser apropiado por el poder político puede llevarnos a una relativización excesiva de los contenidos jurídicos, en donde nada permanece y nada obedece a otra cosa que al capri-

13. Este pasaje proveniente de *La gaya ciencia* (parágrafo 333) es comentado por Michel Foucault (1986, p. 26).

14. Foucault explica esta idea a partir del estudio de la técnica medieval de la indagación: "Ninguna referencia a un sujeto de conocimiento y a su historia interna podría dar cuenta de este fenómeno. Solo el análisis de los juegos de fuerza política, de las relaciones de poder puede explicar las razones del surgimiento de la indagación" (1986, p. 83)

INTRODUCCIÓN

cho de los poderosos.¹⁵ Aquí igualmente me aparto de esta perspectiva e intento mostrar cómo las posibilidades de apropiación política del discurso jurídico están limitadas no solo por las estructuras materiales (económicas) sino de igual forma por una autonomía relativa del saber jurídico dogmático respecto de tales estructuras.

Siguiendo a Pierre Bourdieu, aquí sostengo que el derecho es un campo social,¹⁶ en el cual los participantes se disputan la interpretación correcta, autorizada y legítima de los textos jurídicos.¹⁷ Aquellos que participan en el campo jurídico —como aquellos que lo hacen en el campo religioso, por ejemplo— luchan por la apropiación del poder simbólico que está implícito en los textos jurídicos. De esta manera, el derecho se convierte en la forma por excelencia de poder simbólico y de violencia simbólica.¹⁸ El poder significativo del derecho radica en el derecho que tiene para poder definir su significado.

Puesto que el derecho es un campo social en el cual reside una buena parte del capital social y simbólico disponible en una sociedad, no es sorprendente que dentro del campo existan fuertes choques entre sus miembros por la posesión y distribución de este capital. Los actores ubicados en diferentes posiciones dentro de

15. A esta conclusión no solo llegan algunos marxistas sino también algunos posmodernos. El posmodernismo en derecho se opone a la visión moderna del derecho. Al respecto ver García Villegas, Jaramillo y Restrepo (2007).

16. De acuerdo con Bourdieu y Wacquant (1992, p. 16), un campo es un conjunto de relaciones objetivas e históricas entre posiciones de actores sociales que luchan por poder o por capital.

17. En palabras de Bourdieu, “[e]l campo jurídico es el sitio de una competencia por el derecho a decir el derecho” (1986, p. 4). Esto hace del derecho un caso particularmente interesante para el estudio del poder en la sociedad; al respecto ver Madsen & Dezalay (2002).

18. Dadas las posibilidades que tienen sus practicantes para crear instituciones y con ellas realidades históricas y políticas a través del simple ejercicio de nominación.

INTRODUCCIÓN

ese campo y dotados de diversas disposiciones, luchan por decir la última palabra sobre el significado y alcance de los textos jurídicos. Tal lucha no es solamente intelectual sino también política, dado el hecho de que la mayoría de los debates jurídicos tiene implicaciones directas para la distribución del poder y de bienes que se encuentran en el campo político. Controlar el derecho es importante para controlar la sociedad.¹⁹ Es por esto que la batalla se da también por fuera del campo.

Esto no significa, como algunas teorías jurídicas nos han hecho creer, que el conocimiento de las condiciones materiales en las cuales transcurre la discusión jurídica es suficiente para conocer su resultado. El campo jurídico, con sus ritos y sus santuarios, no puede ser reducido a las fuerzas económicas ya existentes. El derecho no es solo un reflejo del mundo material (como pensaba Pasukanis (1978)). Tampoco es un conocimiento puro e independiente que pueda ser separado de las condiciones sociales en las cuales se encuentra. Estos extremos ignoran la existencia de un campo jurídico que es relativamente independiente de las demandas externas.

Una evaluación comparada de los autores, los debates y los movimientos en el campo del derecho, debe tener en cuenta la relación compleja que hay entre, por una parte, la relativa autonomía de los discursos jurídicos que luchan por apropiarse del capital simbólico y, por la otra, el contexto social y político en el cual esos discursos prosperan o fracasan. Solo así pueden ser valoradas las razones por las cuales ciertas ideas, autores o movimientos son aceptados o rechazados.

Teniendo en cuenta esta compleja red de conexiones, creo que podemos eludir no solo aquello que Lawrence M. Friedman ha de-

19. Así por ejemplo, la delimitación jurídica de los derechos de propiedad es también una respuesta a la pobreza y marginalidad social.

nominado visión “internalista”,²⁰ es decir, la tentación de explicar la evolución de una disciplina, en este caso, el derecho, rastreando las vicisitudes de sus argumentos, de sus movimientos y sus ideas, sino también el enfoque materialista que reduce el pensamiento jurídico al contexto económico en el cual se desarrolla.²¹

Por una concepción no instrumental del derecho

La relativa autonomía (o dependencia) social del saber jurídico se entiende mejor cuando se le mira desde la perspectiva de la teoría social y en particular de una teoría constructivista de la realidad social

El instrumentalismo, en teoría social, es una perspectiva epistemológica según la cual existe una realidad social externa e independiente a los sujetos o a las instituciones (P. Berger & Luckmann, 1966). Esa realidad social externa puede ser conocida y manipulada, bien sea por los actores sociales o por las instituciones (Trubek & Esser, 1989). El derecho es, entonces, concebido como una de las herramientas privilegiadas para llevar a cabo esa intervención.

El instrumentalismo exagera la autonomía del derecho y desconoce la dependencia que el derecho tiene respecto de los contextos sociales en los cuales surge. Esta visión del derecho idealiza la importación de normas y de instituciones como si fueran fórmulas mágicas para producir cambios sociales. En América Latina tenemos una larga historia de recepciones frustradas de modelos e ideas foráneos. Esto se debe a que creemos, o mejor, nos han hecho creer, que los cambios normativos e institucionales operan por sí mismos con independencia de los contextos. Pero la realidad es

20. Al respecto ver Friedman (2002).

21. Esta visión reduccionista incluye tanto el marxismo ortodoxo, como las perspectivas actuales representadas en derecho y economía.

INTRODUCCIÓN

otra. Las instituciones influyen tanto en el contexto como este en ellas mismas.

En los últimos cuarenta años la teoría social y la filosofía han hecho grandes esfuerzos por evitar el instrumentalismo.²² En lugar de concebir la relación entre el sujeto y el objeto —o entre las instituciones y la realidad social— como una relación entre entes autónomos, se conciben como elementos interdependientes, constitutivos. Ni el sujeto o las instituciones son externas al objeto y por lo tanto no pueden manipularlo como se manipula una herramienta, ni el sujeto o las instituciones están simplemente determinados por una realidad que los determina a su antojo. No hay nada en la relación entre ambos elementos que sea externo a la relación misma y por lo tanto todo es construido al interior de ella misma. En los términos de Pierre Bourdieu, el sujeto está tan “mundanizado”, como el mundo “subjetivizado”. Lo mismo pasa con la relación entre la acción social y las estructuras sociales. Entre ellas existe una relación de incidencia recíproca sin elementos externos o no influenciados por dicha relación.

Lo social no puede separar lo real de la visión de lo real; lo lógico de lo ideológico. De esta manera, se abandonan las posiciones objetivistas y subjetivistas en beneficio de una relación de determinación recíproca o de sobredeterminación. Se traslada el centro de interés al espacio en el cual tiene lugar el proceso de constitución recíproca entre las cosas y la visión de las cosas. Y así se evita, en palabras de Pierre Bourdieu, confundir las cosas de la lógica con la lógica de las cosas.

La imbricación de cosas y palabras (de sujetos y objetos, de instituciones y contextos) crea una realidad social marcada por lo simbólico. Así las cosas, el análisis de las estructuras sociales debe

22. Una discusión interesante sobre la importancia del instrumentalismo en derecho puede verse en un libro de Brian Tamanaha (2006).

INTRODUCCIÓN

ser complementado con el estudio de la percepción de tales estructuras y de la incidencia de dicha percepción en las estructuras mismas. No hay que reducir la realidad a lo que existe; la imaginación también tiene una cuota importante en esa realidad; por eso, la utopía no es un sueño empalagoso, sino parte de esa realidad. La fuerza social del derecho, en consecuencia, no puede ser medida de manera unilateral: ni a partir de los solos supuestos internos de un saber jurídico ideado por un sujeto racional e independiente, ni tampoco a partir de las solas condiciones socioeconómicas de producción. Ni saber independiente de los fenómenos sociales de poder, ni mera sobreproducción ideológica.

El libro está dividido en tres partes. En la primera se presenta una teoría general sobre la dimensión simbólica del lenguaje (1), se sientan las bases del uso simbólico del derecho (2) y se dice algo, sociológico e histórico, sobre la brecha entre el derecho y la realidad social en los países de América Latina (3). En la segunda parte se presentan tres investigaciones empíricas colombianas: el abuso de las normas de estado de sitio (4), la legislación sobre narcotráfico en los años ochenta (5) y la jurisprudencia progresista de la Corte Constitucional durante la década de los noventa (6). Finalmente, en la última parte, se expone una teoría intermedia sobre la eficacia simbólica del derecho en la cual se desarrolla el tema de la relación entre dominación y emancipación (7) y se propone una tipología de la eficacia simbólica (8). El libro termina con unas conclusiones sobre la relación entre el derecho y la política, en las que recapitulo algunas de las ideas esenciales de este libro (9).

PRIMERA PARTE
PRESUPUESTOS TEÓRICOS

CAPÍTULO I
LENGUAJE, INSTITUCIONES Y REALIDAD SOCIAL

El lenguaje es una legislación de la realidad.

ROLAND BARTHES

Un mundo perfectamente claro, sin confusión alguna, sería un mundo en el que a cada objeto le correspondería una palabra; un mundo en el cual el paso de la palabra a la imagen se llevaría a cabo sin ninguna interferencia, un mundo sin balbuceos. Esta ilusión se encuentra plasmada en las primeras frases de la Biblia: en medio de la confusión y la oscuridad —dice el Génesis— Dios crea la luz y la separa de las tinieblas; “y a la luz la llamó día y a las tinieblas noche”; luego crea Dios el firmamento y entonces “llamó Dios al firmamento Cielo”; luego secó Dios la tierra de las aguas “y a lo seco llamó Dios Tierra, y a la reunión de las aguas mares”.²³

Nuestra actitud natural frente a la realidad y frente a la vida está sustentada en esa ilusión de correspondencia entre el lenguaje y la realidad que describe el Génesis; en la idea de que el lenguaje es una especie de reproducción simbólica del mundo que nos guía sin pierde por sus vericuetos. Salvo los poetas, los locos, los mentirosos y quizás también los políticos, suponemos que todos los demás hablamos con la garantía de que las palabras tienen un sentido firme e indiscutible con el cual entendemos lo que pasa y nos comunicamos con los demás. Algo de esta ilusión la describe Borges en *Del rigor en la ciencia*, donde cuenta la historia de un pueblo que quiso

23. Al respecto véase el capítulo I (versículos 5, 8, 10) del libro Génesis, de la Biblia.

hacer un mapa que coincidiera con el espacio físico, para evitar las imperfecciones de la representación de dicho espacio.

La comunicación está fundada en el olvido de la brecha que existe entre las palabras y las cosas. Sin ese olvido la comunicación sería imposible. Nada más antipático que un interlocutor que, por estar apegado a las definiciones del diccionario, interrumpe a cada paso el hilo de una conversación ordinaria para aclarar el sentido gramatical de las palabras. Una cierta dosis de mentira es necesaria para hacerse entender.

La confianza natural que ponemos en las palabras (más todavía cuando están escritas) hacen del lenguaje un ámbito depositario de un enorme poder; el poder de nominación; el poder de decir lo que es y lo que debe ser. Como dice Roland Barthes en el epígrafe que encabeza este capítulo, el lenguaje es una legislación de la realidad y por eso mismo el lenguaje es un objeto en el que se inscribe el poder desde los orígenes de la humanidad (1980).

El resto de este capítulo se ocupará del lenguaje, de la movilidad del sentido de las palabras y de la dimensión simbólica inherente a nuestra manera de entender el mundo y la realidad social. Para abordar estos asuntos se tratarán algunos temas técnicos de filosofía y de sociología política, como por ejemplo la dimensión política del lenguaje o el carácter construido de nuestras instituciones. Estos son contenidos importantes, no solo para entender el concepto de *eficacia simbólica* sino para captar mejor la lógica de las luchas políticas que, en buena parte, son luchas por el sentido de las palabras. He hecho todo lo posible por abordar estos análisis de manera simple y clara, escamoteando las complejidades innecesarias para esta argumentación. Sin embargo, un lector afanado que quiera llegar pronto al corazón del argumento que aquí se propone o que no tenga interés por estos temas teóricos, podrá pasar, sin mayor problema, al capítulo siguiente.

La movilidad del sentido de las palabras

La confianza en un lenguaje capaz de describir el mundo sin confusión empezó a perderse desde hace por lo menos un siglo. La llamada cultura posmoderna, instalada entre nosotros en las últimas décadas, es la manifestación más evidente de esta pérdida de referentes y la mejor muestra de que los puntos del mapa se han vuelto borrosos.²⁴

El posmodernismo no es una teoría,²⁵ ni tampoco un movimiento intelectual. Sin embargo, eso no lo hace menos influyente. Durante los últimos treinta años del siglo XX las ideas posmodernas florecieron en todas las disciplinas sociales tanto como en la vida cotidiana de las personas. Esta enorme influencia se debe, quizás, a que el posmodernismo más que una teoría, es una *condición*, como dice Jean-François Lyotard. La palabra condición evoca tanto la idea de fatalidad como la de actitud. Fatalidad, porque el individuo contemporáneo ha perdido los grandes referentes teóricos que le daban sentido a sus prácticas y a la sociedad en la cual vivía. Hoy, más que nunca, nos encontramos “dejados de la mano de Dios” dice Octavio Paz en *El laberinto de la soledad*. Hoy, más que nunca, estamos en un mundo desencantado y reducido a una materialidad a la vez prosaica y compleja. Pero la pérdida del sentido no hace del posmoderno un nostálgico sino un incrédulo. El posmodernismo es, ante todo, una actitud que descrea no solo del sentido de las palabras sino también de las grandes narrativas, de las grandes expli-

24. George Pavlich sostiene que la actitud moderna siempre ha estado luchando con la actitud contra-moderna (2011, p. 138).
25. Sobre cultura posmoderna ver Derrida (1976); Vattimo (1985); también Vattimo y Rovatti (1983); sobre el tema de la crisis de la ciencia, Kuhn (1971) y Feyerabend (1981). En los últimos años los trabajos de Derrida (1997, 1998) han cobrado especial importancia en la teoría jurídica crítica. Para una aplicación de estos planteamientos en teorías jurídicas específicas, ver Balkin (2005), Halley (2005), Gordon (1984), Kennedy (1997a, 2001, 2005).

caciones del mundo. “No entiendo dónde está ese placer por ver la ciudad en su totalidad”, decía Michel de Certeau cuando observaba Manhattan desde el piso 110 del World Trade Center. Este impulso panóptico, moderno y totalizante, es un escape del mundo real y complejo en el que vivimos (De Certeau, 1999).

Pero el problema de la pérdida de sentido es algo que viene desde mucho antes de que el posmodernismo invadiera la cultura contemporánea. Si evoco aquí a los autores posmodernos no es por una particular simpatía con este movimiento intelectual (al contrario, creo que su relativismo cognitivo y axiológico le ha hecho más mal que bien a las ciencias sociales y, en particular, a lo que aquí he llamado una sociología política del derecho) sino porque son la última expresión de una constatación que viene desde, por lo menos, finales del siglo XIX, con Nietzsche y con la filosofía del lenguaje; en particular con Wittgenstein y el psicoanálisis.

Las relaciones entre los hombres, dice Nietzsche, están determinadas por el disimulo; solo así, con esta propiedad del intelecto, los más débiles pueden protegerse de los más fuertes (Nietzsche, 1974, p. 86). El resultado de esto es, por supuesto, una situación social de pugnacidad y conflicto permanente. Para superar esta situación, dice el filósofo, el ser humano, “que por necesidad y aburrimiento a la vez, quiere vivir en sociedad, se ve obligado a cumplir un pacto”; un pacto que consiste en crear una designación uniforme y obligatoria de las cosas. Así... “la legislación de la lengua aporta las primeras leyes de la verdad; nace entonces por primera vez el contraste entre la verdad y la mentira” (1974, p. 91).

El lenguaje —dice Nietzsche— es la expresión de un primer acuerdo social; un acuerdo que tiene la ventaja de proporcionar cierta seguridad en la comunicación, en la convivencia pacífica; pero su correspondencia con los hechos no es necesaria. ¿Qué es entonces una palabra?, “ella es —responde— la representación sonora de una excitación nerviosa” (1974, p. 92). He aquí el primer

paso ilegítimo de una cadena de inferencias arbitrarias; las palabras se originan a través de una sucesión de metáforas: de la excitación nerviosa a la imagen, de la imagen al sonido... de esta manera se va excluyendo paulatinamente la correspondencia entre lo dicho y la realidad.

La arbitrariedad de la palabra, agrega Nietzsche, proviene de que una vez establecida, se convierte en concepto. Así por ejemplo, la palabra *hoja* tiene el poder de designar una infinidad de objetos diferentes: hoja de papel, hoja de roble, hoja seca, verde..., etc. El concepto surge de la igualación de lo desigual, del abandono deliberado de las diferencias individuales, del olvido de lo que fue y ya no es. ¿En qué consiste entonces la verdad?, se pregunta Nietzsche. “En una multitud de metáforas, de metonimias, de antropomorfismos [...]. Las verdades son ilusiones de las que se ha olvidado que lo son, metáforas ya utilizadas que han perdido su fuerza sensible, monedas que han perdido su imagen y que ahora entran en consideración como metal y no como tales monedas” (1974, p. 93).

Los valores y la retórica

La polisemia, es decir la movilidad del sentido de las palabras, es algo inherente al habla. Pero no en todas las palabras (ni en todas las situaciones en las que se usan estas palabras) existe el mismo grado de movilidad e incertidumbre del sentido; no en todas existe la misma dificultad para asignar un significado (una idea) a un significante (una palabra). En el caso de las palabras que se refieren a los valores (la justicia, la igualdad, el bien, etc.) la polisemia es mayor que en el caso de las palabras que se refieren a objetos materiales (una casa, un árbol, un río). No obstante, las palabras que se refieren a los valores hacen parte esencial de nuestras vidas y son utilizadas en un amplio espectro de posibilidades: desde una conversación

banal sobre gustos, digamos, estéticos o políticos hasta los grandes discursos de fundamentación política y moral.

Casi nadie duda de los valores cuando se miran de manera aislada, uno por uno. La libertad, la bondad, la prudencia, la virtud, todos apostamos por ellos. El problema se presenta cuando dos o más valores entran en conflicto en un caso concreto. El ejemplo clásico es el de la igualdad y la libertad. Ambos son importantes, valiosos. Sin embargo, en la práctica, ocurre con frecuencia que la protección de uno va en contravía de la protección del otro. Un modelo de organización social que privilegie la libertad deberá enfrentar la desigualdad de sus individuos y, viceversa, un modelo empeñado en lograr igualdad deberá restringir algo de libertad para lograrlo. Toda la tensión entre el liberalismo y el socialismo parte de esa dificultad para conciliar estos dos valores.²⁶ La gran división política en que vivió el mundo durante casi todo el siglo XX estuvo fundada en esta tensión. “En los países capitalistas —dice Claude Julien— lo social (igualdad) no es más que un subproducto de la economía (libertad)” (1988); de la misma manera, en los sistemas comunistas, la libertad es solo un subproducto de lo social.

Lo mismo sucede al interior de los países democráticos. En ellos se busca un cierto balance entre la idea de que hay que ser solidarios con las personas a las que les va mal en la sociedad, sobre todo con los pobres, los enfermos, los viejos, los discapacitados, etc., y la idea de que hay que premiar a las personas por sus méritos y triunfos en la competencia social. Ambos son ideales de justicia; el primero es altruista, el segundo, individualista (Duncan Kennedy, 1976). Las sociedades que no logran un balance adecuado entre estos dos ideales se vuelven desiguales y egoístas, cuando solo miran

26. Al respecto ver Rawls (1978), en especial la explicación sobre los dos principios de justicia (p. 82 y ss.).

por el lado del individualismo, o perezosas y estancadas, cuando solo miran por el lado del altruismo.

Tensiones como estas son las que suelen resolver los tribunales constitucionales cuando juzgan casos sobre protección de derechos. Así por ejemplo, las constituciones consagran el derecho al medio ambiente sano y también el derecho a la libertad de empresa. Pero ninguno de esos derechos es absoluto, ambos deben ser conciliados en la práctica. El trabajo del juez consiste en resolver qué tanto de cada uno de esos derechos es practicable en cada uno de los casos que se le presentan.²⁷

Así pues, el problema de los valores es relacional. Por eso, dice Victoria Camps, “ningún valor significa casi nada en términos absolutos o exclusivos. La práctica de los valores es el aprendizaje de sus mutuas limitaciones...” (1988, p. 108).²⁸ Esto no solo vale en el terreno de las ideologías y de las visiones del mundo; igualmente vale para la vida cotidiana: la verdad y la sinceridad son apreciadas positivamente, por sí solas, pero en ciertos casos concretos, como por ejemplo las llamadas mentiras piadosas, deben ceder ante el valor de la caridad o de la justicia. “Desde el punto de vista de la estructura de una argumentación —dicen Chaïm Perelman y Lucie Olbrechts-Tyteca— la jerarquía de los valores es más importante que los valores mismos” (1976, p. 86).²⁹

27. La decisión así tomada por el juez es lo que en derecho constitucional se conoce como *subregla*. Robert Alexy denomina tales subreglas *normas adscritas*, y las define de la siguiente manera: “las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente” (1993, p. 94).

28. Sobre el poder de los valores y de las nociones generales ver el libro de Fernando Savater, *Panfleto contra el Todo* (1978).

29. A este propósito pregunta Victoria Camps: “¿Qué vale más, la vida o la libertad, esta o la igualdad?; ¿qué conviene sacrificar en caso de conflicto entre ellas?; ¿cómo debe entenderse la igualdad para que no entorpezca el uso de la liber-

La movilidad del sentido del habla puede ser la fuente de muchos malentendidos, de conflictos y de desencuentros en las relaciones sociales, pero también es la fuente que alimenta actividades humanas tan importantes como el arte, la literatura, la publicidad y, en buena medida, la política. El arte de gobernar depende mucho del talento para hablar de manera convincente y esto, a su turno, depende de un adecuado uso de la movilidad del sentido de las palabras. Lo que es una dificultad desde el punto de vista semántico puede ser una ventaja desde la perspectiva pragmática o política. La indeterminación de los valores y su dificultad para construir un discurso claro sobre la realidad se convierten así en una herramienta útil para el logro de ciertos propósitos discursivos, muy comunes en el campo de la política o de las dogmáticas jurídica y religiosa. La incoherencia y la falta de concreción de una argumentación, no necesariamente debe ser entendida como una falla o una debilidad, sino precisamente como aquello de lo cual esos discursos obtienen su eficacia y su poder.³⁰

Un ejemplo que ilustra bien esta posibilidad se encuentra en la eficacia lograda por la Declaración Universal de Derechos Humanos desde su promulgación en 1948 hasta finales de la llamada Guerra Fría, en 1989. Durante casi todo este período el mundo estuvo dividido en dos bandos que tenían concepciones bien diferentes de los derechos humanos.³¹ Eso no les impidió adherir al texto de la declaración. Pero los dos bloques se adhirieron al texto, en términos generales, no a sus consecuencias ni a su aplicación. Era preci-

tad?; ¿cuándo el ejercicio de la libertad es una violación clara del derecho a la vida?; ¿es permisible la defensa, el alargamiento de una vida con el simultáneo descuido de otras vidas?" (1988, pp. 108-109).

30. "La misma claridad —dicen Perelman y Olbrechts-Tyteca (1976: Vol.1 140)— puede ser un obstáculo para lograr otras funciones del lenguaje".

31. Al respecto ver Morgenthau (1948).

samente esa generalidad la que permitía el acuerdo; un escrito más detallado sobre protección de derechos humanos seguramente no habría sido aceptado: cada Estado puso todo su empeño en el logro de un compromiso, entre una redacción dotada de una generalidad suficiente que dificultara la eficacia de una eventual acusación contra sus propias acciones, y una especificidad tal que permitiera los beneficios retórico-políticos de haber logrado un acuerdo importante. La Declaración se encontraba en el límite entre la aceptación espontánea que se presta a los lugares comunes y la adhesión a un compromiso. Los signatarios no se acogían a lo dicho por el texto, a pesar de sus vacíos, sino precisamente por ellos. La incertidumbre en relación con las consecuencias —entre las cuales la ausencia de mecanismos de control es solo una entre otras— era la garantía de la convivencia entre unos enunciados impecablemente redactados en una perspectiva universal y una realidad colmada de atropellos.

La generalidad de la Declaración Universal, su tono fundamental, eran precisamente la causa de su utilidad política y de su inutilidad normativa.³² No existen mayores dificultades para lograr acuerdos de esta clase, pues mientras más generales son los términos, menos cuentan las diferencias entre las partes y por lo tanto más difícil es su aplicación.³³ Valores tales como verdad, bondad, belleza,

32. Hoy en día no se puede hacer un juicio tan contundente sobre la inutilidad jurídica o normativa de la Declaración y en general de las normas de derechos humanos, las cuales han ganado en eficacia durante las últimas décadas, en buena parte debido a la fuerza que ha tomado la dimensión emancipatoria del derecho. Al respecto, ver Darian-Smith (2013); Jhabvala (1987); Rajagopal (2003); Uprimny, R; Uprimny, I.M. & Parra (2006); Uprimny (1992). Una visión más crítica del papel del derecho internacional de los derechos humanos en el mundo global puede verse en la perspectiva de los estudios poscoloniales en el derecho (Merry, 2004).

33. Sobre esta estrategia Philip Thomas dice lo siguiente: “La utilización de la ambigüedad puede ayudar a satisfacer las expectativas de todos los lectores externos. El texto de los signatarios indica acuerdo, sin compromiso, y una interpreta-

absoluto —dicen Perelman y Olbrechts-Tyteca— “no pueden ser considerados como válidos para un auditorio sino bajo la condición de no especificar su contenido. Apenas intentamos precisarlos, solo encontramos la adhesión de un auditorio particular” (1976, p. 81).³⁴

Tratándose de valores, el orden de los factores sí altera el producto; libertad antes que igualdad, significa que en caso de conflicto —cosa habitual— el criterio de solución será la libertad en detrimento de la igualdad. No existe posibilidad real de una sociedad totalmente libre e igualitaria a la vez. El mayor grado de libertad y de igualdad posibles se traduce, en los hechos, en una atenuación del alcance de estos valores en relación con las situaciones en las cuales cada uno de ellos es dominante. Por eso, la relación de unos valores con otros no es una cuestión de sumatoria sino de ponderación (Luhmann, 1983, 1987).

En su proclama inicial contra la República, el general Francisco Franco terminó sus palabras haciendo un llamado al pueblo español por la reconquista de la fraternidad, la libertad y la igualdad. Franco retomaba entonces los famosos principios anunciados por los revolucionarios franceses de 1789: “liberté, égalité, fraternité”; solo que en su proclama se cuidó bien de que el segundo principio ocupara el tercer lugar y el tercero ocupara el primero; coincidencia y divergencia justas que le permitieron ser demócrata y tirano a la vez. La verdad es que Franco, con su taxonomía, quiso decir mucho más de lo que la mayoría de sus interlocutores percibió en ese mo-

ción que satisface las demandas de la audiencia externa. La escogencia de las palabras y de la gramática, que permite al lector leer en el texto un significado particular, muestra como la ambigüedad es utilizada como medio para manejar el desacuerdo” (1990, p. 88).

34. En este mismo libro se señala un poco más adelante: “Nadie se sorprenderá entonces de que aquellos valores universales que son considerados como los instrumentos de persuasión por excelencia, se encuentren representados por las nociones más confusas de nuestro pensamiento” (p. 148).

mento, esto es, que lo último era la igualdad. Por eso, Martín Kriele sostiene, quizás con una pizca de exageración, que “un catálogo constitucional de derechos fundamentales es perfectamente compatible con el absolutismo, con la dictadura y con el totalitarismo” (1980, p. 160).

En síntesis, aquí no me interesa la dificultad connatural al lenguaje para representar de manera unívoca una cierta realidad, sino más bien el espacio de confrontación política que se desprende de la posibilidad de su uso polisémico. No me interesa entonces la perspectiva clásica de la lingüística³⁵ que se preocupa por el aspecto técnico de la previsión de unos hechos en un texto, sino más bien el capital político que se esconde detrás de una redacción cuyo valor se encuentra principalmente en aquella parte de su contenido explícito, que por diferentes razones no se traduce en las consecuencias que se esperarían de su lectura. En otras palabras, me interesa el estudio del lenguaje visto como una palestra política que puede ser utilizada para neutralizar el alcance de algunos valores, atenuar intereses contradictorios, consagrar valores subrepticios, justificar acciones que recogen otros valores, etc. El lenguaje es pues un espacio abierto, susceptible de una apropiación, de una conquista que no aparece en las palabras, pero que está presente como condición de posibilidad del tejido conceptual del discurso.³⁶

La movilidad del sentido del habla también se puede apreciar cuando la relación entre cosas y conceptos se mira en sentido inverso al planteado hasta el momento, es decir, ya no a partir de la

35. Al respecto son famosas las siguientes obras: de Saussure (1945), Chomsky (1968, 1975, 1979), Morris (1938) y Coseriu (1967).

36. Al respecto dice Bourdieu: “Cuando se trata a la lengua como un objeto autónomo, aceptando la separación radical que hacía Saussure entre lingüística interna y lingüística externa, entre la ciencia de la lengua y la ciencia de los usos sociales de la lengua, estamos condenados a buscar el poder de las palabras en las palabras, es decir allí donde no se encuentra” (1982, p. 103).

generalidad de las palabras, sino a partir de un objeto o un hecho que puede ser descrito con múltiples palabras, frases, normas.³⁷

Este tema fue tratado por Aristóteles bajo el nombre de *retórica*. No todo asunto —según el filósofo— puede ser objeto de utilización retórica: aquello que es claro, o aquello que es incomprendible, no necesita para nada de los recursos de la retórica. Solo el espacio intermedio entre estos dos extremos justifica la búsqueda de una manera adecuada de decirlo, con el propósito de convencer a alguien de aquello que es verdadero. Chaim Perelman, por su parte, mostró la riqueza que tiene la aplicación de este tema en las ciencias humanas y especialmente en el derecho. El saber de estas ciencias —explica Perelman— no está determinado por una lógica de lo racional, sino por una lógica de lo razonable; no se encuentra regulado por el concepto de convicción sino por el de adhesión (1979, 1984). De acuerdo con esto, la retórica se sitúa en el campo de lo axiológico y no en el de lo lógico: una tesis no es aceptada por su capacidad de imposición racional, por su verdad, sino por su mayor valor. En este ámbito la adhesión es una cuestión de grado; se puede aceptar un valor en lugar de otro, no porque este último sea falso, sino porque es menos razonable. La adhesión es también una cuestión de sitio: el lugar hace más o menos razonable un valor. Pero la adhesión es, sobre todo, una cuestión de estrategia: resulta dominante aquella tesis que logra despertar la susceptibilidad del auditorio en favor de unos valores. Por eso, un discurso que pretenda ser eficaz debe, ante todo, sopesar el conjunto de valores que suelen ser aceptados por el auditorio.

37. Esta doble posibilidad del lenguaje es descrita por Roland Barthes en los siguientes términos: "...un libro entero puede ser el significante de un solo concepto y a la inversa, una forma minúscula [...] podrá servir de significante a un concepto cargado de una rica historia" (1980, p. 211).

La percepción que tenemos de la realidad es siempre selectiva; el mundo que tenemos por real es ya un mundo escogido, depurado. La realidad es la realidad que vislumbramos. Stephen Spender lo dice claramente:

“Casi todos los seres humanos tienen una percepción muy indeterminada de la realidad. Para ellos es real solo un pequeño número de cosas que ilustran su interés, mientras que las demás cosas, que en el fondo son también reales, parecen meras abstracciones”.³⁸

De aquí la importancia del concepto de *presencia* indicado por Perelman: “no basta con que una cosa exista para que se tenga el sentido de su presencia” (1976, p. 123); es necesario, además, que la manera como se expone la existencia de dicha cosa ante el auditorio tenga la capacidad de persuadir a los receptores. Y para lograr esta persuasión no es suficiente con que la información sea transmitida. Un discurso pacifista, por ejemplo, no puede hacer frente de la misma forma a un grupo de jóvenes universitarios, que a un grupo de jóvenes oficiales del ejército. Dos maneras de decir una misma cosa no producen siempre los mismos efectos: referirse a un hombre —dice Perelman— en términos de “cuerpo animado” o de “alma encarnada” puede traer resultados distintos; no es lo mismo hablar de Napoleón como “el vencedor de Austerlitz”, que como “el prisionero de Santa Elena”. Un mismo hecho puede presentarse de maneras diversas: un régimen militar como una dictadura o como una revolución; un guerrillero como un terrorista o como un luchador por la libertad; un apretón de manos entre un gobernante y un obrero puede ser una alianza popular o una traición a la clase

38. Citado por Perelman y Olbrechts-Tyteca (1976, p. 125) a partir de un texto de varios autores bajo el título de *The Gold that Failed* (Crossman, R.H & Koestler, A, 1949, p. 253).

obrero. El lenguaje no es simplemente un instrumento de comunicación, es sobre todo un medio de acción, de persuasión. Por eso Wittgenstein decía: lo que yo hago es propaganda de una forma de pensar opuesta a otra (C. Bonilla, 1986, p. 201; Wittgenstein, 1972).

Delimitación del campo simbólico

No existe acuerdo sobre la definición de lo simbólico. Los significados que se le otorgan a esta palabra suelen aludir a dos cosas: al sentido figurado o indirecto, por un lado, o a la vaguedad e indeterminación de las representaciones simbólicas, por el otro. Veamos.

En primer lugar, el campo de lo simbólico puede delimitarse a partir del concepto de sentido indirecto o figurado. Cada enunciado —dice T. Todorov— puede ser utilizado e interpretado de maneras totalmente diversas; una expresión como “Juan estará aquí dentro de dos horas”, puede servir —según el caso— para informar, en una situación A, que Juan vendrá a tal hora, o para informar, en una situación B, otra cosa totalmente diferente, como por ejemplo: “debemos irnos antes de que Juan llegue”. Si el “sentido” propio del discurso —continúa Todorov— puede merecer el nombre de directo, este último, el del caso B, es entonces un sentido discursivo indirecto, que se agrega al anterior (Todorov, 1986, p. 9). De acuerdo con esto, “un texto o un discurso resulta simbólico en el momento en el que nosotros, por medio de un trabajo de interpretación, descubrimos que existe un sentido indirecto” (Todorov, 1986, p. 16).

Sin embargo, la idea de interpretación para descubrir el sentido indirecto de los enunciados no parece ser suficiente para delimitar el campo de lo simbólico. Umberto Eco prefiere hablar de este campo, no como un modo de producción de significado, sino más bien como una modalidad de interpretación textual. Para definir

esta noción en un sentido estricto —dice Eco— debe reconocerse “no solo una presunción de analogía entre simbolizante y simbolizado [...] sino también una vaguedad fundamental del significado” (1984, p. 225).³⁹ Para que exista símbolo, según este autor, debe existir analogía —y por lo tanto referencia a varios sentidos— pero sobre todo debe existir “nebulosidad del contenido” (1984, p. 226). Una rueda, por ejemplo —dice Eco— puede crear la representación de ciertas propiedades: la circularidad, la capacidad de proceder tendencialmente hacia el infinito, la equidistancia, etc.; lo simbólico consiste en utilizar algunas de estas representaciones y excluir otras, dentro de un contexto específico (1984, p. 253).

En esta vaga alusión, a uno o varios contenidos, se encuentra la clave de lo simbólico. Por eso, “el símbolo se mantiene fresco cuando es indescifrable”, dice Eco (1984, p. 226). Sabemos hoy mejor que nunca, por ejemplo, que en el corazón no está la sede del afecto, sin embargo, esto no ha disminuido en lo más mínimo la fuerza del culto al Sagrado Corazón; ello se debe a que lo que cuenta en este uso simbólico no es la analogía —débil en el caso del corazón— sino precisamente la vaguedad del contenido.

Por eso, lo característico del símbolo es su capacidad para sugerir, para despertar interpretaciones que no aparecen en el significado literal de las palabras. El poder de evocación es la fuerza de lo simbólico. En la literatura, por ejemplo, la diferencia de valor entre dos obras que transmiten la misma idea suele estar en la manera como se lleva a cabo esta transmisión; la obra buena lo dice a través de símbolos que permanecen abiertos, que pueden ser rein-

39. Roland Barthes se refiere en términos similares a la función semiótica del mito: “...de ninguna manera se trata de una esencia abstracta, purificada, es una condensación inestable, nebulosa, cuya unidad y coherencia dependen sobre todo de la función” y más adelante, “es una suerte de nebulosa, la condensación más o menos imprecisa de un saber” (Barthes, 1980, p. 211 y 214). Una explicación de la importancia del mito en el derecho puede leerse en Fitzpatrick (1992).

terpretados continuamente, la otra lo dice claramente, sin misterio, sin encanto.⁴⁰ No expresar, tan solo sugerir, en eso consiste toda la nueva poética, decía Anatole France.

Algo de esto vale también para las ciencias humanas: algunos enunciados del marxismo clásico tales como “lucha de clases”, o “dictadura del proletariado”, luego de haber originado tanta interpretación y tanto comentario, han perdido capacidad para explicar la realidad, suscitando relaciones desconocidas, haciendo ver una realidad no vista, evocando otro sentido del mundo. “Aquello que hace valer un pensamiento —dice Vattimo— [...] no es lo que dice, sino más bien aquello que deja no dicho haciendo venir todo a la luz, quedándose en un modo que no es aquel del enunciar” (Vattimo, 1965, p. 152).

Ahora se puede aclarar mejor la idea de Umberto Eco sobre la insuficiencia de la noción de sentido indirecto para explicar lo simbólico: la diferencia entre un sentido literal o directo y un sentido implícito o indirecto es especialmente clara en ciertas figuras retóricas, como la metáfora o la metonimia; pero, según Eco, ello no las convierte, en sentido estricto, en símbolos. Una metáfora, como por ejemplo, “tus cabellos de oro”, no puede ser interpretada literalmente, pues esto sería aceptar una mentira. Con el símbolo, en cambio, no sucede lo mismo: el sentido literal permanece y la coherencia semántica se mantiene. En relación con el sentido literal, la evocación suscitada por el símbolo no es una mentira, es más bien un agregado deformado que convive con el símbolo mismo.⁴¹ No estamos, entonces, en presencia de una relación entre realidad

40. Al respecto ver el libro de Octavio Paz, *El arco y la lira* (1956).

41. De nuevo, la explicación de Roland Barthes sobre el mito, vale para este punto: “El mito no oculta nada y no pregona nada: deforma; el mito no es ni una mentira ni una confesión: es una inflexión” (Barthes, 1980, p. 222).

e imaginación (como en el caso de la metáfora) o entre verdad y mentira, sino entre realidad y sentido.

Con independencia de quién tiene la razón en este debate técnico, mi impresión es que, si bien el concepto de sentido indirecto es insuficiente para proporcionar una definición estricta de lo simbólico, no es de ninguna manera ajeno a esta definición. Como se verá en lo que sigue de este libro, *vaguedad y sentido indirecto* suelen combinarse en la estrategia simbólica. Incluso el mismo Todorov admite que ambas cosas son relevantes: una de las diferencias más evidentes entre una secuencia discursiva y una evocación simbólica —dice Todorov— consiste en la indeterminación e imprecisión de esta última (1986, p. 73).

Pragmática y violencia simbólica

Una perspectiva pragmática del lenguaje es también una perspectiva política. La lengua no es un instrumento de comunicación que se encuentra disponible de la misma manera y bajo las mismas implicaciones para todos los habitantes de una sociedad.

“Fuera de los usos literarios —dice Pierre Bourdieu— es raro que, dentro de la existencia ordinaria, la lengua funcione como un puro instrumento de comunicación. La práctica lingüística comunica inevitablemente, más que la información declarada, una información sobre la manera (diferenciada) de comunicar [...] la cual [...] recibe un valor social y una eficacia simbólica” (Bourdieu, 1982, p. 60).

Las distintas maneras de hablar producen y reproducen las diferencias sociales. La competencia para hablar “con propiedad” proviene de una determinada posición en la sociedad: la técnica deriva del estatus y no el estatus de la técnica, o mejor dicho, como dice

Bourdieu, no se pertenece a una posición social porque se habla bien, se habla bien porque se pertenece a una posición social (Bourdieu, 1982, p. 64).

De esta manera, la comunicación funciona como una especie de eufemismo del poder. La lengua sirve para permitir el ejercicio de un poder que de otra manera parecería como algo insoportable. La imprecisión de las palabras, la incapacidad de los enunciados para reflejar la realidad, no son una limitación contra la cual se está en lucha permanente, sino más bien una facultad que hace posible el ejercicio de las relaciones de poder, sin que ello implique el recurso a la violencia física. Según esto, la cuestión no consiste en comprender cómo las relaciones entre los miembros de la sociedad son posibles a pesar de las imperfecciones que presenta el lenguaje; más bien se trata de entender cómo estas imperfecciones son una condición de posibilidad de aquellas relaciones.

Lo simbólico, entonces, no es algo que viene a menoscabar un lenguaje cuyo fin —o cuyo deber ser— responde a una especie de imperativo comunicacional regido por criterios de verdad; lo simbólico no es una fatalidad que eventualmente viene a contaminar un lenguaje puro; lo simbólico es una condición inherente al lenguaje. “El hombre —dice Ernst Cassirer— no puede enfrentarse ya con la realidad de un modo inmediato; no puede verla, como si dijéramos, cara a cara. La realidad física parece retroceder en la misma proporción que avanza su actividad simbólica. En lugar de tratar con las cosas mismas, en cierto sentido conversa constantemente consigo mismo” (Cassirer, 1987, p. 47 y 48), y en otro de sus libros, el mismo Cassirer escribe: “más que una estrecha relación entre lenguaje y mito, lo que existe es una implicación recíproca” (Cassirer, 1993, p. 35).⁴²

42. En sentido similar ver Fitzpatrick (1992); Kahn, (1999); Rosen, (2008); Schlag, (2002); Wagner, Tracey & Benavides (2005).

El valor de lo simbólico está en la capacidad que tiene para producir sentido y significación. Los símbolos, como los valores, obran en conjunto; forman cadenas de relaciones que construyen un sistema complejo para la comprensión del mundo. Harry Pross sostiene que cada orden político tiene su propia "teoría del conocimiento" (1980, p. 149). Cada sociedad adquiere sentido, coherencia y seguridad en sus prácticas sociales y en sus relaciones, con la adopción de todo un sistema simbólico que hace ver la realidad de cierta manera (por lo general, aquella manera en que los súbditos están dispuestos a percibir la dominación y el empleo de la fuerza, como algo distinto a la pura dominación o al empleo de la fuerza).

Hoy más que nunca, se sabe que el debilitamiento de un poder no siempre proviene de la falta de fortaleza para imponer sanciones, o de la incapacidad para utilizar la fuerza física contra sus destructores. El debilitamiento se origina, con frecuencia, en el desgaste de sus símbolos; en su incapacidad para ejercer la dominación de tal manera que los individuos sometidos perciban el ejercicio del poder como algo necesario y justificable, y no simplemente como una dominación descarnada. El aforismo según el cual todo poder viene de los fusiles no vale más allá de los límites específicos de algunas circunstancias revolucionarias. "Ni siquiera la situación de fuerza bruta militar —dice Harry Pross— que reduce el lenguaje a la orden, sale bien parada sin una fuerte simbología 'representativa'" (1980, p. 91). Aún los Estados más consolidados necesitan dirigir esfuerzos hacia el afianzamiento cotidiano de sus símbolos.

Todos los regímenes políticos utilizan medios que se debaten entre la cruda aplicación de la fuerza física y la persuasión por medio de símbolos ideológicos u otros. Ambos mecanismos no son excluyentes: generalmente la decisión de recurrir a la fuerza física requiere de otra batalla, que se libra al mismo tiempo que aquella, a través de los medios de comunicación. Más aún, el desgaste de la capacidad de persuasión simbólica se traduce, por lo general, en un

aumento del empleo de la violencia y viceversa. Aquellos que dominan en una sociedad lo logran no solo a través de la posesión de capital económico; también lo consiguen a través del capital cultural y de una cercana conexión entre las dos formas de capital (Swartz, 1997, pp. 136-137). Esta articulación funciona de tal forma que los sistemas simbólicos —por medio de los cuales establecemos clasificaciones y determinamos las categorías esenciales de inclusión y exclusión social— no tienen solamente una función cognitiva, sino también una función política de dominación. Lo simbólico es también una práctica violenta en la medida en que impone un significado al mundo y a las relaciones sociales, de tal manera que el poder económico y político pierde su arbitrariedad y desafuero originales y aparece como algo normal y aceptable. Aquí es importante la idea de “desconocimiento” (*méconnaissance*) elaborada por Bourdieu. Actividades y recursos ganan en poder simbólico en la medida en que resultan separados de los intereses materiales y por tanto se desconocen, se disfrazan como formas desinteresadas de actividades y recursos. No solo todas las acciones son interesadas sino que el éxito de la acción depende en buena parte de que sea llevada a cabo de manera tal que su carácter interesado no sea reconocido.

El poder simbólico no es solamente un poder discursivo y caprichoso, como suelen dar a entender ciertas teorías posmodernas, sino también un poder que está claramente conectado con la estructura económica de la sociedad. La eficacia del capital simbólico, en términos de diferenciación social y jerarquía, radica en su correspondencia con otras formas de capital, entre las cuales el poder económico es fundamental. En palabras de Bourdieu, “dado que el capital simbólico no es otro que el capital económico o cultural cuando este es conocido y reconocido de acuerdo con las categorías de percepción que él mismo impone, las relaciones de poder simbólico tienden a reproducir y a reforzar las relaciones de poder que constituyen la estructura del espacio social” (1987, p. 160). Por esta razón, los esquemas para percibir el mundo no son simplemen-

te sistemas de conocimiento, sino también sistemas de dominación social que demuestran la importancia de la división objetiva entre las clases sociales.⁴³

La cultura, dice Bourdieu, no puede entenderse por fuera de las condiciones económicas y culturales en las cuales actúan los sujetos. Las preferencias culturales nunca son desinteresadas y solamente pueden comprenderse partiendo de una teoría del poder simbólico. La cultura es un conjunto de disposiciones internalizadas por los individuos a través de un proceso de socialización que constituye esquemas de percepción y de comprensión del mundo. Estas funcionan solo en la medida en que haya cierta correspondencia con el orden jerárquico que representan. “Existe una correspondencia entre las estructuras sociales y mentales, entre la división objetiva del mundo social —particularmente entre dominadores y dominados en los diferentes espacios— y los principios y las clasificaciones de las visiones del mundo que los agentes aplican a ese mundo” (Bourdieu, 1989, p. 7). Esta correspondencia cumple funciones políticas esenciales en la sociedad. Los sistemas simbólicos no son solamente herramientas de conocimiento sino que, primero y sobre todo, son instrumentos de dominación. El capital cultural funciona de la misma manera que el capital económico, y por supuesto, está íntimamente relacionado con él. Toda la producción cultural está orientada a la producción de dividendos, esto es, de recompensas.⁴⁴

43. Según Bourdieu, la clase social no tiene una realidad objetiva, como pensaba Marx. Lo que existe es un “espacio de diferencias en el que existen las clases, podríamos decir, virtualmente... no como datos sino más bien como algo inventado” (Bourdieu, 1994, p. 28). Loic Wacquant explica cómo en Bourdieu “la sociología del conocimiento o de las formas culturales es eo ipso una sociología política, es decir, una sociología del poder simbólico” (Bourdieu & Wacquant, 1992, p. 14).

44. Según la lectura que hace Loic Wacquant de Bourdieu, los conceptos de *habitus*, capital y espacio, amplían el alcance de los intereses, al mismo tiempo que reducen el de la utilidad y la conciencia.

Pero no solo las instituciones, enraizadas en el poder económico, detentan poder simbólico. Los subordinados igualmente juegan en la lucha por obtener capital simbólico; y en esa lucha, a veces ganan. Las batallas de los grupos y movimientos sociales por los derechos y por la justicia también son disputas simbólicas que ponen en tela de juicio la visión imperante, normal y legítima de la sociedad. En esas disputas, los actores que detentan el poder económico y político llevan ventaja, pero esa ventaja no elimina la lucha, ni da por descontada la victoria de los poderosos. Por eso la violencia simbólica no solo suele ser un instrumento de dominación política en las manos de quienes detentan el poder económico y político. De igual forma puede ser un espacio propicio para la emancipación social y para liberar a los grupos oprimidos. Las normas progresistas, que garantizan derechos y contemplan una organización participativa y democrática del poder son armas de doble filo: pueden servir tanto para normalizar y *reificar* una realidad social que parece a todas luces injusta, como para empoderar a los titulares de esos derechos para hacer de esa realidad social otra cosa diferente de lo que es.

Eficacia simbólica del lenguaje e instituciones

Para finalizar, este capítulo se referirá a dos implicaciones importantes que se derivan de la visión del lenguaje que se ha venido explicando en los apartados anteriores. Ellas son, en primer lugar, la superación de la dicotomía entre subjetivismo y objetivismo en la teoría social, y segundo, la relación de recíproca incidencia que existe entre las instituciones y los contextos sociales.

Subjetivismo y objetivismo

En los estudios de ciencias humanas es frecuente la disyuntiva entre una visión del mundo cuyo principio impulsor proviene de lo

real, y que se impone como algo contra lo cual no se puede resistir; y una visión que deposita en los seres humanos toda la carga de la dinámica y de la evolución social. Así, objetivismo y subjetivismo perciben dos mundos sin conciliación posible: de un lado, un sujeto racional y libre que continúa la obra creadora original, haciendo cada día el mundo que desea; del otro, un sujeto anclado en un devenir histórico, que define su posición en la sociedad, su pensamiento y su suerte.

“De todas las oposiciones que dividen artificialmente la ciencia social —dice Pierre Bourdieu— la más fundamental de todas, y la más ruïnosa, es la que se establece entre subjetivismo y objetivismo” (1980, p. 43). Ni la realidad social es anterior a los sujetos que la constituyen, ni los sujetos pueden postular anterioridad en relación con la realidad social que los constituye.

Si el mundo puede ser reinventado con las palabras y las construcciones simbólicas, ello no puede conducir a un subjetivismo ciego frente a las condiciones materiales en las cuales esa invención tiene lugar. Michel Foucault decía que cada situación histórica permite solo aquellos enunciados que son posibles. Lo que se dice en un momento específico es únicamente aquello que se puede decir, y esto no porque exista una instancia represora que actúa como filtro de lo debido (aunque claro, esto también ocurre) sino porque hay una correspondencia entre los discursos que aparecen en el saber y las condiciones limitadas que dieron lugar al surgimiento de dichos discursos. En otras palabras, solo se dice lo que se puede decir, no porque lo “no decible” esté prohibido, sino porque este “no decible”, es un “no posible”, en la medida en que simplemente se dice algo necesario que corresponde a unas condiciones materiales específicas. Aquello que parece una locura, un desafuero, un disparate, lo es en cuanto que su manifestación dentro de una visión específica del mundo no se adecuaba a los parámetros

de racionalidad considerados como válidos dentro de una comunidad.⁴⁵

Así pues, ni subjetividad total, ni objetividad total, ni siquiera punto intermedio; otra cosa: relación de influencia recíproca entre un mundo subjetivizado y un sujeto mundanizado. No existe entonces, separación posible, ni diferenciación temporal, entre la percepción del mundo y la construcción del mundo. No existe una realidad de un lado y un lenguaje del otro. Ambos elementos se integran en una relación que determina a los sujetos y a los objetos involucrados de una manera recíproca. Las cosas y las palabras, lo que se ve y lo que se dice, lo visible y lo enunciable, no hacen parte de una categoría aleatoria o exterior que se suma a la sociedad; son algo substancial que define y constituye la sociedad misma.

De todo esto se desprende, a mi juicio, la siguiente consigna epistemológica: las ciencias sociales deberían evitar, por un lado, el cinismo de ciertos posmodernos que creen que todo el sentido de los discursos es arbitrario, de lo cual surge una crítica voraz, y sin norte, contra todo lo que se dice y, por el otro, el dogmatismo de ciertas visiones materialistas de la realidad social (desde el neoliberalismo hasta el marxismo) que suponen que todo lo que se dice está ya explicado por los incentivos o por las relaciones económicas de dominación.

Las instituciones y los contextos

Así como entre los sujetos y la realidad social hay un fenómeno constructivo de incidencia recíproca, lo mismo ocurre con la relación entre las instituciones y los contextos sociales. Entre el lenguaje, los sujetos y las instituciones existe una relación constitutiva

45. Al respecto Harry Pross señala lo siguiente: “Los sujetos que pretenden hacer valer los órdenes egocéntricos más allá del ámbito adecuado de la privación reciben el estigma de los enfermos, pueriles, divergentes, caóticos” (1989, p. 42).

de incidencia recíproca. O para decirlo en los términos sencillos de Joel S. Migdal, “las instituciones y los símbolos han estado en el centro de la continua reinvencción de la sociedad” (2011, p. 64).

Dado que mi interés aquí es por el discurso jurídico, como parte esencial de la institucionalidad estatal, en lo que sigue abordo brevemente el estudio de esa relación constitutiva entre instituciones y contextos.

La falta de conciencia sobre la importancia de esta relación constitutiva ha creado (desde los tiempos inmemoriales de la Colonia) una visión idealizada de las instituciones y en particular del derecho. Según esa visión se piensa que basta con crear normas para cambiar la realidad social. Esto ha hecho que la historia política e institucional de América Latina sea, en buena parte, la historia de la recepción infructuosa de instituciones foráneas que funcionan y producen buenos resultados en sus países de origen, pero que una vez implantadas en nuestras sociedades, o bien no sirven para nada, o bien producen otros efectos diferentes a los esperados.

Lo más desalentador es que esta idea de la mutua dependencia entre contextos e instituciones no es una idea nueva en el continente; ya en la primera mitad del siglo XIX Juan Bautista Alberdi y sus colegas argentinos —los miembros de la llamada Generación de 1837: Esteban Echeverría y Domingo Faustino Sarmiento, entre otros— sostenían la imperiosa necesidad de conocer las condiciones sociales y culturales antes de importar instituciones desde Europa.

¿Cómo es posible entonces que esta idea no haya suscitado más atención entre los políticos y los diseñadores de instituciones de América Latina? Quizás esto se deba a que el desconocimiento de las condiciones fácticas en las que operan las instituciones no solo se explica como un fracaso, el de quienes están encargados de la recepción o de la importación de instituciones foráneas, sino también

como una estrategia política. Una estrategia que consiste en crear instituciones para obtener los beneficios de legitimación provenientes de la institución importada, sin que ello implique aceptar los efectos prácticos de su puesta en funcionamiento. Otra explicación posible proviene simplemente de que lo más fácil —lo más eficaz en el corto plazo político— es copiar instituciones y traducirlas en reformas legales.⁴⁶

Sea lo que fuere de las causas de este menosprecio por los contextos, el hecho es que esta práctica institucional se ha acentuado en los últimos años con el avance del institucionalismo.⁴⁷ Desde hace por lo menos dos décadas existe un consenso sobre la importancia que tienen las instituciones en el desarrollo económico y en el fortalecimiento de la democracia. “Hoy todos somos institucionalistas” dice Gerard Roland (2004). Según Hoff y Stiglitz, “el desarrollo ya no se concibe como un proceso de acumulación de capital sino como un proceso de cambio organizado” (2001). No obstante, como lo advierten Evans y Portes, los sociólogos y algunos economistas heterodoxos vienen diciendo lo mismo desde hace mucho más tiempo sin que sus ideas tuvieran eco (Evans, 2007; Portes, 2005); solo cuando algunos economistas brillantes, ungidos por el premio Nobel, empezaron a decirlo, todos los estudiosos del tema empezaron a reparar en ello.

El hecho es que este consenso ha dado lugar, dice Peter Evans, a la imposición de “proyectos basados en versiones idealizadas de las instituciones angloamericanas bajo la presunción de que su aplicación trasciende las circunstancias nacionales y las culturas”

46. Para una ilustración de este debate ver Watson (2000), Legrand (1999) y Bonilla (2009).

47. Son varios los tipos de institucionalismo existentes hoy en día. John Campbell diferencia las siguientes escuelas de análisis institucional: Rational Choice Institutionalism, Organizational Institutionalism e Historical Institutionalism (Campbell, 2004); a esto le agregaría el institucionalismo sociológico; ver *infra*.

(Evans, 2004, p. 30). Este fenómeno es denominado por Evans “monocultivo institucional” (*institutional monocropping*).⁴⁸ Gerard Roland distingue entre “instituciones de movimiento lento” (*slow moving institutions*) —tales como la cultura— e instituciones de movimiento rápido (*fast moving institutions*) —como las normas y los proyectos organizacionales—. En su opinión, la razón por la cual los trasplantes de proyectos institucionales fracasan en buena parte de los países del Tercer Mundo es que ellos chocan con las instituciones de movimiento lento, tales como normas y estructuras de poder atrincheradas (Roland, 2004).

Las teorías propuestas por economistas institucionalistas conciben las instituciones como si fueran herramientas que operan en una realidad que les es externa (como un taladro que perfora una tabla). Pero esta visión instrumental ha sido muy cuestionada por la teoría social de las últimas décadas, sobre todo por los sociólogos, los cuales suelen tener una visión más compleja y sofisticada de las instituciones y de la manera cómo funcionan (Rodríguez & Portes, 2012). Siguiendo la metáfora de Evans sobre los cultivos, la manera

48. Por su parte, Alejandro Portes sostiene que, ante la ausencia de un marco teórico fuerte, los institucionalistas se han contentado con exportar a los países del sur del mundo los modelos jurídicos y organizacionales anglosajones, sin el más mínimo cuidado o matiz, como si eso bastara para lograr el desarrollo (Portes, 2005, p. 7). Pero esos injertos institucionales (*institutional grafting*) —dice Portes— “tienen lugar en un nivel muy superficial del problema y por lo tanto se enfrentan a la oposición potencial de dos conjuntos de fuerzas arraigadas en las estructuras profundas de las sociedades receptoras: aquellas fundadas en valores y aquellas fundadas en el poder” (2005, p. 16). Cuando las instituciones importadas operan en los niveles epidérmicos, o visibles de la sociedad, sin posibilidad de afectar las realidades profundas o incluso intermedias, los resultados inesperados de esas instituciones no se hacen esperar, dice Portes. Esto es lo que ha pasado en América Latina con proyectos aparentemente bien concebidos —a partir de instituciones que han tenido éxito en otros contextos— de incontestable necesidad y sobre los cuales aparentemente hay consenso, como por ejemplo la reforma agraria.

como las instituciones operan en la realidad social es algo que parece estar más cerca de una planta que de una herramienta. Eso se debe a que la realidad social en la cual intervienen las instituciones no es una realidad externa a ellas mismas. Por el contrario, es algo integrado a la planta misma, como el terreno, la altitud, la humedad y la luminosidad. Por eso el trasplante de un árbol es tan delicado como el de una institución. No basta con abonar el terreno. Si no se dan condiciones similares a las que originalmente tenía ese árbol, simplemente no crece o no produce frutos. Lo mismo pasa con el trasplante de instituciones.

Al leer a estos economistas neo-institucionales se tiene la impresión de que la suerte de los países solo depende de las instituciones que prevalecen en una determinada sociedad y que ese hecho, es decir la presencia de esas instituciones, es el producto de una decisión libre, o casi libre, de las élites políticas dominantes. Así por ejemplo, en la comparación entre el desarrollo de los Estados Unidos y América Latina, algunos autores dan la impresión de que todo se originó en el tipo de reglas que se adoptaron en cada una de estas regiones: inclusivas y abiertas en un lado, excluyentes y cerradas en el otro.⁴⁹ Sin embargo, esta explicación parece no tener en cuenta los factores profundos, culturales y estructurales que incidieron en la adopción de estas instituciones. ¿Hasta qué punto era posible que la Corona española hubiese adoptado la libertad económica cuando dependía del oro para sobrevivir? ¿Qué habría pasado si los ingleses hubiesen encontrado grandes cantidades de oro en Norteamérica y grandes civilizaciones indígenas que trabajaran para ellos? ¿Habrían optado por el liberalismo económico? ¿Qué importancia tuvieron, en este destino diferenciado, las visiones del mundo ligadas a las dos concepciones religiosas que predominaron en cada uno de esos

49. Es el caso del influyente y reciente libro de James Robinson y Daron Acemoglu, *Why Nations Fail* (2012).

espacios? Posiblemente, como lo sugiere John H. Elliott, si la conquista de lo que hoy llamamos América hispánica hubiese sido una empresa inglesa, los resultados institucionales habrían sido similares a los que conocemos hoy en América Latina (2006, p. 596).

El hecho de que hayamos adoptado, con ciertas modificaciones, la cultura institucional española durante la Colonia no solo se debe a que los españoles importaron sus propias instituciones, se debe también a que dichas instituciones respondieron mejor a una red de poderes y a una estructura social de dominación impuesta por los españoles mismos.

Las instituciones, sin duda, son importantes para el desarrollo. Pero no son varitas mágicas que resuelven todos los problemas. Su capacidad para producir cambios depende de muchas cosas, entre ellas de las estructuras profundas —de poder y de cultura— que operan en el contexto social que recibe a la institución. De ahí el llamado que hace Alejandro Portes a favor de lo que él denomina un “institucionalismo denso”, es decir un institucionalismo que tenga en cuenta las condiciones económicas y culturales profundas en las que opera y sin las cuales no tiene posibilidades de éxito (Portes, 2005) (Rodríguez & Portes, 2012).

Este institucionalismo denso también se opone a una concepción materialista de la realidad social según la cual las instituciones no importan, bien sea porque son meros reflejos de realidades económicas que sustentan de manera ineluctable la dominación social, como en el caso de las teorías marxistas, o bien sea porque encarnan propósitos ilusorios, que carecen de la fuerza necesaria para modificar los contextos y las prácticas sociales en América Latina, como en el caso de algunas visiones sociológicas del derecho y las instituciones.⁵⁰ Estas visiones escépticas, por lo general defendidas

50. En sus escritos sobre la tradición jurídica latinoamericana, Jorge Esquirol critica no solo las visiones tradicionales del derecho, sino también aquellas visiones

PRESUPUESTOS TEÓRICOS

por cierta izquierda en América Latina, sobre la capacidad de las instituciones para incidir en los cambios sociales, parece tan inadecuada como la visión ingenua de la derecha económica según la cual todo depende de la decisión voluntaria de acoger instituciones que producen incentivos positivos favorables al desarrollo económico.

El marco teórico delimitado en este capítulo será útil para entender mejor el análisis de las funciones sociales del derecho que sigue a continuación. Así por ejemplo, el estudio pragmático del discurso jurídico, apoyado en la movilidad del sentido del lenguaje, servirá para mostrar cómo las normas funcionan, en contextos específicos, como herramientas, como recursos, que pueden ser utilizadas de diversas maneras en diferentes ocasiones y espacios. En este uso estratégico del lenguaje se encuentra la clave de la capacidad del derecho para articular prácticas sociales, normalizar la dominación, contribuir a la cohesión social, etc.

sociológicas que reducen toda su explicación al problema de la brecha entre lo que dicen los textos y lo que sucede en la realidad (bien representadas en la corriente conocida como *law and development*) y cuya consecuencia principal consiste en descalificar el derecho como una instancia relativamente autónoma, con potencialidad para transformar la realidad social (Esquirol, 2003, 2011).

CAPÍTULO 2

DELIMITACIÓN DEL USO SIMBÓLICO DEL DERECHO

Derrière toutes les formes d'aménagement de la société et d'organisation des pouvoirs se trouve toujours présent, gouvernante de l'arrière-scène, la "théâtrocratie".

GEORGE BALANDIER

En el pasado, cuando las leyes se establecían para ser aplicadas en pequeñas comunidades, la promulgación se hacía por medio del bando, el cual consistía en una lectura a viva voz del texto jurídico en la plaza pública, acompañada por el contundente sonido de un tambor o de una trompeta. Este ritual tenía la función de informar a los habitantes del poblado sobre la vigencia de una nueva regla. Pero además, y esto era lo más importante, cumplía un papel simbólico fundamental al representar, con la voz y el sonido del tambor, la existencia de una norma y del poder legítimo que estaba detrás de ella.

La relación entre una norma y su "puesta en escena", entre la ley y el bando, sigue siendo una de las mayores dificultades para comprender el sentido social y la realidad del discurso jurídico. El problema radica en que la fuerza reguladora del derecho puede provenir de la imagen que produce la norma o de su implementación, sin que necesariamente estos dos elementos se encuentren en la relación de complementariedad y unidad que la dogmática jurídica supone.

Publicar una idea, grabarla, codificarla, escribirla, no son actos inocuos, de trámite. Son actos que agregan un elemento importante, a veces fundamental, a la idea misma. No es lo mismo decir algo

en una conversación que plasmarlo en una constitución. Alejandro López, un escritor colombiano de mediados del siglo XX, interesado en temas económicos y sobre todo en el de la tierra, decía que en su país el “papel sellado” (papel con un sello que emite el Estado) todo lo podía, con lo cual daba cuenta del poder que detentaban aquellas personas que se apoderaban de la tierra de los campesinos a partir de documentos falsos, pero con la apariencia de verdaderos por el hecho de estar plasmados en ese tipo de papel.

Así pues, la forma que adquieren las normas jurídicas es algo que entraña un gran poder. La forma no debe ser entendida simplemente como una parte del proceso de comunicación en la que se establece un vínculo entre los productores de un discurso y los receptores. La forma no se sobrepone al contenido —como lo hace un empaque con la materia que contiene— para protegerlo, para hacerlo más viable, más accesible, más “él mismo”. Ya lo decía, a mediados del siglo pasado, el genio de la teoría de los medios de comunicación, Marshall McLuhan: “el medio es el mensaje”.

La forma se integra al contenido para moldearlo, para ordenarlo, para hacer de él algo nuevo, algo comunicable. Al respecto dice Bourdieu:

“Existe una eficacia propiamente simbólica de la forma. La violencia simbólica, cuya mejor expresión es sin duda el derecho, es una violencia que se ejerce, si se puede decir, en las formas, poniendo formas. Poner formas, es dar a una acción o a un discurso la forma que se reconoce como conveniente, legítima, aprobada [...] la fuerza de la forma [...] es esta fuerza propiamente simbólica que permite a la fuerza ejercerse plenamente, haciéndose desconocida como fuerza y haciéndose reconocer, aprobar, aceptar, por el hecho de presentarse bajo las apariencias de la universalidad —aquella de la razón o de la moral—” (Bourdieu, 1987, p. 103).

Este capítulo está dividido en dos partes. La primera se refiere a la eficacia simbólica del derecho y a sus dificultades conceptuales; la segunda explica tres puntos de vista sobre este tipo de eficacia.

El concepto de eficacia simbólica

Según lo dicho, la incidencia social del derecho puede provenir de la capacidad impositiva o reguladora de los contenidos jurídicos o de la capacidad vinculadora de los símbolos que evoca cuando se publica. Estos dos tipos de incidencia corresponden a la diferencia entre lo instrumental y lo simbólico. La transformación de la realidad a través de medios caracteriza la acción instrumental, mientras que las acciones orientadas a la producción de significado, en el contexto de comunicación e interpretación, caracterizan las acciones simbólicas.⁵¹

51. Algunos autores distinguen entre lo instrumental, lo simbólico y lo expresivo. Así por ejemplo, Mark Tushnet y Larry Yackle hablan de tres categorías de leyes: (1) instrumentales, afectan la realidad social que dicen querer afectar; (2) expresivas, también afectan la realidad social pero, simultáneamente, inciden en los valores y preferencias asociados con esa realidad y (3) simbólicas, se limitan a establecer valores o preferencias sin tener objetivos instrumentales o expresivos (Tushnet & Yackle, 1997). Sobre la diferencia entre simbólico e instrumental ver igualmente Gusfield (1967, p. 175), Ryken y Jenness (2008) y Jenness (2004) (Hierro, 2010). Sobre los diferentes tipos de discurso jurídico ver Correas (1993). La idea según la cual el derecho incide socialmente a través de diferentes maneras o dimensiones, ha sido expuesta, entre otros autores, por Boaventura de Sousa Santos quien distingue tres dimensiones del derecho: la institucional, la coercitiva y la simbólica. Cada una tiene un principio que la determina: el de legalidad-racionalidad, en el primer caso, el de seguridad, en el segundo y el de consenso en el tercero. Según B. de S. Santos, “en cuanto más elevado es el nivel de institucionalización de la función jurídica, menor tiende a ser el espacio retórico del discurso jurídico y viceversa, cuanto más poderosos son los instrumentos de coerción al servicio de la producción jurídica, menor tiende a ser el espacio retórico del discurso jurídico” (1991, p. 61).

Así pues, la eficacia del derecho opera en dos terrenos. Veamos.

Las normas jurídicas pueden ser *instrumentos prácticos dirigidos a la acción*.⁵² En este caso la existencia de una norma no se explica simplemente por su validez formal sino por su capacidad para producir un cierto comportamiento en los individuos destinatarios de la norma.⁵³ Este es el poder de regulación propiamente jurídico, el mismo que ha sido atribuido por antonomasia al derecho en las obras de innumerables filósofos y sociólogos. En lo que sigue me referiré a este poder del derecho como *eficacia instrumental*.

Las normas jurídicas también pueden ser *símbolos dirigidos a la representación*. En este caso, su fuerza radica en el impacto mental que produce un discurso legal con capacidad para establecer la diferencia entre lo lícito y lo ilícito, lo justo y lo injusto, lo verdadero y lo falso y entendido como parte fundamental de instituciones político-jurídicas legítimas. Aquí el texto jurídico, como el texto recitado por el chamán al curar a sus enfermos (ver Introducción), crea una mediación puramente psicológica (Lévi-Strauss, 1984, p. 173) y, de esta manera, consigue el efecto que persigue.⁵⁴ Así como en la curación chamánica la forma mítica prevalece sobre el contenido del relato, en el derecho puede suceder que la forma simbólica prevalezca sobre el contenido instrumental de la norma. En lo que sigue me referiré a este poder del derecho como *eficacia simbólica*.

52. Este punto de vista ha sido señalado por Hägerström (1953) y por otros miembros del realismo jurídico escandinavo como Karl Olivecrona (1971).
53. Autores como John Austin y Hans Kelsen hicieron un particular énfasis en esta función del derecho. Según ellos, es la disuasión, a través de la sanción, lo que explica la existencia de una norma jurídica (Kelsen, 1981). Otros autores, sin desconocer la importancia de la sanción, destacan la idea de obligación, transmitida a través de reglas jurídicas, como razón del cumplimiento del derecho (Dworkin, 1977).
54. Lo imaginario esclarece el fenómeno político, dice Georges Balandier (1992); en sentido similar Murray Edelman (1964) y Roger Cotterrell (1992) (1991).

Ahora bien, esta dicotomía presenta dos dificultades prácticas: en primer lugar, los dos conceptos no están completamente separados: hay algo de eficacia simbólica en la eficacia instrumental y viceversa. En segundo lugar, la delimitación conceptual y, sobre todo, la medición de la eficacia de una norma es un tema complejo y difícil.

***La eficacia simbólica de la
eficacia instrumental (y viceversa)***

Estos dos tipos de fuerza normativa son tipos ideales,⁵⁵ son herramientas analíticas, no descripciones de la realidad. En la práctica, lo instrumental y lo simbólico se presentan como grados de eficacia, como dimensiones que no siempre se pueden diferenciar. Ello es así, entre otras cosas, porque, como digo, hay algo simbólico en lo instrumental y algo instrumental en lo simbólico.

La eficacia instrumental de una norma implica una cierta representación de legitimidad o al menos de aceptación del ordenamiento jurídico en el cual está inscrita esa norma. La representación del derecho como legítimo, o al menos como válido, es una condición de la eficacia instrumental de una norma particular. O dicho en otros términos, la existencia de una norma es una parte, que implica la existencia de un ordenamiento, que es un todo. La eficacia instrumental de la parte entraña la eficacia simbólica (e instrumental también) del todo.

Toda norma jurídica, en cuanto discurso institucional depositario del poder de nominación y de delimitación de lo legal y de lo justo, tiene una dimensión simbólica. Este sentido genérico de lo simbólico está vinculado de manera estrecha al concepto de “aceptación del derecho desde el punto de vista interno” descrito por H.L.A. Hart. En toda sociedad, explica Hart, hay personas que

55. El concepto de tipo ideal fue originalmente propuesto por Max Weber en *Economía y sociedad* (1978).

aceptan las reglas y voluntariamente cooperan en su mantenimiento; así como hay personas que rechazan las reglas y las consideran únicamente desde un punto de vista externo como signos de un posible castigo (1961, p. 113). La aceptación del derecho y su cumplimiento independiente de la posibilidad de la sanción, al menos en los funcionarios públicos, es un fenómeno necesario para predicar la existencia de un ordenamiento jurídico (1961, p. 125). Así pues, la eficacia instrumental de una norma está sustentada en la representación del derecho como legítimo (y como eficaz), es decir, en una especie de eficacia simbólica del ordenamiento jurídico.

De otra parte la eficacia simbólica no siempre se reduce a una eficacia mental, limitada a las representaciones. Ella puede también estar dirigida a la acción en el sentido de que toda modificación de la visión del mundo implica, o por lo menos puede implicar, modificaciones en el comportamiento. Así, la eficacia simbólica puede estar destinada a producir ciertos comportamientos que el creador de la norma persigue; por ejemplo, la promulgación de un estatuto antiterrorista con efectos meramente simbólicos puede incrementar la aceptación de un gobernante y conducir a que la gente vote por él.

El concepto y la medición de la eficacia instrumental

Si bien hay muchas situaciones en las cuales se puede afirmar con claridad que una norma es eficaz o ineficaz, establecer una definición clara de la eficacia, válida para todo tipo de normas, es algo problemático, casi imposible. Un primer esclarecimiento útil es el que hace Liborio Hierro cuando distingue cuatro formas de eficacia de las normas jurídicas: eficacia como cumplimiento por parte de los subordinados; eficacia como aplicación por parte de las auto-

ridades del Estado; eficacia como éxito de los objetivos y eficacia como eficiencia.⁵⁶

Quizás el tipo de eficacia más sencillo y cercano al imaginario común sea el de la eficacia como éxito. Pero incluso este tipo de eficacia es difícil de establecer. ¿Cuándo podemos decir que una norma afecta una conducta? ¿Es posible distinguir entre efectos legales y otros efectos? ¿Cuál es el impacto del sistema jurídico en el comportamiento de personas cuya conducta está igualmente determinada por otros sistemas de normas como la moral o la costumbre? Estas son preguntas complejas que no alcanzo a responder en este texto.⁵⁷ Me concentraré en la más sencilla, que es la primera de ellas.

Para empezar hay que señalar que existen casos fáciles y casos difíciles de resolver. Así por ejemplo, cuando un militar ordena dar un paso al frente a una fila de soldados, apreciar el cumplimiento de esta orden es algo relativamente sencillo (Friedman, 1975, p. 47). De la misma manera, es fácil constatar la eficacia de ciertas normas de tránsito o incluso de algunas normas penales como el homicidio.

Mientras más generales sean los términos de una norma, más posible será una interpretación amplia de la misma y por lo tanto más difícil será establecer criterios de eficacia. Pero incluso las normas más precisas son susceptibles de interpretaciones diferentes al

56. En vista de estas dificultades algunos prefieren hablar del concepto de implementación. Distintos términos se utilizan para hacer referencia a este proceso de aplicación de las normas que aquí denomino "implementación". En la tradición anglosajona se habla de impacto (Friedman, 1975) o de adjudicación (*adjudication*) cuando se trata del proceso de interpretación (Duncan Kennedy, 1997b). En la sociología jurídica francesa se utiliza la expresión "puesta en marcha" (*mise en oeuvre*) en lugar de implementación; al respecto ver Blankenburg (1986).

57. A la última de estas preguntas, es decir aquella sobre conflictos entre sistemas normativos (ley, moral y cultura), se trata de responder en García Villegas, *Normas de papel* (2009).

momento de ser aplicadas. En el ejemplo de la fila de soldados, un paso corto o un salto, pueden ser percibidos por el superior como una desobediencia.

De otra parte, es más fácil apreciar la eficacia de normas que distinguen entre conducta permitida y conducta prohibida, que la eficacia de normas simplemente permisivas (*idem*). Con base en esta idea, Jean Carbonnier introduce una separación entre leyes que establecen proposiciones, como aquellas normas generales que regulan los contratos; leyes que reconocen derechos y libertades, como por ejemplo aquellas que permiten el recurso de los trabajadores a la huelga; y por último, leyes prohibitivas, como las del código penal (Carbonnier, 1978).

Más conocida es la distinción que puede hacerse entre las reglas y los principios. Las primeras son normas específicas que contemplan los presupuestos fácticos en los cuales se aplican, mientras que las segundas son normas generales que consagran valores o derechos. Las primeras se aplican o no (todo o nada) mientras que las segundas se ponderan con otras normas de su misma naturaleza, en casos específicos y se aplican en mayor o menor medida.⁵⁸ En este sentido es más fácil constatar la eficacia de una ley que ordena, por ejemplo, la construcción de un muro en un sitio determinado, que determinar la eficacia de una norma que protege el derecho a la libertad de expresión en contextos en los cuales este derecho choca, por ejemplo, con la protección del derecho a la intimidad.⁵⁹

Todo el trabajo de implementación normativa consiste en una adaptación de propósitos a una realidad que no siempre es fácil de manejar. Incluso las normas más contundentes y precisas del derecho penal, tales como la prohibición de matar o de robar, poseen

58. Es difícil encontrar normas que nunca requieran interpretación, como lo sostenía la Escuela de la Exégesis a mediados del siglo XIX (Botero, 2010a).

59. Sobre esta distinción ver Alexy (1993) y Arango (1997).

sanciones cuya eficacia depende en gran medida no solo de la participación de la ciudadanía y de los recursos materiales necesarios para la persecución de los delincuentes, sino también de la orientación que los aparatos policivos dan a sus actividades, de acuerdo con una apreciación de la noción de gravedad o de alarma social: la decisión de perseguir un tipo de delincuentes en detrimento de otros, en unos lugares y no en otros, a ciertas horas, con ciertas armas, etc., moldea, la eficacia de dichas normas y muestra cómo el espacio de lo discrecional no termina con la promulgación y cómo la realidad del derecho no se reduce a la constatación de normas sancionadas y promulgadas (Lemaitre Ripoll, 2009) (Calavita, 2010).

Los abogados suelen suponer que los objetivos normativos son claros, lo cual no siempre es cierto. A veces el objetivo perseguido por la norma puede ser percibido a través de su lectura, o del análisis de su proceso de creación. Aún en los casos en los que esto es posible, puede suceder que tal objetivo no sea claro, o su realización sea imposible. Hay que desconfiar de la posibilidad de deducir el objetivo de una ley de los titulares que la encabezan o incluso de sus mismos considerandos. Se debe tener en cuenta que los objetivos pueden variar temporal y espacialmente; que no siempre están explícitos, que a veces incluso no existen, o que son inventados durante la implementación de la norma.⁶⁰ Una estrategia utilizada por las instancias gubernamentales consiste en producir normas sin objetivos o cuyos objetivos no son claros desde el inicio, o que conducen a la realización de alternativas contradictorias.

Otro problema es que la eficacia está emparentada con conceptos muy cercanos. Así, se suele establecer la diferencia que este término tiene con otros dos emparentados: la *efectividad* y la *eficiencia*.

60. A veces son construcciones posteriores a la acción, que permiten racionalizar el comportamiento de los actores.

Se habla de normas efectivas (o de eficacia en sentido amplio) cuando estas logran la realización de la conducta prevista en ellas, sin que ello implique el logro de los objetivos establecidos en el texto jurídico.⁶¹ Una reforma tributaria, por ejemplo, es efectiva cuando logra que las personas paguen los impuestos contemplados en la norma, sin que de ello se derive que los objetivos de la reforma se cumplieron.

Se habla de *eficacia* (en sentido estricto) cuando una norma, además de conseguir que se cumpla la conducta prevista, logra que se cumplan los objetivos previstos en ella. Así, la señalada reforma tributaria será efectiva si no solo se logra el pago de los impuestos sino también recaudar el dinero que se pretendía.

Por último se habla de *eficiencia* cuando se logran los objetivos previstos a través de la utilización de los mejores medios posibles. En el ejemplo planteado, los objetivos tributarios logrados se consiguieron con el menor costo posible. Según Hierro:

“Una norma es eficiente para alcanzar un estado de cosas propuesto, si, siendo su cumplimiento o aplicación un medio adecuado para obtener tal estado de cosas y no contradiciendo ningún principio del sistema, es la norma que menos costes de aplicación tiene y la que produce menores efectos laterales negativos” (Hierro, 2010, p. 180).

No sobra aclarar que este tipo de precisiones (incompletas, por supuesto) se refieren a un tema que no es aquel del cual se ocupa en este libro. Se refieren a la eficacia instrumental o eficacia propiamente jurídica. Esto explica por qué no se profundiza en los

61. No existe un acuerdo en la literatura con respecto al uso de estos conceptos. Con mucha frecuencia efectividad y eficacia se utilizan como sinónimos. Al respecto ver Mader (1985, p. 65), Commaille (1985), Carbonnier (1958) y Morand (1982, 1985).

distintos problemas que se han anotado en los párrafos anteriores y que deberían hacer parte de una teoría del derecho.⁶²

Ahora es posible definir la *eficacia simbólica* del derecho como una estrategia de los operadores jurídicos (instancias creadoras o aplicadoras del derecho) o de los receptores del derecho (ciudadanos, grupos sociales, etc.) que consiste en utilizar aquello que el lenguaje jurídico evoca en sus textos, con el propósito de conseguir fines políticos diferentes de los plasmados en la norma misma y a partir del efecto comunicativo que dichas evocaciones originan en los receptores de la norma.⁶³ Mientras la *eficacia instrumental* logra el cumplimiento de la conducta a través de la difusión de la idea de obligatoriedad —o de castigo, según el caso— la *eficacia simbólica* logra sus objetivos por medio de la difusión de una idea de legitimidad, de autoridad o de justicia.

Las visiones de la eficacia simbólica del derecho

El reconocimiento de la dimensión simbólica no es algo inusual en los estudios del derecho. No lo es, en primer lugar, en el ámbito téc-

62. Quien quiera profundizar en este tema, puede leer el libro de Liborio Hierro (2010).

63. En relación con la existencia de objetivos implícitos determinantes, Luzius Mader afirma que “la realización de objetivos instrumentales puede depender de la realización de objetivos simbólicos; pero también es posible que una legislación que es un fracaso en el plano instrumental, tenga éxito a nivel de la representación, o a la inversa” (1985, p. 81). Sobre eficacia simbólica en el derecho penal, Ost y Van Kerchove dicen que “...la disociación entre los efectos instrumentales y simbólicos de la norma penal coincide con la disociación entre dos actos jurídicos diferentes; la adopción de la norma, de un lado y su aplicación, del otro; o si se prefiere, con una disociación entre validez formal de la norma y su efectividad” (1987, p. 342). Ver también Blankenburg (1986), Morand (1985), Edelman (1977) y Carbonnier (1958).

nico de la doctrina jurídica; así, lo simbólico ha tenido cierta importancia en el derecho constitucional,⁶⁴ en el derecho penal,⁶⁵ laboral⁶⁶ y ambiental.⁶⁷ Lo simbólico tampoco es extraño en las reflexiones teóricas, sociales, o políticas que se hacen sobre el derecho.⁶⁸ Sin embargo, a pesar de todos estos desarrollos, no existe una visión clara, ni en la doctrina, ni en las ciencias sociales, sobre el significado de la dimensión simbólica de lo jurídico. Las concepciones varían con los autores, los países y las épocas. Para intentar clarificar este panorama amplio y disperso, a continuación se diferencian tres maneras de abordar la dimensión simbólica del derecho.

Visión liberal

En el estado moderno la legitimidad viene de la legalidad, es decir del derecho. “El más fuerte no es nunca bastante fuerte para ser siempre el señor si no transforma su fuerza en derecho y la obediencia en un deber”, decía J.J. Rousseau.⁶⁹ Por eso la célebre afir-

64. En Estados Unidos hay una bibliografía muy amplia sobre los efectos simbólicos de las constituciones, ver Brigham (1987), Scheingold (1974b) y Lerner (1973). Para el contexto latinoamericano, ver Marcelo Neves (1994), Eduardo Faria (1988), Boaventura de Sousa Santos (1986) (1977) y Eduardo Novoa Monreal (1980).

65. Ver por ejemplo Berger, Seattles y Neuman (1988), Grattet y Jenness (2008) y Jenness y Smyth (2011).

66. Ver Moore y Newman (1985).

67. Ver Lascoumes (1991) y Lane (1998).

68. En filosofía del derecho, ver, por ejemplo, Lenoble y Ost (1980), Noreau (2009) y Coskun (2007); en sociología jurídica ver Macaulay, Friedman y Mertz (2007), B. de S. Santos (1995); en sociología política del derecho ver Edelman (1964, 1977), Calavita (1996) y Chevallier (2003); en semiótica jurídica ver Kelsall (2009), Kelsall y Michelle Staggs (2009) y Witteveen (1999).

69. Estas son las primeras palabras del capítulo tercero, del libro primero de El contrato social (Rousseau, 1993).

mación inglesa de que “no es el rey el que hace la ley, sino la ley la que hace al rey”.⁷⁰

Quizás el poder más notable del derecho es su capacidad para convertir el uso de la fuerza en un ejercicio de poder legítimo, o al menos válido; es decir, para transformar el poder desnudo en autoridad. La diferencia entre una banda de ladrones, bajo el mando de un poder que impone conductas a través de órdenes amenazantes y un Estado que hace lo mismo, está en que solo en este último caso, en el Estado, el poder y las órdenes que se derivan de él, se consideran reglas no solo válidas sino también legítimas (Bobbio, 2005, p. 254; Hart, 1961). Este poder de legitimación es, ante todo, el poder simbólico del discurso jurídico. De ahí la célebre definición de Estado propuesta por Max Weber como “una relación de dominio de hombres sobre hombres basada en el medio de la coacción legítima” (es decir, considerada legítima) (1958, p. 1057)

Hay pues una fuerza simbólica inherente al derecho, indispensable para que el poder sea obedecido. Sin su concurso, sin la bendición que otorga al ejercicio crudo del poder, la dominación política sería imposible. El derecho es el lenguaje autorizado del Estado a través del cual su legitimidad se produce y se reproduce. Así pues, en la concepción liberal del Estado, el poder y el derecho existen en una suerte de simbiosis: las acciones estatales se justifican a través de normas jurídicas, y las normas jurídicas son eficaces cuando están respaldadas por el poder del Estado. El poder legitimador (simbólico) del derecho se apoya en el poder efectivo (material) del poder y viceversa.

70. Igualmente, la preferencia histórica por el gobierno de las leyes en detrimento del gobierno de los hombres (según la célebre distinción griega), es un reflejo de la importancia legitimadora que tiene el derecho (Bobbio, 2005, p. 257). Para una visión crítica de esta fuerza simbólica del derecho ver Derrida (2002), Benjamin (1996); y más específicamente sobre el carácter mítico del derecho liberal moderno, Fitzpatrick (1992).

Esta es la visión liberal y jurídica de la eficacia simbólica que ha sido desarrollada por autores tan diversos como J.J. Rousseau, J. Locke, M. Weber, H.L.A. Hart, H. Kelsen y J. Habermas, entre muchos otros. Así por ejemplo, para Max Weber, como ya se dijo, en el Estado moderno la legitimidad del uso de la fuerza se consigue a través del derecho y de su capacidad para racionalizar y justificar el uso de la fuerza (1986). Lo simbólico también está íntimamente relacionado con aquello que H.L.A. Hart llama “la aceptación del derecho desde el punto de vista interno”. Es decir su acatamiento por el simple hecho de ser un conjunto de reglas jurídicas, con toda la carga simbólica que ello implica (1961).

La visión marxista

La visión marxista del derecho, como la visión liberal, supone que las normas jurídicas encarnan un poder simbólico, el cual consiste en inculcar la majestad del poder, su carácter tanto legal como justo y en derivar de allí el deber de obediencia. Sin embargo, a diferencia de la concepción liberal, la visión marxista sostiene que ese es un poder de adoctrinamiento; un poder que se practica de manera engañosa; escondiendo la realidad que existe detrás de los conceptos jurídicos.⁷¹ El derecho (y el Estado), según Marx y Engels tiene una doble cara; una represiva (coerción) y otra simbólica (ideología); ambas se relacionan de tal manera que la primera opaca a la segunda: la cara simbólica, depositaria de la universalidad y la justicia esconde la función coercitiva de las normas jurídicas (Pavlich, 2011, p. 98).

El derecho es un aparato institucional que crea una conciencia alienada, o falsa, de la realidad social. Lo que es arbitrario y producto de la dominación política aparece entonces como algo natural, como

71. Al respecto ver el clásico texto de Karl Marx sobre los ladrones de madera en (1842); igualmente Marx (1964).

algo no construido, algo que viene desde siempre y por eso debe ser acatado. Instituciones sociales como el derecho o la religión son vistas aquí como instrumentos de la burguesía destinados a proteger sus intereses económicos, lo cual se logra a través de “reificación” o “cosificación” de las normas previstas en esas instituciones. Eso significa que dichas normas son percibidas (no solo por los obreros sino también por la burguesía) como parte del orden natural existente y, por lo tanto, como cosas sólidas y no simplemente como palabras amañadas. Según Engels, el sistema legal “aparece como un elemento independiente, que se justifica por su mera existencia... por su fundaciones intrínsecas... de tal manera que la gente olvida que este (el derecho) viene de las condiciones económicas de la vida” (1955, p. 623).⁷² En este olvido se inspiraba Anatole France para escribir su célebre frase: “es la majestuosa igualdad de las leyes la que prohíbe a los ricos tanto como a los pobres dormir bajo los puentes, mendigar en las calles y robar pan” (1984).

Las versiones más refinadas de esta concepción marxista del derecho se encuentran en algunos autores del movimiento *Critical Legal Studies* (en los Estados Unidos), en buena parte del grupo de los *Critique du droit* (en Francia) y en algunos críticos del derecho latinoamericano.⁷³ Según estos, el derecho es un instrumento de dominación destinado a legitimar, a través de símbolos de unidad, justicia, igualdad, generalidad, etc., una sociedad injusta y dominada por unos pocos. Gabel y Harris describen este poder del derecho

72. En el *Manifiesto comunista*, Marx y Engels dicen lo siguiente: “Vuestras mismas ideas son producto de las relaciones de producción y de propiedad burguesas, como vuestro derecho no es sino la voluntad de vuestra clase erigida en ley; voluntad cuyo contenido está determinado por las condiciones materiales de existencia de vuestra clase” (Marx & Engels, 2000, p. 57).

73. Una explicación detallada de estos movimientos y grupos puede verse en Wolkmer (1995), García Villegas y Saffon (2011), Kaluszynski (2010).

como un “espectáculo de símbolos espantosos y perversamente atrayente” (1983, p. 372).

Esta es, digamos, la versión crítica radical de la eficacia simbólica.⁷⁴ Su propuesta consiste en transformar el derecho desde dentro, no en usarlo tal cual existe en las sociedades capitalistas. Los críticos proponen que los abogados reemplacen su visión centrada en los derechos por una visión centrada en el poder, a partir de lo cual se desmonte la ideología liberal y legalista (Hutchinson, 1992).

Ahora bien, en los años setenta, hubo un intenso debate al interior del marxismo sobre la posible autonomía del Estado y de sus aparatos ideológicos (el derecho entre ellos) con respecto a la economía y al poder político. En dicho debate, en buena parte jalonado por la intervención de las feministas y de los negros⁷⁵ había una inevitable tensión entre quienes ponían el acento en la dimensión cultural de la legitimación política y quienes, en cambio, lo ponían en la visión estructural de la economía.⁷⁶ Esta tensión dividió a los críticos. Algunos adhirieron a la posición de Poulantzas, según la cual la autonomía del Estado —y del derecho— es solamente relativa, y por lo tanto, el orden jurídico está determinado “en última instancia” por la estructura del modelo capitalista de producción. Según esta visión —presente, por ejemplo en Balbus (1996)—, las posibilidades de emancipación social a través de reformas jurídicas progresistas son prácticamente inexistentes. Otros, sin embar-

74. Pero la descalificación del derecho como instrumento político de dominación no siempre tiene origen en el marxismo. Michel Foucault (1980, 1986) es también una fuente de inspiración importante para este tipo de críticas; al respecto ver Pavlich (2000).

75. Sobre el feminismo legal ver MacKinnon (1982), Smart (1989) y sobre los críticos legales de raza ver Crenshaw (1995). Para una explicación de ambos movimientos ver el estudio preliminar en García Villegas, Jaramillo y Restrepo (2007).

76. Ver Barrow (1993).

go, basados en un análisis marxista con un énfasis cultural (Hunt, 1985), han argumentado que el derecho ofrece a los movimientos sociales una maniobrabilidad genuina, la cual se deriva de las necesidades que el aparato estatal tiene para hacer concesiones en aras de mantener o incrementar su legitimidad.⁷⁷

Mientras que la primera postura hacía énfasis en el carácter determinante de la estructura económica, la segunda resaltaba la necesidad de legitimación del Estado. Al inicio de este debate el estructuralismo económico era una tendencia dominante; pero cuando terminó, la dimensión subjetiva y cultural se impuso (Boyle, 1985). La mayoría de los críticos del derecho en los años setenta (en los Estados Unidos y en Francia) consideraba que los efectos simbólicos del derecho funcionaban solamente en beneficio de las instituciones del Estado y de sus objetivos de manipulación política (Kairys, 1998; David Kennedy, 1995; Roelofs, 1982; Tushnet, 1984). No obstante, el excesivo énfasis en el carácter unitario de la dominación estatal llevó a estos críticos a adoptar una imagen más bien simplista del derecho, entendido este como un mecanismo institucional de control social. Según esta visión, la fuerza de la dominación jurídica estatal debilita la posibilidad de emancipación de las estructuras hegemónicas a través de la expedición de normas progresistas, de las cuales solo se pueden esperar efectos simbólicos.

Otros críticos, sobre todo en la década de los ochentas, menos radicales y más dispuestos a aceptar cierta autonomía cultural en el uso simbólico del derecho, consideraron que, si bien puede existir una ventaja institucional relativa respecto de las posibilidades de apropiación y manipulación política de los significados jurídicos,

77. Para una explicación detallada del debate sobre la autonomía relativa del derecho en el marxismo ver el texto de Christopher Tomlins (2007); también Jessop (s. f.).

los individuos y los movimientos sociales, también pueden usar dichos significados para fortalecer sus luchas.⁷⁸

Visiones constructivistas

Las dos visiones anteriores (liberal y marxista) ven al derecho como un instrumento, como algo que opera en una realidad que le es externa. En el primer caso, para lograr orden y desarrollo y, en el segundo, para consolidar un modelo de dominación política. Por eso, no obstante todo lo que las separa en términos ideológicos, ambas visiones comparten una misma concepción instrumentalista del derecho, centrada en los aspectos formales, positivos y behavioristas de las normas jurídicas, lo cual es objeto de una crítica cuyas líneas generales se exponen al final del Capítulo 1 de este libro.

En la década de los ochenta, tanto en Estados Unidos como en Europa, surgieron nuevas visiones del derecho, nutridas por teorías sociales constructivistas y opuestas al instrumentalismo, según las cuales tanto los sujetos y los objetos como las instituciones y las realidades sociales se encuentran en una relación de recíproca incidencia, marcada por la comunicación y la cultura, de tal manera que no hay objetividad o subjetividad puras, por fuera de esta relación (P. Berger & Luckmann, 1966). A partir de esta concepción, el derecho aparece como un espacio de construcción simbólica entre distintas posiciones e intereses que luchan por fijar el sentido de los textos jurídicos. El énfasis ya no se pone en la relación de determinación entre normas y comportamientos, sino la capacidad del derecho para producir significado social como parte constitutiva de la sociedad misma. El derecho, dice Clifford Geertz, en un texto ya citado, “más que un simple complemento técnico, hecho para una

78. El concepto de hegemonía en Gramsci, entendido como un campo de lucha por el significado político, es importante para la defensa de esta posición (Gordon, 1998). Explico esto en el apartado siguiente.

sociedad moralmente (o inmoralmemente) terminada es, con todo un rango de realidades culturales que van desde la simbología de la fe hasta los medios de producción, una parte activa de esta sociedad” (1983, p. 218). Así pues, ya no es el derecho como norma del Estado, sino como recurso, como *enjeu politique*.⁷⁹

Esta lucha es, por lo general, desigual (a favor del Estado y de los grupos económicos de poder); algunos están en mejores condiciones de ganar que otros. Sin embargo, el resultado de la confrontación no está dado de antemano. Así, la perspectiva constructivista muestra un espacio intermedio entre, por un lado, el optimismo de las visiones liberales según las cuales la sociedad es un reflejo del “deber ser” plasmado en el derecho por el legislador y los grandes juristas y, por el otro, el pesimismo marxista según el cual, el derecho es un simple reflejo de las condiciones económicas que existen en la sociedad y que por tanto, las constituciones, las leyes, los derechos, los debates jurídicos y los grandes juristas no introducen ningún cambio significativo en la realidad social.

La teoría constructivista del derecho, como casi todas las teorías jurídicas, es un reflejo de cambios importantes ocurridos en la realidad del derecho. Esos cambios, acaecidos en los últimos treinta años, están relacionados con la pérdida de la centralidad de la ley (código), con el protagonismo de los jueces (sobre todo de los jueces constitucionales) en la vida política de los países, con la creciente importancia del derecho internacional de los derechos humanos, incluido el efecto limitador sobre las legislaciones nacionales que ello tiene, con la transnacionalización del derecho y de los movimientos sociales que hacen uso de los tribunales para defender

79. Para una ilustración de esta visión, dispersa en una amplísima literatura, ver por ejemplo Ewick y Silbey (1998), Hunt (1993) y Minda (1995). En Francia ver la Introducción que Laurence Demoulin hace en Commaille y otros (2010, p. 21) y las conclusiones de Jacques Commaille en el mismo texto (2010, p. 203), así como el Epílogo (pp. 226-211).

sus causas, etc. (Darian-Smith, 2013). Todos estos fenómenos han hecho más borrosa la idea tradicional de una doctrina jurídica concebida como saber sistemático, nacional, racional y valorativamente neutro, en manos de una élite dominante, lo cual ha fortalecido la dimensión política y litigiosa del derecho y sobre todo de los derechos.

De otra parte, con la teoría social constructivista se produce un cambio de acento desde los textos legales hacia las prácticas jurídicas. La realidad del derecho no se limita a sus palabras sino que se extiende a la suerte que dichas palabras corren en la palestra jurídica. La posición privilegiada que antes tenía el legislador como creador del Código es ocupada hoy, en muchos países, por la justicia, encargada de la interpretación jurídica, por la administración pública, encargada de la aplicación de la ley y por los movimientos y actores sociales que luchan por sus derechos ante los tribunales y demás instancias oficiales (J. Commaille, Demoulin & Robert, 2010). Más de un siglo después de lo dicho por los realistas en Estados Unidos y por la escuela del Derecho Libre en Europa, renace la idea de que el verdadero derecho es, como decía Ehrlich, el “derecho viviente” (1922).

Dada la importancia que tiene esta perspectiva constructivista y su íntima conexión con la dimensión simbólica del derecho, en lo que resta de este capítulo se ilustra esta perspectiva con dos textos clásicos de finales del siglo XX. El primero, europeo y titulado *La force du droit*, es en uno de los pocos escritos de fondo que Pierre Bourdieu se dedicó al estudio del derecho (Bourdieu, 1986); el segundo, estadounidense, pertenece a Stuart Scheingold y consiste en un pequeño libro escrito en 1974 y titulado *The Politics of Rights* (Scheingold, 1974b). A pesar de sus diferencias teóricas, ambos textos reconocen que el derecho es un campo de confrontación entre posiciones y poderes y que el resultado de esas confrontaciones no está resuelto de antemano. Por eso, si bien una de ellas pone énfasis

en la dominación y la otra en la emancipación, ambas reconocen que, en la práctica, el derecho puede servir para ambas cosas.

La force du droit, de Pierre Bourdieu

Bourdieu escribió poco sobre el derecho; sin embargo lo que escribió es de una gran importancia.⁸⁰ En su opinión, el derecho tiene una gran fuerza social y política. Eso se debe a la capacidad que poseen los abogados (entre otros protagonistas del campo jurídico) para dominar un saber en el cual se combina el conocimiento técnico y sofisticado, con la fuerza simbólica para normalizar y legitimar la realidad social. Esta combinación de ciencia y símbolo, de verdad y justicia, es lo que da un enorme poder a los actores que participan en el campo jurídico. Los abogados, los legisladores, los jueces y, de manera particular, los profesores de derecho son los grandes protagonistas de este campo jurídico.⁸¹

Para Bourdieu el derecho es un campo social, es decir un conjunto de relaciones objetivas e históricas entre actores que ocupan determinadas posiciones y que luchan por un poder o un capital, el cual, en el caso del derecho, consiste en la apropiación del poder simbólico que está implícito en los textos jurídicos (Bourdieu, 1986). De esta manera, explica Pierre Bourdieu, el derecho es la forma por excelencia de poder simbólico, dadas las posibilidades que tienen sus practicantes para crear instituciones y, con ellas, realidades históricas y políticas a través del simple ejercicio de poner nombres (tales como válido, soberano, indebido, delito, inconstitucional, etc.) depositarios de una fuerte connotación ética y política.

80. Para un análisis de la visión del derecho en Bourdieu ver Madsen & Dezalay (2002).

81. Bourdieu no es el único en desarrollar esta idea; ver por ejemplo George Balandier (1992) y Harry Pross (1989).

La dinámica interna de este campo jurídico está asociada con la cuestión de la dominación. El potencial del derecho para establecer clasificaciones que son esenciales en el orden social —legal/ilegal, justo/injusto, verdadero/falso— implica un enorme poder político. La autoridad legal es la forma privilegiada del poder, especialmente en términos de violencia simbólica legítima, producida y monopolizada por el Estado. El uso de lo simbólico, dice Bourdieu, es una práctica inherentemente violenta, en cuanto es capaz de imponer significados en el mundo y en las relaciones sociales a partir de las cuales el poder económico y el poder político pierden su arbitrariedad original y su connotación exclusiva, y aparecen como algo normal y aceptable.

Puesto que el derecho es un campo social en el cual reside una gran cantidad de capital social y simbólico, no es sorprendente que en su interior haya enfrentamientos entre sus miembros por la posesión y la distribución de este capital. Desde este punto de vista, los debates teóricos en la academia jurídica —por ejemplo, entre formalistas y anti-formalistas a principios del siglo XX en Estados Unidos, o entre *iuspositivismo* e *iusnaturalismo* en la Europa del siglo XX— buscan consolidar una posesión-posición-distribución específica del capital simbólico que está en juego. Al interior del campo jurídico, los actores situados en diferentes posiciones y dotados con diferentes disposiciones, luchan por decir la última palabra acerca del significado y el alcance último del derecho. Tal lucha no es solamente intelectual (técnica), sino política, dado que la mayoría del debate jurídico tiene implicaciones directas en la distribución de poder y de bienes que ocurre en el campo político. Controlar el derecho es algo importante para lograr el control social.⁸² Es por eso que la lucha también tiene lugar afuera del campo jurídico.

82. Así por ejemplo, la delimitación legal del derecho a la propiedad es también una respuesta a la pobreza y a la marginalidad social.

No obstante, según Bourdieu, el derecho no puede ser reducido a una herramienta de dominación política. Al entender la fuerza simbólica del derecho o su efecto legitimante, debemos evitar, dice Bourdieu, tanto aquellas explicaciones materialistas que solamente ven en lo jurídico relaciones de poder, como aquellas visiones idealistas que solo ven allí los valores universales que están consagrados en sus normas. “Ya no podemos preguntarnos si el poder viene de arriba o de abajo”, dice con respecto al debate entre las explicaciones críticas y doctrinales del derecho (1986). Bourdieu se opone a las explicaciones materialistas y por eso reconoce la existencia de un universo social autónomo capaz de reproducirse mediante la lógica de su funcionamiento específico, es decir de un cuerpo conceptual (la doctrina jurídica) relativamente independiente de las limitaciones externas. Sin embargo, también reconoce que el campo jurídico tiene un menor grado de autonomía frente a la economía y que otros campos sociales, tales como el artístico o el literario, dado el rol esencial que el derecho juega en la reproducción social.

Entre la cultura y las condiciones sociales y materiales en las cuales esta prospera existen fuertes conexiones. No es exagerado decir que el derecho hace el mundo social, pero siempre y cuando se acepte que él está hecho por ese mismo mundo (Bourdieu, 1986). Las estructuras limitan y moldean las percepciones, los discursos y las prácticas a partir de las cuales se construye la realidad social. En pocas palabras, la lucha interna entre los actores jurídicos por la apropiación de poder simbólico no ha sido independiente del contexto político en el que dicha lucha ha tenido lugar. Las conexiones entre el campo político y el jurídico son múltiples y mutuamente constitutivas.

Esto no significa, como algunas teorías del derecho nos han llevado a pensar, que conocer las condiciones materiales en las cuales la discusión jurídica tiene lugar es suficiente para explicar el resultado de tales discusiones. El campo jurídico, en su majestuosidad, sus

ritos y sus santuarios, no es susceptible de ser reducido a las fuerzas económicas existentes. El derecho no solo es un reflejo del mundo material (como lo afirma, por ejemplo, Pasukanis (1978)). Tampoco es pura erudición que pueda ser desprendida de las condiciones sociales en las que se produce. Estos extremos ignoran la existencia del derecho entendido como un campo social que es relativamente independiente de las demandas externas.

Como se observa en estos pocos párrafos, Bourdieu tenía una visión más bien crítica del papel jugado por el derecho y por los juristas en relación con la dominación política. En *La force du droit*, la eficacia simbólica del derecho está más destinada a la dominación y a la normalización del poder político que a otra cosa. Este énfasis no excluye, desde luego, los debates al interior del campo jurídico entre posiciones más o menos conservadoras o progresistas y, en consecuencia, no excluye el uso emancipatorio del derecho. Sin embargo, esa posibilidad es, a los ojos de Bourdieu, menor en relación con el uso dominador del derecho.⁸³

***The Politics of Rights*, de Stuart Scheingold**

Si para Bourdieu el derecho sirve sobre todo para normalizar y legitimar el poder existente, aunque eventualmente puede tener efectos contestatarios y cambio social, para Stuart Scheingold ocurre lo contrario: la dimensión transformadora y de cambio social del derecho parece, al menos bajo ciertas circunstancias, más importante que su dimensión legitimadora.⁸⁴

83. Una visión crítica sobre la desestimación de la dimensión emancipadora del derecho en la obra de Pierre Bourdieu ver texto de García Villegas sobre ese autor en la revista *Droit et Société* (2004).

84. Para una visión detallada y crítica de este libro ver (Paris, 2006).

Esta diferencia de óptica se explica, en primer lugar, por el hecho de que ambos autores se inscriben en tradiciones jurídicas diferentes, cada una con una relación distinta con el poder político. Mientras en la tradición jurídica anglosajona (sobre todo en Estados Unidos) existe una práctica consolidada de uso político del derecho, en la tradición continental, por ser el derecho una expresión más del Estado que de la sociedad civil, el uso político y contestatario del derecho es más restringido.⁸⁵ A esto se agrega el hecho de que Scheingold tuvo la mira puesta en los avances del movimiento por los derechos civiles, mientras que Bourdieu se fijaba sobre todo en el poder que detentaban los abogados ubicados en París, el centro del poder estatal.

The Politics of Rights fue escrito durante los convulsionados años setenta en Estados Unidos, cuando los estudiantes se enfrentaban a la policía en los campos universitarios y la lucha por los derechos civiles estaba en pleno apogeo. En ese libro pionero, Scheingold se ocupa de la dimensión simbólica del derecho y de sus implicaciones sociales y políticas.

Según Scheingold,

“Para entender la importancia política del derecho en los Estados Unidos, no basta con entender las manifestaciones concretas de las instituciones legales o con analizar las reacciones inmediatas a favor o en contra de sus normas. Estas son cosas importantes, sin duda, pero ellas deben ser entendidas en conexión con las creencias evocadas por los símbolos legales. En su forma simbólica el derecho moldea el contexto en el cual la política estadounidense se conduce”. (1974b, p. XII)

Estas creencias, alimentadas por los símbolos evocados por los derechos, dan lugar a lo que Scheingold denomina el “mito de los

85. He desarrollado este tema en García Villegas (2006).

derechos” (*the myth of rights*), lo cual define como una ideología que “confía en la eficacia política y la suficiencia ética del derecho como principio de gobierno” (1974b, p. 17). Esta confianza se sustenta en la idea, compartida por una buena parte de los ciudadanos de Estados Unidos, de que los derechos y sobre todo la Constitución no solo son manifestaciones simbólicas de la justicia, sino que son realidades vivientes. Aquello que dice la Constitución, piensa la gente, es algo que existe en la realidad. La Constitución y los derechos no solo son justos y necesarios, sino que, además, son eficaces e incuestionables.

Semejante confianza en la eficacia de los derechos es desde luego una esperanza ilusoria, dice Scheingold, si bien de esa ilusión, de esa reificación, como dirían los críticos del derecho (Gabel, 1980), se derivan consecuencias políticas reales e importantes. Sin embargo, no todo es vacío e inocuo. La presencia de los derechos abre un espacio político, a través del litigio y de la movilización colectiva en el cual es posible luchar por su eficacia. El mito de los derechos se puede entonces convertir en la arena política en donde estos dejan de ser mitos y se convierten en realidades; es a esto a lo que Scheingold denomina “la política de los derechos” (*the politics of rights*) que no es otra cosa que ver la Constitución y los derechos como recursos, como agentes para la movilización política.⁸⁶

86. Esta es la posición adoptada por algunos movimientos teóricos críticos con agendas políticas concretas, que han encontrado en el derecho una herramienta estratégica para lograr sus objetivos. Así por ejemplo David Kaye ha mostrado cómo, en Estados Unidos, el derecho constitucional a la libertad de expresión (originado en la primera enmienda) es un mito y que el derecho como tal ha dependido más bien del activismo político de los sindicatos y de otros movimientos sociales (190 d. C.). Para más información sobre este punto, ver por ejemplo, para el caso de la teoría crítica racial, Crenshaw (1995); para el caso de la teoría queer, ver Halley (Halley, 1993); para el caso de teorías críticas latinas, ver Iglesias (2001) y Valdés (1997).

El poder de los derechos, dice Scheingold, reside en su atractivo simbólico. Dada la respuesta favorable de la mayoría de los estadounidenses hacia los símbolos legales, dice, las decisiones de los jueces tienden a cambiar las percepciones y, a partir de allí, a fortalecer la movilización política. Mejor dicho, “dado que las decisiones de los jueces pueden legitimar las expectativas ciudadanas, el litigio puede contribuir al realineamiento de las fuerzas políticas y finalmente al cambio social” (1974b, p. 132).

Scheingold fue uno de los primeros en preguntarse por la relación entre los derechos y el cambio social. ¿Pueden los derechos, interpretados y aplicados por los jueces, producir cambios sociales? Una respuesta adecuada a esta pregunta, nos dice, exige tener en cuenta los dos conceptos antes explicados: el de los derechos como mitos y el de los derechos como política. Ambos conceptos hacen parte de la realidad de los derechos. El primero (el mito) nos pone en guardia contra una visión demasiado ingenua sobre la eficacia instrumental del derecho y el segundo (la política) pone de presente que el derecho es un campo de lucha en donde la ingenuidad de los subordinados con respecto a los derechos no es la única alternativa posible.

Las ideas de Scheingold han tenido una gran influencia en la sociología política del derecho.⁸⁷ Quizás la más notable de ellas se en-

87. La sociología política del derecho ha tenido importante desarrollo en Estados Unidos, sobre todo al interior del movimiento *Law and Society*. Uno de los grandes difusores y pensadores en esta disciplina ha sido Austin Sarat, quien escribió numerosos textos con Scheingold. Ver por ejemplo, Sarat y Scheingold (2008; 2004). La sociología política del derecho también ha tenido importancia en Francia, con la obra de Jacques Commaille, quien del mismo modo se interesa por el derecho como campo de acción política. Al respecto ver Commaille y otros (2010), Commaille (1989; 2003). No sobra agregar que Commaille conoce bien la obra de Scheingold y utiliza algunas de sus categorías conceptuales, como la de *cause lawyering*.

PRESUPUESTOS TEÓRICOS

cuentre en la obra de Michael McCann, uno de sus discípulos, quien ha escrito de manera prolífica sobre el uso simbólico del derecho. Su libro más importante, titulado *Rights at Work* (McCann, 1994), se inspira en la visión del derecho como campo político, propuesta por Scheingold. Allí se consagra un detallado estudio empírico sobre el movimiento por la igualdad de salarios entre hombres y mujeres, un movimiento que utilizó el litigio ante los tribunales de justicia como parte fundamental de su estrategia. ¿Qué tan importante han sido los jueces laborales en esta lucha contra la discriminación?, se pregunta McCann en este libro. En su opinión, las batallas jurídicas fortalecieron la conciencia de unidad y de lucha de las mujeres por sus derechos. Al apoyarse en el poder simbólico del discurso anti-discriminatorio —señala McCann— los activistas fueron capaces de movilizar el derecho para una serie de propósitos, incluso antes de entrar en los juzgados. Los movimientos sociales, dice McCann, se pueden valer de la indeterminación de las normas jurídicas para crear y recrear sus luchas y el derecho mismo (1994).

Esta visión constructiva de las luchas jurídicas se enmarca en un amplio debate, que tuvo lugar a finales del siglo XX en Estados Unidos, entre quienes, como Scheingold, McCann y Sarat, comparten un espíritu moderadamente optimista acerca del resultado de las luchas de los movimientos sociales ante los tribunales y quienes, por el contrario, consideran que los jueces no tienen ninguna capacidad para producir verdaderos cambios sociales y que, en consecuencia, la estrategia política de los líderes sociales frente a los tribunales no puede sino traer frustraciones. Esta es la opinión de Gerald N. Rosenberg en su célebre libro *The Hollow Hope* (1991), así como de Ran Hirschl (2004) y de una parte importante, como ya se mencionó, de los autores de la primera generación de *Critical Legal Studies*, como Mark Tushnet (1984).

Otro desarrollo significativo de la visión simbólica del derecho en Estados Unidos y que se benefició ampliamente del libro de

Scheingold, sobre todo en lo relativo a la visión constructiva del derecho son, los estudios de conciencia jurídica (*legal consciousness studies*) en su mayor parte compuesto por antropólogos en Estados Unidos a finales del siglo XX y los llamados *cause lawyering*. Estos últimos han tenido una repercusión importante en Francia entre los sociólogos y particularmente en autores como Liora Israël (2009) Jérôme Pélisse (2005).

Inspirados en una teoría constructivista de la realidad social (ver P. Berger y Luckmann (1966), los autores de estos movimientos pusieron de relieve el aspecto cultural de la conciencia jurídica de los ciudadanos ordinarios.⁸⁸ El fenómeno jurídico es visto aquí como un elemento constitutivo de la realidad social y no como un aparato oficial institucional destinado a intervenir en la misma.⁸⁹ En consecuencia, la atención de estos investigadores se dirige hacia esas prácticas sociales concretas y cotidianas en las cuales las normas jurídicas son percibidas como elementos constitutivos de la realidad. Este énfasis en lo rutinario, en vez de lo excepcional, en lo social, en lugar de lo institucional, y en las representaciones mentales (visión simbólica del mundo), en vez del sistema jurídico coercitivo (la visión instrumental), son elementos comunes en esta óptica (Ewick

88. Es posible detectar tres premisas más o menos dispersas en este movimiento: primero, una defensa de la investigación empírica, sin que esto implique la adopción de postulados positivistas; segundo, una posición política progresista a favor de los actores sociales más débiles y marginados; y finalmente, una perspectiva más abierta a explorar las complejidades de la relación entre derecho y cambio social desde un punto de vista constructivista. Al respecto, ver García Villegas, *Symbolic Power Without Symbolic Violence? Critical Comments on Legal Consciousness Studies* (2003a), también disponible como Capítulo 4 en *Sociología y crítica del derecho* (2010).

89. Según Ewick y Silbey, la manera como el derecho es entendido y experimentado por los ciudadanos ordinarios cuando invocan el derecho, para evitarlo, para resistirlo, es una parte esencial del derecho (Ewick & Silbey, 1998); ver también Sarat y Scheingold (2008)..

& Silbey, 1992, pp. 741-742).⁹⁰ Lo simbólico caracteriza tanto la percepción de la realidad como las prácticas que se derivan de ella. Esta aproximación discursiva o interpretativa a lo simbólico contrasta con una postura descriptiva o positivista, según la cual existe una realidad externa aparte del sujeto que la conoce.

Quizás valga la pena terminar señalando que una teoría de la eficacia simbólica del derecho requiere de los énfasis puestos por los dos textos clásicos aquí explicados. La eficacia simbólica del derecho no solo sirve, o mejor, no solo puede servir (según las circunstancias) para respaldar las estructuras materiales de dominación política sino también para fortalecer las luchas contra el poder dominante. Derrick Bell ha mostrado cómo la enorme eficacia simbólica de *Brown vs. Board of Education* (la decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos que en 1955 acabó con la segregación racial en los Estados Unidos) ha estado limitada por las condiciones de apartheid en las cuales todavía viven muchas poblaciones negras en los Estados Unidos (2004).⁹¹ Sin embargo, no se puede negar que

90 El concepto de legalidad es central en esta perspectiva. Patricia Ewick y Susan Silbey señalan que “la legalidad, más que un aparato externo que actúa sobre la vida social, es una característica que emerge de las relaciones sociales. Como componente de la interacción social, el derecho —o lo que llamaremos legalidad— encarna la diversidad de las situaciones de las cuales emerge y ayuda a estructurar” (1998, p. 17).

91 Un argumento parecido es desarrollado por Gerald N. Rosenberg (1991). En sentido similar Ran Hirschl muestra cómo la adopción, en muchos países, de mecanismos de revisión constitucional de leyes (*judicial review*) obedece a un movimiento estratégico de las élites para preservar su poder y no, como parecería, a una limitación del poder de esas élites (2004). Ver igualmente Williams (1991) y Brown (1995). En contra de estas visiones pesimistas sobre la luchas jurídicas por los derechos ver McCann (1994) y Feeley (1992).

la eficacia simbólica de esta decisión ha servido para empoderar y mejorar la condición de muchos. Ambas cosas hacen parte de la realidad compleja en la que terminan existiendo las grandes decisiones jurídicas. Por eso hay que evitar, en principio, las posiciones que reducen tales reformas a un todo o a una nada; a un cambio efectivo y real o a una mera patraña del poder político.⁹² El derecho no es un punto final de la lucha política, sino un nuevo capítulo. Lo jurídico, parafraseando lo dicho por Clawsewitz, es la continuación de la política por otros medios.

Esta dualidad entre mito y derechos o entre dominación y emancipación hace de la eficacia simbólica un concepto flexible y amplio, no solo desde el punto de vista político, al abarcar tanto la defensa como la crítica al poder, sino también desde el punto de vista teórico, al ser una práctica que incluye no solo la estructura sino la agencia, es decir, no solo las condiciones materiales del poder sino también la capacidad de los actores sociales para incidir e incluso transformar tales estructuras. Se retomará este punto en el Capítulo 7.

92. "En principio" pues puede haber situaciones en las cuales la dominación a través de la eficacia simbólica lleve todas las de ganar.

CAPÍTULO 3

CONTEXTOS SOCIALES Y USOS SIMBÓLICOS DEL DERECHO

Sencillamente no ha habido en nuestros países las condiciones materiales para el desarrollo de la cultura política individualista, de obediencia incondicional y confianza con la legalidad [...]. Para decirlo con una fórmula muy simple, no hay ciudadanos porque no hay Estado.

FERNANDO ESCALANTE (2006, p. 2)

The life of law has not been logic; it has been experience.

OLIVER W. HOLMES

El uso simbólico del derecho es un fenómeno político que no solo se origina en la movilidad del sentido del lenguaje. También hay condiciones fácticas que favorecen dicha práctica. Una de ellas es el tamaño de la brecha entre lo que el derecho se propone y lo que el derecho logra, es decir la marcada ineficacia instrumental del derecho. Allí en donde existe una brecha grande entre lo que la ley consagra y lo que la gente hace, el uso simbólico del derecho tiene un terreno abonado para prosperar. Eso es lo que ocurre con mucha frecuencia en América Latina y en este breve capítulo se tratará de mostrar el origen de esa brecha (I), sus implicaciones sociológicas y jurídicas (II) y la importancia que ella tiene para explicar la eficacia simbólica (III).

Derecho y realidad social en américa latina

Una cosa es la ideología del Estado de derecho en Europa (o en Estados Unidos) y otra muy diferente es lo que esta ideología terminó

siendo en América Latina desde su importación a principios del siglo XIX. Aquí, en estas tierras lejanas y tormentosas, esas ideas adquirieron un sentido y una realidad particular, como consecuencia de la necesidad que tenían los gobernantes de conciliar las reglas institucionales, pensadas en clave moderna, con las costumbres y los imaginarios que desde un inicio se resistían a las pretensiones universalistas plasmadas en tales textos.

Pero la tremenda transformación que sufrían las normas jurídicas cuando entraban en contacto con la realidad social no afectaba su contenido en los libros. El derecho escrito seguía siendo relativamente inmune a esas variaciones y permanecía apegado a los parámetros modernos. De ahí la consabida brecha entre el derecho escrito y el derecho vivido (para usar la clásica expresión de Eugen Ehrlich) de la que tanto se habla en América Latina (Basave, 2011; Esquirol, 2003; García Villegas & Rodríguez Garavito, 2003; Lemaitre Ripoll, Julieta, 2009).

Con el arribo de la independencia, cambiaron las normas, los símbolos y las palabras del poder, pero la incapacidad de las normas jurídicas para permear el tejido social se mantuvo. La vida colonial estaba sustentada en una férrea estructura de privilegios, poderes y distribución de bienes que las nuevas clases dirigentes no pudieron, o simplemente no quisieron, afectar. Los españoles podían haber sido expulsados, pero tres siglos de vida colonial no podían ser borrados de un plumazo con la promulgación de una constitución y de un par de códigos.

El contraste entre un *statu quo* comandado por los privilegios y las jerarquías sociales y las constituciones inspiradas en principios y derechos universales era demasiado grande. El choque entre el pasado y el futuro era inevitable. Los dos mundos, el del ser y el del deber ser, se miraban extrañados.

La realidad del derecho en América Latina se origina en la tensión entre estos dos mundos extrañados, el del ser y el del deber

ser. Ella es el producto del pacto (parcial e inestable) que surgió entre los ideales y la realidad posible. El derecho viviente resulta de la limitada fuerza impositiva de un derecho que se enfrenta a entornos sociales en los cuales prevalecen costumbres y normas morales contrarias a sus postulados. Dicho en otros términos, la incapacidad del derecho y de las instituciones estatales en América Latina para ordenar y regular la realidad social (e institucional, por supuesto) fue ocasionada por su inhabilidad para permear espacios sociales regulados por otros sistemas normativos como la moral y la costumbre (cultura).

Pero analizar el derecho a partir de la brecha entre lo prescrito por el derecho y lo impuesto por las prácticas sociales termina siendo, con frecuencia, un ejercicio maniqueo y estéril que no explica mucho sobre la manera como las normas jurídicas realmente operan en la realidad social y sobre los propósitos no explícitos que ellas cumplen. Al reducir el derecho al listado de sus imperfecciones es más lo que se oculta que lo que se explica.

Más interesante es analizar el derecho como un conjunto de prácticas sociales que resultan de la interacción entre lo prescrito en textos jurídicos, por un lado, y lo prescrito por las normas morales y culturales que imperan en una determinada sociedad, por el otro lado. Solo así se pueden apreciar el sentido y alcance del derecho “viviente”, esto es del derecho que resulta de la relación, con frecuencia conflictiva, entre estos dos mundos, el de la ley, por un lado, y el de la moral y la costumbre, por el otro. Y solo así es posible apreciar la función de estabilización social que tiene el derecho.

En las sociedades tradicionales la moral y la costumbre son más importantes que la ley. Así por ejemplo, muchas culturas indígenas no diferencian entre lo legal, lo moral y lo que se acostumbra. En la Edad Media, la ley era la costumbre: las cosas se hacían como siempre se habían hecho. Por eso el derecho no se promulgaba, ni se creaba, sino que se descubría en los hechos sociales.

En las sociedades modernas, en cambio, la ley, al menos en la esfera pública, adquiere una cierta superioridad con respecto a la moral y a la costumbre. Eso significa que, cuando hay conflictos entre la moral y la ley, esta última es, por lo general, la que prima (Mockus & Corzo, 2003; Mockus, 1994).⁹³ Así por ejemplo, la libertad de cultos es un derecho constitucional, pero el Estado prohíbe las prácticas religiosas que atenten contra el derecho de otras religiones a ejercer sus cultos y mantener sus creencias. Lo mismo pasa con los conflictos de la ley con la costumbre. Toda práctica social que atente contra derechos fundamentales, así esté profundamente arraigada en la tradición de un grupo (por ejemplo, la costumbre de golpear a los niños que desobedecen) debe ceder frente a lo establecido en la ley.

Así pues, en las sociedades modernas se intenta combinar los principios del pluralismo y la tolerancia de las creencias y las costumbres, por un lado, con la obligación de excluir todas aquellas prácticas derivadas de creencias o de costumbres que atenten contra la posibilidad de que todos puedan tener derecho a dicho pluralismo y a dicha tolerancia, por el otro. Este enunciado implica, en principio (*prima facie*), una superioridad de la regla legal de la tolerancia sobre la regla social que permite el ejercicio concreto de creencias o costumbres.⁹⁴

93. “Por lo general”, es decir, no siempre ocurre eso. Naomi Mezey, entre muchos otros, ha mostrado cómo, por ejemplo, la aplicación de las normas sobre límites de velocidad dependen de la cultura local; es ella la que determina el cómo, el cuándo y el cuánto de esas normas (2001, p. 66); ver también García Villegas (2009); King y Sunstein (1999); O’Donnell (1994).

94. “En principio” dado que en Europa, como en el resto del mundo desarrollado, también existe una brecha entre los ideales jurídicos y las realidades sociales. Esa brecha es quizás más honda hoy con la crisis de las promesas neoliberales y el relativo desmonte del Estado social.

Debido a esa superioridad se supone que las personas no solo deben obedecer las leyes, independientemente de sus convicciones morales, sino que el Estado puede intervenir en la vida privada —en la educación de los hijos, en las relaciones de pareja, etc.— cuando considera que hay derechos fundamentales que están en juego.

En síntesis, en las sociedades modernas, regidas por un Estado de derecho, la ley es el elemento predominante, en relación con la moral y con la costumbre. Sin embargo, esta superioridad normativa de la ley sobre la costumbre se logra gracias a que existe una cierta sintonía social entre los tres órdenes normativos. Esto significa que, por lo general, la ley impone comportamientos que están en acuerdo con lo que la gente cree y practica y que por lo tanto no hay mayores conflictos entre ley, moral y cultura.

Dicho en otros términos, la modernización europea consistió en un doble proceso: (1) el de la armonización fáctica (producto de múltiples factores económicos, sociales y políticos) de los contenidos legales, morales y culturales; y, (2) el de la consolidación normativa de la superioridad *prima facie* de la ley sobre la moral y la cultura en caso de conflicto. La ley es superior en la esfera pública, pero esta superioridad no causa mayor problema debido a que, en la práctica, los conflictos entre ley, moral y cultura son escasos porque la gran mayoría de lo que la ley prescribe no choca con lo que la gente cree y hace.⁹⁵

Ninguna de estas condiciones se ha cumplido a cabalidad en América Latina. Las nuestras son sociedades híbridas, con componentes modernos y premodernos, los cuales se mezclan y crean realidades nuevas y complejas. El ideario constitucional liberal nunca ha permeado a cabalidad el tejido social. Existe un ordenamiento

95. Los conflictos son escasos pero existen y en ocasiones son de gran importancia como sucede por estos días en Francia con el debate sobre el matrimonio entre parejas del mismo sexo, promovido por el gobierno de François Hollande.

jurídico moderno, con instituciones modernas y ritualidades jurídicas modernas, pero el problema está en que a partir de todo ello se intentan regular comportamientos de individuos que viven en sociedades que todavía tienen algo o mucho de sociedades tradicionales.

La práctica

La brecha entre los ideales normativos y las prácticas sociales, como he dicho, no debe ser vista como un juicio de valor contra tales prácticas; de la misma manera que la diferencia entre lo moderno y lo premoderno no debe ser necesariamente vista como un juicio de valor en favor de la modernidad. Más aún, el problema de la ineficacia del derecho y del Estado en América Latina puede venir justo del otro lado; es decir, de la incapacidad de algunas instituciones modernas (pensadas en el imaginario de las sociedades europeas) para regular y para potenciar realidades sociales complejas y extrañas que no se adecuan a los valores y a las previsiones consagradas en el derecho moderno.⁹⁶ Algunas propuestas innovadoras del reciente constitucionalismo latinoamericano, sobre todo en Bolivia y en Ecuador, son expresiones (no siempre bien logradas) de esta necesidad de crear nuevas formas de regulación, en lugar de limitarnos, como siempre lo hemos hecho, a importar las de los países modernos (Uprimny, 2011a). Quizás el mejor ejemplo de esa posibilidad de crear buenas instituciones desde abajo, esto es, desde las propias realidades latinoamericanas es el llamado *presupuesto participativo*, originalmente propuesto en Porto Alegre, Brasil, y hoy extendido por todo el mundo (B. de S. Santos, 1998).⁹⁷

96. Esta es una vieja discusión en América Latina; al respecto ver el clásico texto de Enrique Rodó (1993).

97. Esta idea no debería conducir a adoptar la opinión de aquellos que sostienen que en América Latina deberíamos abandonar el derecho moderno y crear algo

Así pues, la inadecuación del Estado social de derecho en América Latina con respecto a su modelo ideal europeo no debe necesariamente conducir a juicios descalificatorios, tales como que el Estado social de derecho no existe, o que no sirve para nada o que es una mera mascarada engañosa. Esa distancia relativa con respecto al modelo ideal entraña una realidad jurídica singular, que debe ser reconocida y analizada como tal.

Ahora bien, ese análisis puede hacerse desde dos dimensiones diferentes: una descriptiva, sociológica, encaminada a entender la existencia real del Estado social de derecho así como sus conexiones con el mundo social y político; y otra normativa, encaminada a mostrar la dimensión jurídica de tales normas y su capacidad para producir cambios sociales y, en particular, para proteger los derechos de las personas.

Dimensión descriptiva

Veamos un par de ejemplos. En La Guajira, en la frontera norte de Colombia, una buena parte de la población vive del contrabando desde hace más de quinientos años. Ya en 1735 don Antonio de Salas, gobernador de la Provincia, le escribe al Rey Felipe V que “[e]s imposible luchar contra el contrabando que descaradamente se hace en Riohacha y por los mismos oficiales de Santa Marta. Es tal la cantidad de mercancía que se lleva al Nuevo Reino desde Riohacha, que allí se vende más barato que en la misma Cartagena” (1975, p. 385). En la Colonia se contrabandeaba con perlas y con armas; hace cuarenta años floreció el negocio de la marihuana y hoy

completamente nuevo. Parte esencial de nuestra realidad es ese derecho moderno; esa es la modernidad “a nuestro modo”, y no tiene mayor sentido negarla a favor de un indigenismo latinoamericano que ya no existe, si es que en algún momento existió. Por el contrario, esta idea debería conducirnos a pensar, sin complejos, la modernidad a nuestro modo.

se contrabandea con gasolina proveniente de Venezuela. Las autoridades que aplican el Código Penal en la Guajira no son capaces de imponer la ley, y no lo son, entre otras cosas, porque la gente está convencida de que mercadear con productos de contrabando no tiene nada de malo y que las cosas deben hacerse como siempre se han hecho, por costumbre, y no como lo dicen las leyes.⁹⁸

Antes de la reforma de 1992 en México, los artículos 3 y 130 de la Constitución prohibían las manifestaciones religiosas externas. Pero esa prohibición era violada permanentemente, no solo por quienes participaban en las numerosas peregrinaciones y cultos que tenían lugar en los pueblos y ciudades, sino por las mismas autoridades encargadas de aplicar tales normas, empezando por el presidente del país, quien solía enviar a sus hijos a algún colegio católico del D.F. Y qué decir de las escuelas religiosas confesionales. Dice Agustín Basave: “había cientos de ellas y los enviados de la Secretaría de Educación pública no acertaban a sancionarlas porque, al llegar a hacer su inspección, el cuadro de la Virgen era volteado, aparecía en su reverso un retrato de Juárez y la materia de religión se convertía en ‘moral’” (2011, p. 52).

En estos ejemplos se muestra cómo los pobladores desconocen al derecho debido a que sus normas entran en conflicto con otro tipo de normas sociales o de costumbres que ellos consideran que son tan o más importantes que el derecho mismo; cuando les toca escoger entre la ley y tales costumbres, escogen estas últimas. Una de las dificultades con las que cuentan las leyes encaminadas a proscribir la corrupción en buena parte de los países del continente se encuentra en el hecho de que las prácticas corruptas han sido validadas por prácticas clientelistas entre la administración pública y las empresas contratantes. Estas prácticas están tan arraigadas en

98. Para una descripción del caso de La Guajira véase García Villegas y Espinosa (2011).

las costumbres que son justificadas o al menos toleradas y en todo caso preferidas cuando se trata de escoger entre ellas y lo que dice la ley.

Como consecuencia de todo esto, es frecuente que en América Latina solo exista una superioridad simbólica de la ley y del Estado, la cual se combina con una superioridad fáctica de la costumbre. No hay ni superioridad normativa efectiva de la ley sobre los demás órdenes normativos, ni tampoco sintonía sociológica entre los tres órdenes. Lo que hay es una combinación de ritualidades jurídicas que ponen a la ley como superior pero que son en buena medida simbólicas, con la superioridad efectiva de elementos culturales y morales en el comportamiento social.⁹⁹

No obstante la superioridad fáctica de la costumbre o de la moral, y el desconocimiento del derecho casi nunca es total. En realidad, lo que ocurre es una especie de pacto, o de acomodamiento, entre los tres sistemas normativos. El hecho de que en La Guajira el contrabando sea una práctica generalizada no significa que se pueda contrabandear cualquier cantidad de productos o en cualquier circunstancia. La policía participa en el negocio del contrabando, pero lo hace imponiendo ciertos límites y restringiendo ciertas conductas que considera sobrepasan la violación tolerada. Ella sabe que por encima de esos límites las normas pierden todo sentido, que en esas condiciones sus labores policiales se deslegitiman y que, así las cosas, la corrupción deja de ser un negocio. Por eso el contrabando necesita de las leyes que lo prohíben; de lo contrario no es negocio. Uno de los personajes de Alfredo Molano en su *libro Así mismo* señala que “las leyes son la ocasión del soborno, hay que hacerlas cumplir para elevar la mordida. Si la ley no se respeta el sistema se derrumba” (1993, p. 89).

99. Al respecto ver la investigación sobre jueces colombianos que trabajan en zonas de conflicto armado (García Villegas, 2008).

La ley penal sobre contrabando puede tener, por un lado, el efecto de que las autoridades pacten una cierta formalización de las mercancías de los contrabandistas, lo cual permite un cierto control y una cierta recaudación de impuestos (tal control no habría existido si las prohibiciones no hubiesen sido introducidas) pero todo ello se hace a sabiendas de que dicho pacto se hace por fuera de los parámetros legales y que ello entraña una corrupción institucionalizada. Es claro que el pacto no habría existido si no existiese la norma que prohíbe el contrabando y en este sentido la norma tiene un impacto en esa realidad, una eficacia. Sin embargo, también es claro que, desde el punto de vista estrictamente normativo, lo que hay es un desconocimiento de la norma.

Algo similar sucede con el acomodamiento clientelista. Desde el punto de vista legal, el clientelismo entraña una deformación de los propósitos institucionales; sin embargo, puede suceder que, desde el punto de vista sociológico, las prácticas clientelistas produzcan una cierta repartición de recursos o un acceso relativo de las clases subordinadas al poder, lo cual no habría ocurrido sin dichas prácticas. Puede suceder, en pocas palabras, que el clientelismo produzca una suerte de “ilegalidad provechosa”, en todo caso mejor que la situación original, sin la intervención clientelista. Por eso es que la célebre propuesta del presidente colombiano Julio Cesar Turbay Ayala de “reducir la corrupción a sus justas proporciones” puede ser, aparte de su fenomenal e involuntaria incorrección política, una regla sociológica, incluso política, entendible.

Las prácticas derivadas del Estado y del derecho, dice Joel S. Migdal, no deben ser entendidas como “simples desviaciones de la (buena) conducta normativa tal como la proponen los códigos del Estado. Han sido códigos morales por derecho propio, que compiten con lo expresado en la imagen del Estado...” (2011, p. 39). Y un poco más adelante dice lo siguiente:

“Lo que fácilmente se puede etiquetar [...] como el nepotismo o el contrabando, también se puede ver, por ejemplo, como una moralidad que favorece los lazos de parentesco por encima de la meritocracia, o que expresa el derecho de tránsito de la gente de sus bienes a través de las fronteras arbitrariamente impuestas por la ley del Estado” (2011, p. 40)

En América Latina hay que aceptar, como dice Fernando Escalante, que desde hace por lo menos doscientos años la regla general parece haber sido “conseguir la gobernabilidad a cambio del incumplimiento” (2004, p. 106). Esa gobernabilidad es esquizofrénica: se debate entre, por un lado, un deber ser tan imposible de cumplir como de abandonar, y por el otro lado, una realidad tan inevitable como indeseable. De ahí vienen las múltiples fórmulas prácticas de acomodamiento entre instituciones y realidades que se conocen entre nosotros: el “*se obedece pero no se cumple*”, la normalización de la excepción, la cultura del “es mejor pedir perdón que pedir permiso”, la costumbre de hacer “como si” las cosas fueran de otra manera, la convivencia entre reglas universales y racionales, y prácticas determinadas por el clientelismo, el patrimonialismo, el particularismo, etc.

Ahora bien, la flexibilidad institucional —el incumplimiento acomodado de la ley— es un fenómeno políticamente ambivalente: puede servir para conciliar intereses y valores que de otra manera serían irreconciliables o puede servir para ahondar la brecha entre derecho y realidad, de tal manera que este último sea una simple mascarada de la realidad.¹⁰⁰ La célebre expresión colonial, “*se obedece pero no se cumple*”, por ejemplo, tenía esa ambivalencia: a veces servía para superar una situación institucional bloqueada y otras veces

100. El término de “debilidad calculada del Estado”, que usa Escalante para el caso mexicano, es útil para explicar la naturaleza social de nuestras instituciones (2009). Del mismo autor y en el mismo sentido, ver igualmente (2004, 2006).

para subordinar las reglas jurídicas e institucionales al imperio de los intereses de los más poderosos.

Dimensión normativa

El hecho de reconocer, desde la sociología, no solo el carácter flexible y acomodaticio de nuestras instituciones sino también la falta de uniformidad espacial de la presencia del Estado, no debería llevarnos, desde el derecho o desde el debate democrático, a una especie de fatalismo normativo a partir del cual renunciamos a la posibilidad de que las normas y las instituciones logren imponer las realidades que ellas prescriben. Entre el optimismo ingenuo y el fatalismo hay espacio para la construcción institucional y para la lucha por los derechos.

Deberíamos evitar la tentación ingenua o idealista que tiende a identificar el Estado con las normas y los imaginarios que lo contemplan y lo conciben. Pero también deberíamos evitar la tentación fatalista que supone que el derecho moderno es el producto de condiciones materiales y culturales que no tenemos y que, por lo tanto, antes que pensar en el derecho debemos pensar en conseguir tales condiciones.

Dicho en otros términos, es necesario evitar dos posiciones extremas sobre el Estado colombiano. La primera posición, que podríamos denominar “si hay algo, hay todo”, supone que basta con la existencia de un ordenamiento jurídico formal, validado en las urnas y respaldado por la clase dirigente para que podamos hablar de Colombia como un Estado de derecho consolidado. La segunda posición, que podríamos denominar, “si no hay todo, no hay nada”, supone que para poder hablar de Estado, democracia y Estado de derecho en América Latina necesitamos alcanzar aquellos niveles de eficacia, legitimidad y legalidad que los países modernos han alcanzado. Mientras tanto, solo tenemos un remedo de todo eso, remedo que debemos rechazar de plano.

Ambas posiciones desconocen el carácter constitutivo de las instituciones y de las normas jurídicas que las regulan. Ellas no son datos, hechos cumplidos o supuestos sociales previos a la acción social, sino parte integral de esa acción. El sentido y el alcance de las instituciones, como del derecho, es algo que se determina día a día en la práctica social. Más que normas votadas y promulgadas, las constituciones latinoamericanas son el resultado de las luchas sociales e institucionales por la fijación del sentido de tales normas. De manera similar, las instituciones no se confunden con sus estatutos o sus reglamentos sino que comprenden toda una serie de prácticas y de representaciones que inspiran tales prácticas originadas en tales estatutos y tales normas.

Cuando el Estado y el derecho se miran como fenómenos sociales en construcción; como un continuum de prácticas y representaciones en permanente evolución, entonces su valoración se hace más compleja y matizada. Aquí no tiene cabida ni la ingenuidad formalista que supone la existencia de instituciones con el solo hecho de constatar que ellas han sido creadas y que se cumplen ciertas rutinas formales, ni tampoco el escepticismo materialista según el cual, dado que el derecho debe ser el producto de las condiciones sociales y materiales existentes (no de una visión ideal de la sociedad) las normas jurídicas que no tienen arraigo social son descartables y no tienen ninguna potencialidad transformadora.

Derecho viviente y eficacia simbólica

Espero que el lector haya captado el rol esencial que la eficacia del derecho juega en las explicaciones que preceden. El uso simbólico de las normas abre un callejón intermedio entre la aplicación instrumental pura y simple de lo que dicen las normas, y el abandono de los ideales normativos y su consecuente efecto de bendición

(de normalización) de lo que existe. La eficacia simbólica permite el acomodamiento flexible de las instituciones y de sus normas a la realidad social, de tal manera que no se renuncie al deber ser y a lo ideal, pero que tampoco se renuncie a la costumbre y a las relaciones de poder que la alimentan. Así se escamotean dos mundos inaceptables para el derecho y para las élites dominantes que lo imponen: uno es la revolución social para adecuar la realidad al derecho (ilusión jurídica) y el otro es la reducción del derecho a lo que existe (fatalismo social).

Sin el mecanismo simbólico de adaptación que proporciona el derecho las cosas serían de otro modo: por un lado, la falta de ideales jurídicos haría menos aceptable la realidad social de lo que de hecho es, lo cual crearía inestabilidad social y descontento y, por el otro lado, la falta de condescendencia con la costumbre y con lo que existe implicaría unos cambios estructurales en la sociedad que ella misma (o mejor, quienes la dirigen) no estarían dispuestos a enfrentar. Así, la eficacia simbólica es un mecanismo político de adaptación que permite una cierta conciliación (inestable, desde luego) entre las necesidades de cambio y las necesidades de que todo siga siendo igual.

Con esto no quiero decir que la eficacia simbólica sea siempre algo deseable, solo digo que es algo que se explica. Más aún, el hecho de reconocer, desde la sociología, no solo el carácter flexible y acomodaticio de nuestras instituciones sino también la falta de uniformidad espacial de la presencia del Estado, no debería llevarnos, desde el derecho o desde el debate democrático, a una especie de fatalismo normativo a partir del cual renunciamos a la posibilidad de que las normas y las instituciones logren imponer las realidades que ellas prescriben. Entre el optimismo ingenuo y el fatalismo hay espacio para la construcción institucional y para la lucha por los derechos.

Conclusión

Para tener una concepción más realista del fenómeno jurídico quizás haya que empezar por desmontar la imagen del Estado moderno que hemos heredado de Europa y los Estados Unidos, concebida como una entidad soberana, legítima y separada de la sociedad. La idea moderna de Estado, célebremente definida por Max Weber como “aquella comunidad humana que en el interior de un determinado territorio reclama con éxito el monopolio de la coacción física legítima” (1992, p. 1057), parece demasiado ideal (de hecho así fue concebida) para poder explicar lo que realmente ocurre en la práctica con los Estados latinoamericanos. Joel S. Migdal ha propuesto una definición menos ideal, y a mi juicio más útil, de Estado, entendido como un campo de poder marcado por el uso y la amenaza de violencia, en el cual interviene no solo la imagen de una organización dominante y coherente implantada en un territorio, sino también las prácticas de sus múltiples partes. Para entender el Estado, dice Migdal (2001), es pues necesario tener en cuenta no solo las representaciones que este produce en los individuos sino las prácticas que se derivan de tales representaciones. La inclusión de imágenes y de prácticas en esta definición permite ir más allá de la idea monolítica de Estado para captar su carácter camaleónico, su capacidad para adaptarse a circunstancias diversas y para producir arreglos multiformes en cada realidad social.¹⁰¹

Algo parecido creo que se debe hacer con el derecho. Más allá del conjunto de normas promulgadas y plasmadas en los códigos, el derecho es también un campo de poder en el cual intervienen imágenes, por un lado, y prácticas derivadas de tales imágenes, por

101. Al momento de entregar este libro a imprenta, Dejusticia (<www.dejusticia.org>) está a punto de publicar una investigación sobre la presencia diferenciada del Estado en el territorio, a partir de un índice de capacidad institucional local (García Villegas & Espinosa, 2013).

el otro. La eficacia simbólica del derecho adquiere aquí toda su relevancia.

En este sentido, me parece que hay que evitar tanto las visiones que reducen el derecho a su dimensión institucional, como ocurre con una sociología del derecho que solo mira el problema de la eficacia (Gap Studies) —ver por ejemplo Sarat (1990), o Carbonnier (1958)—, como las visiones que reducen el derecho a las prácticas de los actores sociales, como es el caso de los llamados estudios de conciencia jurídica (Legal Consciousness Studies); al respecto ver, Ewick y Silbey (1998). Dicho un poco burdamente, creo que hay que evitar cierta tendencia politológica a ver el derecho solo como un instrumento y cierta tendencia antropológica a ver el derecho solo como una práctica social.

La inclusión de imágenes y prácticas es lo que nos permite ver cómo dos sistemas jurídicos que tienen las mismas normas pueden llegar a ser bastante diferentes. Es difícil entender la realidad del derecho cuando se toman tan en serio las normas plasmadas en las constituciones y en los códigos o, dicho en otros términos, cuando se toma tan a la ligera las representaciones y las prácticas que producen tales normas.

Desde este punto de vista, el Estado y el derecho aparecen como campos sociales menos delimitados, más flexibles, más porosos y sobre todo más políticos. Sus fronteras resultan siendo menos claras de lo que se pretende: la distinción entre Estado y sociedad civil termina siendo tan borrosa como la distinción entre lo legal y lo ilegal. Así como hay mucho de social en lo estatal y mucho de estatal en lo social, de manera similar hay mucho derecho en el no derecho y de no derecho en el derecho. Estas imbricaciones se deben a que el Estado y el derecho están, en buena medida, determinados por las estructuras sociales en las cuales operan. Un mismo paquete de normas y de políticas públicas sobre, digamos, propiedad agraria, corre una suerte bien diferente en un entorno dominado por una

PRESUPUESTOS TEÓRICOS

estructura latifundista de la propiedad que en otro en donde predomina la pequeña propiedad agraria. Pueden ser las mismas normas y las mismas organizaciones encargadas de ponerlas en práctica pero el resultado, el Estado y el derecho viviente, son diferentes.

SEGUNDA PARTE
CASOS COLOMBIANOS

CAPÍTULO 4
EL ABUSO DEL ESTADO DE SITIO EN COLOMBIA
(1970-1991)¹⁰²

En Colombia, como en muchos otros países de América Latina, los gobiernos han hecho uso frecuente del estado de sitio (o estado de excepción) y lo han hecho respaldados en la doctrina constitucional. Según esa doctrina, el estado de sitio le permite al poder ejecutivo obtener algunos poderes excepcionales con el propósito de enfrentar problemas de orden público, sin por ello abandonar los controles democráticos al poder público y la protección de los derechos fundamentales. Si bien se limitan algunos derechos y se concentran algunos poderes, todo ello se hace, según esta doctrina, de manera excepcional, razonada y sin afectar la estabilidad democrática (Sáchica, 1974).

Pero como sucede con tanta frecuencia en el continente, una cosa es la doctrina jurídica, que pone el acento en la normalidad, y otra muy diferente es la práctica jurídica, cuyo rasgo característico es la excepción. Por esta vía los gobiernos han creado una realidad institucional híbrida entre el constitucionalismo y el régimen militar.

En otros términos, los gobiernos latinoamericanos se han valido del poder legitimador del estado de sitio (en tanto figura constitucional legítima) para crear realidades políticas próximas al régimen autoritario. En ese sentido, el estado de sitio es un ejemplo elocuente

102. Versiones anteriores y más extensas de capítulo fueron publicadas en García Villegas (2003b) y García Villegas y Uprimny (2006); agradezco a Rodrigo Uprimny por autorizar la publicación de estas ideas en este libro.

del poder simbólico del derecho, en tanto la norma constitucional, a partir de la representación que evoca, sirve para hacer cosas distintas de aquellas que se desprenden de la lectura espontánea de sus textos.

Este capítulo se refiere al abuso gubernamental del estado de sitio en Colombia entre 1970 y 1991.¹⁰³ Y se divide en dos partes: la primera presenta una visión histórica del tema y en la segunda muestra los efectos políticos del estado de excepción.

El uso del estado de excepción

Colombia ha vivido la mayor parte de su historia bajo los rigores de la violencia. Este pasado sangriento ha incidido tanto en su estructura institucional como en su cultura jurídica. La prioridad del orden público en los asuntos de gobierno ha hecho sobrevalorar la participación de la Fuerza Pública en la dinámica institucional del Estado y ha desequilibrado el balance constitucional entre las ramas del poder público. Esta participación de la Fuerza Pública se ha consolidado por medio de la utilización frecuente que los gobiernos han hecho de los estados de excepción. Entre 1970 y 1991 el estado de excepción se convirtió en un instrumento ordinario de la política gubernamental. He aquí cuatro indicaciones de esta anomalía. (1) La excepción era casi permanente. Así por ejemplo en los 21 años transcurridos entre 1970 y 1991 Colombia vivió 206 meses bajo estado de excepción, es decir 17 años, lo cual representa el 82% del tiempo transcurrido. Entre 1949 y 1991 Colombia vivió más de 30 años bajo estado de sitio. (2) Buena parte de las normas de excepción fueron legalizadas por el Congreso, lo cual convirtió al ejecutivo en un legislador de hecho. (3) Hubo períodos en los cuales se impusieron profundas restricciones a las libertades

103. Análisis similares pueden verse en Barreto y Ariza (2001) y Barreto (2006).

públicas, a través por ejemplo de la justicia militar para juzgar a los civiles. Según Gustavo Gallón, a finales de 1970 el 30% de los delitos del Código Penal eran competencia de cortes marciales (Gallón, 1979). (4) La declaratoria y el manejo de la excepción desvirtuaban el sentido y alcance de las normas constitucionales sobre la materia, debido a la ausencia total de un control político y jurídico. Así por ejemplo, en mayo de 1965 el Gobierno declaró el estado de sitio para controlar una manifestación de estudiantes en Medellín que protestaban contra la invasión de Estados Unidos a Santo Domingo. La manifestación fue controlada rápidamente pero el estado de sitio estuvo en vigor tres años y medio más.¹⁰⁴

La incidencia social e institucional del estado de excepción no ha sido la misma desde 1949. Tres períodos pueden ser diferenciados. El primero de ellos se inicia en 1957 con la instauración del Frente Nacional y llega hasta el fin del gobierno del presidente López Michelsen en 1978. Durante este tiempo aumentaron progresivamente las protestas ciudadanas y creció la apatía política de amplios sectores de la población. Inicialmente el estado de sitio fue utilizado en las ciudades para reprimir —en un principio tímidamente— las manifestaciones de descontento, así como para resolver problemas derivados de la crisis económica heredada de la época de La Violencia. En el campo se vivía una situación de guerra contra la subversión guerrillera naciente y contra los pocos reductos de La Violencia. Mientras en las ciudades se restringían los derechos ciudadanos con el fin de contrarrestar las manifestaciones políticas, en las zonas rurales se mataba para reprimir a la subversión. De otra parte, la intervención de los entes encargados del control —tanto constitucional como político— fue prácticamente nula.

104. Al finalizar este período en 1991 se promulga la Constitución actual, con la cual, por primera vez en la historia de Colombia se impusieron claras restricciones a esta práctica.

CASOS COLOMBIANOS

El segundo período se inicia con el gobierno de Julio César Turbay Ayala (1978) y termina con el fin del mandato del presidente Virgilio Barco (1990). En estos años la excepción perdió fuerza como instrumento de control social —en parte por la disminución de las manifestaciones políticas de estudiantes y obreros— y ganó importancia como instrumento de represión de las actividades ilegales del narcotráfico y la subversión.

Durante la década de los años setenta y principios de los ochenta, las Fuerzas Armadas y los organismos de seguridad del Estado obtuvieron prerrogativas propias de un régimen militar, lo cual les eximió de los costos políticos del ejercicio directo del poder. Desde mediados de la década de los ochenta y sobre todo desde la Constitución de 1991, estas prerrogativas fueron drásticamente limitadas. No obstante, la violencia y la desprotección de los derechos se agravaron. Esto se debió, por lo menos en parte, al hecho de que las reformas democráticas introducidas, así como el proceso de paz¹⁰⁵ fueron percibidas por algunos militares y por funcionarios del Estado como un obstáculo para ganar la guerra¹⁰⁶ y, por ese motivo, prefirieron abandonar el manejo legal del orden público, con todas las implicaciones en materia de violaciones a los derechos humanos que de allí se derivan (Uprimny y Vargas, 1990, p. 114; Dávila, 1998,

105. El proceso de paz fue instaurado durante el gobierno del presidente Belisario Betancur (1982-1986); dos hechos fueron significativos a este respecto: por un lado, le fue conferida amnistía al movimiento guerrillero M-19 y, por el otro, el presidente quiso limitar la participación de los militares en la vida política nacional. Los militares vieron esto como un embeleco político hostil (Tirado Mejía, 1998).

106. Esto no solo ha sucedido en Colombia; de acuerdo con Pinheiro, en Brasil, la Policía percibe el Estado de derecho como un obstáculo y no como un instrumento adecuado para el control social; según esto la Policía considera que su función es la de proteger a la sociedad de elementos marginales por cualquier medio que sea necesario (Méndez, O'Donnell & Pinheiro, 1999); ver igualmente Loveman (1993) y Dávila Ladrón de Guevara (1999).

p. 112). Así, de la cultura de la excepción se saltó a la cultura de la guerra sucia.

A finales de los años ochenta, el proyecto político híbrido del Frente Nacional —democracia, militarización del Estado y exclusión social— empezó a parecer inviable, incluso para las élites políticas que lo idearon. Las ventajas que en un principio se obtuvieron de la combinación entre democracia y autoritarismo ahora empezaron a mostrar resultados contraproducentes.

El tercer período se inició con la promulgación de la Constitución de 1991, escrita y promulgada durante el gobierno del presidente César Gaviria (no sobra agregar que ello se hizo a través de normas de excepción), y se extiende hasta el fin del siglo.

Desde los últimos años de la década de los ochenta, los movimientos populares se debilitaron y disminuyeron las protestas organizadas por los sindicatos y los movimientos estudiantiles. El estado de conmoción —nuevo nombre del antiguo estado de sitio— perdió parte de su carácter permanente, debido a la restricción temporal contenida en el artículo 213 de la Carta política. La guerra sucia continuó con toda su fuerza y el narcoterrorismo disminuyó notoriamente con el desmantelamiento del Cartel de Medellín. En contraste, el secuestro, el homicidio y, en general, la privatización de la violencia y de los mecanismos de justicia adquirieron más importancia que nunca. De otra parte, la justicia constitucional ejerció un control estricto con fundamento en la doctrina del control material de los decretos de excepción. Como consecuencia de ello, el ejecutivo ha intentado en varias ocasiones reformar la Constitución para limitar el poder de la Corte en esta materia.

Desde mediados de los años ochenta, Colombia asistió a un proceso de fragmentación y deterioro institucional que de manera paulatina se desplazó, desde una situación en la cual predominaba la anormalidad constitucional, como resultado de la cuasi-perma-

nencia del estado de excepción, hacia la proliferación incontrolada de grupos armados que proclaman su intención de sustituir al Estado en su función de administrar justicia.¹⁰⁷

Las consecuencias del estado de excepción

En términos generales, el estado de sitio fue ineficaz desde el punto de vista de sus efectos instrumentales. El poder ejecutivo, y de manera específica, el poder militar, obtuvieron hasta mediados de los ochenta concesiones excesivas que no se tradujeron en una mayor eficacia en el control de los grupos armados en pugna con el Estado. A medida que aumentaba la justicia penal de excepción, paradójicamente disminuía su capacidad para remediar el conflicto que estaba llamada a resolver, y ello debido al efecto difusor de las violencias que acarrea dicho aumento. La justicia luchaba contra un enemigo que se fortalecía en la medida en que resultaba atacado. El crecimiento de la justicia de excepción resultaba desproporcionado en relación con los resultados obtenidos: mientras más crecía el aparato represivo más crecía el delito y el conflicto que el mismo aparato quería resolver. La dificultad para romper este círculo vicioso se encontraba en el hecho de que al tiempo que se incrementaba el uso de la excepción y crecía la ineficiencia del Estado, aumentaban las razones aducidas por los gobiernos para justificar su uso y su fortalecimiento.

La ineficacia de las medidas de excepción, por un lado, y la búsqueda de un proyecto de régimen político-jurídico plenamente democrático a finales de los ochenta, por el otro, condujeron a la implantación de controles judiciales frente a las facultades de

107. Al respecto ver el informe del Departamento de Estado de los Estados Unidos sobre las violaciones de derechos humanos en Colombia durante 1997; igualmente el informe de *Human Rights Watch* de 1998 (p. 86).

excepción. Pero quizás ellos llegaron demasiado tarde, cuando la violencia estaba desbordada y, en consecuencia, tales controles hicieron atractiva la búsqueda de soluciones extralegales entre agentes del Estado, lo cual aumentó el fragor de la guerra así como disminuyó y fragmentó el poder institucional.

De esta manera; de una situación inicial en la cual las élites nacionales pretendían consolidar un régimen político en la zona de frontera entre el constitucionalismo y el autoritarismo, se fue pasando a una situación en la cual el poder estatal era incapaz de controlar la pugna entre poderes armados con la participación de sus propios agentes. De los intentos de constitucionalización del poder excepcional del Estado se pasó al debilitamiento del Estado constitucional y a su consecuente inclusión en una guerra de fracciones. La práctica de la excepción constitucional, en la frontera pseudo-constitucional, se convirtió en una práctica bélica, en el territorio de la guerra.

El estado de sitio produjo efectos colaterales y efectos simbólicos. El primer efecto colateral fue que la excepción produjo el desvanecimiento de la frontera entre lo legal y lo ilegal y por esta vía facilitó el salto hacia el no-derecho, no solo de funcionarios del Estado sino también de particulares. La ineficacia de los objetivos de paz y orden trazados por las medidas de excepción, a pesar de su casi permanencia durante ciertos períodos de la historia nacional, produjo desengaño respecto de las vías institucionales y una cultura antijurídica que es en parte responsable de la búsqueda tanto institucional como social de mecanismos alternativos e ilegales destinados a conseguir tales objetivos.

El segundo efecto colateral es este: la excepción constitucional fue nefasta para la configuración de una oposición política fuerte e institucionalizada en Colombia. El estado de excepción fue la fórmula que las élites políticas colombianas idearon para enfrentar las protestas populares, muy frecuentes durante las décadas de los se-

setenta y setenta. Con esta fórmula se quiso evitar tanto la caída en el régimen militar como la democracia plena. Mientras en otros países del continente el control de la protesta social se logró por medio de la implantación de regímenes militares, en Colombia la represión se hizo a partir de instituciones “democráticas”, por lo menos en su forma. Allí donde hubo régimen militar, la sociedad civil se mantuvo y se fortaleció a través del discurso democrático y de los derechos humanos. En Colombia, en cambio, tanto la oposición de izquierda como la de derecha se apartaron del discurso democrático con el objeto de no identificarse con los gobiernos. Mientras la izquierda veía en el régimen existente una dictadura disfrazada, la derecha veía en el mismo Estado un propiciador del desorden y la anarquía izquierdista. Quizás esto también ayude a explicar la facilidad con la cual estas dos posiciones han estado dispuestas a tomar las armas para defender sus propósitos. Mientras en otros países del subcontinente regímenes militares y populistas favorecieron las alianzas entre el Estado y las clases subalternas, la historia de las luchas sociales en Colombia ha sido la historia de los desencuentros entre los actores sociales que lideran dichas luchas y las instituciones del Estado.

La naturaleza híbrida del régimen bloqueó tanto la alternativa democrática plena como la alternativa militar plena. Así como la subversión fue interpretada por la izquierda como la salida ilegal necesaria a una democracia bloqueada, la guerra sucia fue interpretada por sus promotores como la salida ilegal necesaria a un régimen militar bloqueado.

Finalmente, la recurrencia del estado de excepción no se puede entender sin los efectos simbólicos que produjo. El estado de excepción contribuyó a crear una institucionalidad híbrida entre el constitucionalismo y el régimen militar sin que ello implicara renunciar a estos dos regímenes opuestos. Los gobernantes colombianos de finales del siglo XX, como tantos otros gobernantes lati-

noamericanos, no solo dependían, para mantenerse en el poder, de la retórica legitimante proveniente de la Constitución sino también de la necesidad de concentrar poderes para resolver problemas de orden público y limitar los derechos de la oposición. El uso normalizado de la excepción constitucional fue el mecanismo que hizo posible la obtención de estos dos propósitos incompatibles. El estado de sitio hacía posible la concentración del poder sin renunciar al constitucionalismo, y la democracia constitucional sin renunciar a la concentración del poder. El derecho que faculta la excepción permitía esa posibilidad de hacer varias cosas a la vez, a medias ambas y sin tener que renunciar a ninguna.

Algo similar sucedía en la Colonia con la célebre expresión *se obedece pero no se cumple* y que se utilizaba con el propósito de introducir una excepción en la norma promulgada en España, excepción justificada por las circunstancias particulares de la Colonia sin que ello implicara desobedecer al rey o poner en tela de juicio su autoridad. Así se desconocía la norma pero sin poner en tela de juicio la potestad del derecho. Lo mismo pasa con la normalización del estado de sitio: se desconoce la Constitución (al normalizar lo que es excepcional) pero dicha recurrencia se justifica con base en las circunstancias particulares del momento.

El derecho de excepción se convierte así en un colchón que permite la coexistencia de dos lógicas que en principio son incompatibles: la lógica jurídico-formal de la democracia constitucional con la lógica política de las necesidades gubernamentales. Sin el derecho de excepción las élites gobernantes se verían sometidas a optar entre dos posibilidades que consideran problemáticas: la junta militar, de un lado, o el acatamiento pleno del texto constitucional con sus implicaciones en materia de control del poder y protección de los derechos fundamentales. En un país como Colombia la primera opción chocaba con una tradición jurídica civilista y la segunda chocaba con la incapacidad estatal para imponerse legalmente

CASOS COLOMBIANOS

en todo el territorio nacional. La tradición civilista y la debilidad del Estado hacían del estado de excepción normalizado la mejor solución para las élites gobernantes.

CAPÍTULO 5
EL DERECHO DE LA GUERRA
CONTRA EL NARCOTRÁFICO (1984-1989)¹⁰⁸

El 31 de septiembre de 1989, en medio del terror impuesto por el narcotráfico a los ciudadanos del Valle de Aburrá, el alcalde de la ciudad de Medellín, Juan Gómez Martínez, expidió el Decreto 580, por medio del cual impuso el toque de queda entre las 10 p.m. y las 6 a.m. En los considerandos del decreto se decía que “la situación de orden público por la que atraviesa la ciudad, amerita la toma de decisiones que contrarresten ciertos hechos perturbadores de la tranquilidad ciudadana”. Así se inicia un enorme despliegue de la Fuerza Pública,¹⁰⁹ lo cual, sin embargo, no impidió que las bombas siguieran estallando diariamente en la ciudad; solo cambió el momento: mientras que antes las explosiones tenían lugar en las noches, durante la época del toque de queda los atentados se llevaban a cabo durante el día.

El mayor impacto del decreto en relación con el orden público¹¹⁰ se produjo en la disminución de la violencia común. Según información del Departamento de Estadística Criminal del muni-

108. Agradezco a Claudia Jiménez, Ángela Llano, Manuel Iturralde y Libardo Ariza, quienes ayudaron, cuando eran estudiantes hace veinte años (las primeras en la Universidad Pontificia Bolivariana y los segundos en la Universidad de los Andes) a recopilar los datos que contiene esta investigación.

109. Se establecieron 18 retenes de policía, la mitad de ellos móviles. Salieron a las calles 4 mil uniformados y se obtuvieron refuerzos de personal provenientes de Bogotá y Urabá. Véase el diario *El Mundo*, jueves 31 de agosto de 1989.

110. No se tuvo en cuenta la incidencia del toque de queda en la actividad industrial y comercial de la ciudad.

cipio de Medellín, entre enero y octubre de 1989 se cometieron en la ciudad un promedio de 10 homicidios diarios, de los cuales el 67% fueron ocasionados por el consumo de alcohol durante las noches.¹¹¹ En el mismo período se produjeron 37 mil hechos relacionados con hurtos, atracos y robo de automóviles. Esta agitada actividad criminal¹¹² disminuyó drásticamente durante la vigencia del toque de queda. En la primera noche de aplicación de la medida solo se presentó un herido de bala en la policlínica de la ciudad, cuando lo corriente era que allí se atendiera un promedio de 60 personas, según información del personal médico.¹¹³

Cuatro días después de iniciado el toque de queda, el alcalde dio declaraciones a la prensa sobre los resultados obtenidos con la medida adoptada. Según el mandatario, la violencia disminuyó en un 65%, fueron desactivadas 14 bombas y detenidas 4.500 personas.¹¹⁴

111. Informe del Departamento de Estadística Criminal del municipio de Medellín, en el diario *El Mundo*, noviembre 24 de 1989.

112. Según un estudio de la revista *Coyuntura Social*, del Instituto SER de Investigaciones, Colombia pasó a ser el país más violento del mundo en el año 1989, con una tasa de homicidios de 68.8 por cada 100 mil habitantes. Según este mismo estudio Medellín era la ciudad más afectada; en 1988, casi la tercera parte de los homicidios totales del país se cometieron en esta ciudad. Citado en el comentario editorial del diario *El Mundo*, diciembre 12 de 1989.

113. Las decisiones del alcalde afectaron actividades que nada tenían que ver con las verdaderas causas del problema. Ejemplo de ello es el Decreto 604, por medio del cual se restringió la circulación de motos en la ciudad entre las 6 p.m. y las 5 a.m.; el Decreto 597, que exigió el desalojo de los vendedores ambulantes de algunas calles del centro de Medellín; el Decreto 590, por medio del cual se obligó a los conductores de vehículos a mantener encendidas las luces internas del automóvil durante la noche. “Estas medidas —dijo el alcalde— continúan vigentes para prevenir la racha de violencia que azota a la ciudad”, en diario *El Mundo*, jueves 1 de septiembre de 1989.

114. *Diario El Mundo*, lunes 4 de septiembre de 1989.

La norma del toque de queda permaneció vigente durante 13 días y 14 noches. En este lapso de tiempo explotaron en la ciudad algo más de 40 bombas¹¹⁵ y fueron incendiados 23 automóviles oficiales; la violencia común disminuyó drásticamente y la industria y sobre todo el comercio, se vieron afectados.

El gobierno municipal tenía la intención de levantar el toque de queda el lunes 11 de septiembre, después de una semana de vigencia. Sin embargo, el día 11 por la mañana fue acribillado, al salir de su residencia, el ex alcalde Pablo Peláez, quien había dirigido una campaña de reflexión ciudadana el 4 de agosto de 1989. Ante el nuevo hecho, ocurrido a las siete de la mañana, el alcalde decidió mantener las medidas adoptadas durante el toque de queda. Sin embargo, dos días más tarde la administración municipal tomó la decisión de levantar el toque de queda “en vista de la situación de tranquilidad que ha vivido la ciudad durante las últimas horas [...] Los resultados han sido muy buenos —explica el alcalde— yo creo que la gente los está reconociendo; se bajó notablemente el índice de muertes violentas y las familias están tranquilas¹¹⁶ y contentas con el toque de queda”.

Durante la vigencia del toque de queda, en plena guerra del Estado contra el Cartel de Medellín, el discurso del alcalde y de las demás instancias gubernamentales fue poco explícito en relación con la causa directa de la violencia: el narcotráfico. La violencia, según

115. Estos son algunos de los objetivos de los atentados dinamiteros: una fábrica de pinturas, un club privado, dos restaurantes, el aeropuerto, quince sucursales bancarias, estanquillos, un hotel y una estación de gasolina. Además de esto, fueron indirectamente afectados cinematecas, bares, centros nocturnos, espectáculos, turismo, etc.

116. El funcionario se refería a un fenómeno ampliamente comentado durante esos días: la satisfacción de esposas e hijos al ver a los padres de familia llegar todos los días temprano a sus hogares. Esto tiene su explicación en una sociedad con arraigadas costumbres machistas y con altos índices de alcoholismo.

las autoridades municipales, provenía de causas sociales, políticas e incluso morales. En lugar de hacer alusión a la mafia, el alcalde se refería a una crisis más profunda, a un problema que va más allá de las bombas y de los asesinatos políticos, a una crisis que viene de lejos y que tiene que ver con el egoísmo y la falta de solidaridad de todos.

Así pues, en las declaraciones del alcalde, la responsabilidad de los jefes del narcotráfico se hacía difusa, lo cual tenía explicación en la incapacidad policiva y política del alcalde para enfrentar al Cartel de Medellín.

El decreto que impuso el toque de queda en Medellín, luego del asesinato del precandidato Luis Carlos Galán, fue expedido y aplicado con el objeto de lograr propósitos diferentes de los declarados en el texto jurídico. El mismo alcalde, en declaraciones dadas el 4 de septiembre, reconoce claramente el carácter simbólico de la norma: “La medida fue tomada —dice el mandatario— no solo para evitar las bombas y los actos terroristas, sino para que toda la comunidad se dé cuenta de que estamos en una situación de emergencia y de que todos hacemos parte de esa situación y de la solución. Es un llamamiento a la comunidad para que se involucre en la solución que estamos buscando”.¹¹⁷

117. Diario *El Mundo*, 5 de septiembre. La similitud de esta afirmación del alcalde con la justificación de otras normas también simbólicas es evidente. En el caso de la Asamblea Nacional Constituyente, el presidente César Gaviria sostuvo lo siguiente: “La Carta de derechos y deberes que propone el Gobierno en el título segundo del proyecto es una respuesta a ese mal endémico de nuestra nación. También representa un cambio total en la concepción del Estado [...]. Una vez más habrá quienes reaccionen con ironía frente a este tema, alegando que la Constitución no puede prometer vivienda, salud, educación, comida, trabajo y seguridad para todos, y tendrán razón, pero es que ese no es el propósito de la consagración constitucional de esos derechos, la finalidad es que, al ser incluidos en la Carta, ello se vuelva un propósito nacional”; tomado del diario *El Tiempo* febrero 5 de 1991.

Esta norma es pues un ejemplo paradigmático de eficacia simbólica del derecho penal de excepción. Sin embargo, no es un caso excepcional. En este capítulo se presentan los resultados de una investigación sobre lo ocurrido con los 139 decretos de excepción (expedidos a través de las facultades extraordinarias propias del estado de sitio) expedidos durante la llamada “guerra contra el narcotráfico” en Colombia entre 1984 y 1989.¹¹⁸ Se tratará de mostrar cómo la expedición de estos decretos no puede ser cabalmente comprendida desde el punto de vista de su eficacia instrumental, es decir a partir de la lógica clásica de la dogmática penal, según la cual, las normas son instrumentos, destinados a tutelar bienes jurídicos, de obligatoria e inmediata aplicación por parte de las autoridades, no puede ser entendida desde allí, sino desde la lógica de la eficacia simbólica.

Se divide el capítulo en dos partes: la primera hace un análisis de los decretos, desde el acontecimiento que los produjo hasta los sujetos potencialmente afectados por dichas normas; la segunda, examina los resultados del análisis anterior y vincula dichos resultados con el uso simbólico de la producción de tales decretos.

Análisis sociojurídico de los decretos

En el período comprendido entre principios de 1984 (poco antes del asesinato del ministro de Justicia Rodrigo Lara Bonilla) y finales de 1989 (poco después del asesinato del candidato presidencial Luis Carlos Galán), se expidieron un total de 139 decretos de es-

118. El día 25 de agosto el presidente Virgilio Barco anunció a los colombianos el inicio de la “guerra contra el narcotráfico”. Sobre este hecho, ver Orozco (1989). Si bien esta expresión fue inicialmente utilizada por el gobierno del presidente Barco luego del asesinato de Luis Carlos Galán, en este texto se entenderá por tal el período de confrontación localizado entre principios de 1984 y finales de 1989.

tado de sitio.¹¹⁹ La mayoría de estas normas tuvieron un contenido procedimental: modificaron competencias, crearon nuevos órganos o cargos, otorgaron gratificaciones por confesión, organizaron el servicio militar, modificaron procedimientos, ampliaron, crearon, modificaron o suspendieron términos, etc. Muchos de ellos establecieron variaciones insignificantes o innecesarias. Algunos simplemente repitieron lo dicho por decretos anteriores.

Los demás decretos, es decir los que no tuvieron un carácter organizativo o procedimental sino sustantivo, se refirieron a temas tales como salvoconductos para portar armas, regulación del transporte —especialmente de motos— y licencias para pistas de aviación. Muchos de ellos establecieron modificaciones innecesarias, otros simplemente no sirvieron para el propósito perseguido.¹²⁰

Eficacia instrumental

La guerra del Estado colombiano contra los carteles del narcotráfico se llevó a cabo mediante una legislación de excepción (promulgada a través de las facultades del estado de sitio). Así se modificaron los procedimientos penales y se limitaron los derechos. En los inicios de esta guerra (1984) se le dio un gran poder a los militares, no solo a través del otorgamiento de competencias para controlar a la población civil, limitando sus libertades, sino por el hecho de que, desde 1984, todos los delitos relacionados con el narcotráfico empezaron a ser conocidos por cortes marciales. No obstante,

119. El período exacto de análisis es el siguiente: se inicia en marzo de 1984, cuando se declara el estado de sitio en cuatro departamentos (Meta, Caquetá, Huila y Cauca) y termina en diciembre de 1989.

120. El gobierno del presidente Gaviria, por conducto de su ministro de justicia Jaime Giraldo Ángel, se refirió en numerosas ocasiones a la incoherencia y a la falta de eficacia de los decretos antes mencionados. Para solucionar estos problemas, el gobierno expidió el “Estatuto para la Defensa de la Justicia”.

la eficacia instrumental de estas medidas fue muy reducida. Según Manuel Iturralde, “hacia finales de 1985 no se había conseguido llevar ante la justicia a uno solo de los principales traficantes de drogas y la mayoría de los 3.600 colombianos en prisión por acusaciones relacionadas con las drogas eran pequeños traficantes o expendedores” (2010, p. 85). Esta evaluación negativa sobre los resultados de la política criminal no solo era válida a mediados de los ochenta; ella puede ser extendida a lo largo de la década de los noventa e incluso hasta el presente. En efecto, casi todas las evaluaciones sobre la eficacia de esta política, desde sus inicios, a principios de los ochenta, hasta la actualidad, son desalentadoras.¹²¹

A finales de 1986 la Corte Suprema de Justicia desmontó la competencia de los militares para conocer de delitos sobre narcotráfico cometidos por civiles. A partir de allí se crearon los jueces especializados para conocer de estos casos y, posteriormente, creó la llamada “justicia de orden público” (Decreto Legislativo 1631 de 1987), la cual heredó los casos que antes correspondían a los militares. De nuevo, a pesar de estos cambios, el Gobierno no pudo controlar la violencia proveniente de los carteles y encaminada a exterminar a los militantes de izquierda (guerra sucia). Ante la ineficacia de las medidas adoptadas, el presidente Barco promulgó, en febrero de 1988, el Estatuto para la Defensa de la Democracia, dos días después del asesinato de Carlos Mauro Hoyos, Procurador General de la Nación. Pero estas medidas tampoco produjeron una reducción significativa de la violencia.

Cuando se habla de la eficacia de esta justicia penal de excepción siempre es conveniente hacer la diferencia entre las normas

121. En el informe final de la Comisión Asesora de Política criminal, presentado en el 2012, se habla de “una política criminal reactiva, sin adecuada fundamentación empírica, con incoherencias y falta de perspectiva clara de derechos humanos” (2012, p. 24 y ss.); ver igualmente Gaviria & Mejía, (2011); Pérez Correa (2012); Albarracín & Lemaitre (2011); Uprimny, Guzmán, & Parra (2012a).

sobre tráfico de drogas y terrorismo, por un lado, y la eficacia de las normas sobre consumo de drogas, por el otro. Según datos de la Policía Nacional, en 1988 se cometieron 11.881 delitos contra la seguridad pública. El 85% de esos delitos tuvieron origen en normas sobre estupefacientes¹²² A diferencia de lo que sucede con otros delitos, en el caso de condenas por estupefacientes la mayor parte de las sentencias son condenatorias.¹²³ En 1986, por ejemplo, no se presentó ninguna sentencia absolutoria; siete procesos terminaron por extinción de la acción penal y solo dos por prescripción. En la mayoría de los casos se trataba de procesos por dosis personal que se decomisa al supuesto infractor. La droga era incautada al sujeto del delito y por este motivo, por lo general, la carga de la prueba se invertía: el capturado debía demostrar su inocencia, lo cual era casi imposible de acuerdo con la legislación colombiana de la época.¹²⁴

De otra parte, el llamado Estatuto Antiterrorista (Decretos 180, 181 y 182 de 1988) expedido con el propósito de enfrentar la grave situación de orden público causada por los carteles, tuvo una eficacia muy limitada. De acuerdo con una investigación hecha en 1989 por la Oficina de Investigaciones Sociojurídicas y de Prevención del

122. Solo 6% de los delitos fueron por terrorismo y solo 4% por fabricación y tráfico de armas. Según datos de la Policía Nacional, mientras que en 1958 solo se cometieron 110 delitos relacionadas con estupefacientes, en 1963 esta cifra ascendió a 1.310, en 1968 a 3.574, en 1978 a 5.283 y en 1988 a 10.081, lo que representa un 5% de 212.144 infracciones reportadas para este año (1989, p. 66).

123. En el Juzgado 15 Penal del Circuito de Medellín, por ejemplo, se constató lo siguiente: de 28 sentencias dictadas por estupefacientes en el año de 1989, 20 fueron condenatorias y confirmadas por el Tribunal Superior, cuatro, estaban pendientes en consulta ante el Tribunal, tres fueron modificadas por el Tribunal, y solo una revocada.

124. Véase artículo 51 de la Ley 30 de 1986. Al respecto comenta Fernando Velásquez: "Tal conducta debe descriminalizarse porque es evidente la falta de lesividad para el bien jurídico tutelado" (1989, p. 24).

Delito, adscrita al Ministerio de Justicia de los 2.648 procesos en conocimiento de los juzgados de orden público, 530 fueron objeto de sentencia (Ministerio de Justicia, 1990, p. 29). Sin embargo, de acuerdo con estadísticas de la Dirección General de Prisiones, por violación al Estatuto Antiterrorista solo se encontraban recluidas un total de 311 personas; de estas, 23 estaban cumpliendo condena y 288 estaban en calidad de sindicados aún no sentenciados; lo cual demuestra una muy baja cantidad de personas condenadas y recluidas por razón de tales decretos. Estos resultados son todavía más preocupantes si se tiene en cuenta que, según el mismo estudio, el 69% de los procesos que llegan a la segunda instancia están relacionados con conductas previstas en el artículo 13 del Decreto 180, que establece pena por “fabricación y tráfico de armas”, y solo el 15% de los procesos se deben a delitos de terrorismo, atentado contra el régimen constitucional y homicidio con fines terroristas (Ministerio de Justicia, 1990, p. 46).¹²⁵ Por estas razones, la Oficina de Investigaciones concluye de esta manera: “las medidas excepcionales expedidas por el Gobierno Nacional con base en las facultades extraordinarias previstas en el artículo 121 de la Constitución Nacional [...] no han alcanzado dos de los objetivos perseguidos. Uno, el restablecimiento del orden público y su conservación, y dos, la disminución de la ocurrencia de comportamientos delictivos, considerados altamente lesivos para el sistema institucional y político colombiano” (1990, p. 47).

Así pues, las normas encaminadas a luchar contra el tráfico y el terrorismo de las mafias de las drogas, a diferencia de las normas

125. Alguien podría contra-argumentar diciendo que los datos son malos porque son muy recientes, sugiriendo así que la política criminal pudo haberse consolidado luego. Sin embargo, como lo indiqué antes, existe una marcada y constante ineficacia de esta política criminal (y no solo en Colombia). Ver Comisión Asesora de Política Criminal (2012) y Pérez Correa (2012).

relacionadas con el consumo, tenían, y siguen teniendo, una muy pobre eficacia instrumental (Gaviria & Mejía, 2011).

Efectos colaterales y simbólicos

La constante más significativa del discurso político del Gobierno central durante el período analizado, sobre todo durante la presidencia de Virgilio Barco (1986-1990), fue la intención de condenar al narcotráfico como el factor principal de perturbación del orden público. “La violencia que experimenta el país —dice un documento de la Presidencia de la República— proviene de fuentes distintas en su origen [...]. Entre ellas el narcotráfico es la principal causa de desestabilización, política social y económica” (1989, p. 28).¹²⁶

Esto es natural si se tiene en cuenta que la gran mayoría de estas normas fue expedida a raíz de cuatro asesinatos de reconocidas personalidades nacionales:

El 30 de abril de 1984 fue asesinado el ministro de Justicia Rodrigo Lara Bonilla. Como consecuencia de ello, el Gobierno decretó

126. En cuanto a los asesinatos políticos que ocasionaron gran impacto nacional, el documento gubernamental no tiene dudas respecto a los autores de tales crímenes: “En 1984 —dice el texto— fue asesinado el ministro de Justicia Rodrigo Lara Bonilla, caracterizado iniciador de la batalla contra el tráfico de estupefacientes [...] [H]ace pocos días, cuatro años después, murió nuestro Procurador General de la Nación Carlos Mauro Hoyos, también vilmente asesinado por las balas asesinas del narcotráfico [...] [D]espués del cruento asalto a nuestra Corte Suprema de Justicia, cuando se sacrificó a los más ilustres jueces y apóstoles del orden jurídico, inmolaron al magistrado sobreviviente doctor Hernando Baquero Borda y al coronel Jaime Ramírez Gómez. En circunstancias análogas pierde la vida el líder político de la Unión Patriótica Jaime Pardo Leal. Esto para citar unos pocos de los numerosos casos de cuotas de sangre entregada por nuestra gente en la implacable lucha contra el narcotráfico” (1989, p. 27). A esta lista elaborada por el Gobierno se agregan luego los asesinatos de Guillermo Cano, director del periódico *El Espectador*, Antonio Roldán, gobernador de Antioquia, Vladimir Franklin Quintero, comandante de la policía de Antioquia, y Luis Carlos Galán, candidato a la Presidencia (1989, p. 33 y ss.).

el estado de sitio en todo el territorio nacional, puso en aplicación el tratado de extradición con Estados Unidos y otorgó competencia a la justicia penal militar para conocer de los delitos consagrados en el Estatuto Nacional de Estupefacientes. Diez días después del asesinato del ministro, se habían realizado 408 allanamientos y se habían capturado a 152 personas;¹²⁷

El 17 de diciembre de 1986 fue asesinado el director del periódico *El Espectador*, Guillermo Cano. Ese mismo día el Gobierno expidió dos decretos, y durante el mes siguiente se expidieron ocho decretos más.

El 25 de enero de 1988 fue asesinado el Procurador General de la Nación Carlos Mauro Hoyos. El Gobierno reaccionó con la expedición del más importante de los instrumentos represivos contra el narcotráfico, conocido como Estatuto para la Defensa de la Democracia (Decreto 180 de 1988). Durante el mes siguiente el Gobierno expidió 8 decretos en el marco del estado de sitio.

El 18 de agosto de 1989 fue asesinado el candidato a la Presidencia de la República, Luis Carlos Galán. Como consecuencia de ello, el Gobierno puso en funcionamiento la extradición por vía administrativa, aumentó las penas de varios delitos y tipificó la conducta penal del testafarro, todo ello por medio de la expedición de 14 decretos.

Ahora bien, entre el discurso político (dirigido contra el narcotráfico) y la motivación de los decretos, se produjo una ampliación del sentido: el narcotráfico, principal causante (según el Gobierno) de la mayoría de los hechos violentos, aparece en las motivaciones de los decretos (salvo en algunos meses de agudización de la “guerra”¹²⁸) con una cuota de responsabilidad diluida (como una,

127. Revista *Semana*, núm. 106, Bogotá, 1984.

128. Estos meses se presentan a principios de 1988 y finales de 1989, sobre todo en agosto.

CASOS COLOMBIANOS

entre otras causas de la violencia). Los decretos expedidos como consecuencia de atentados, asesinatos o matanzas cometidos por los grupos armados del narcotráfico y particularmente por el Cartel de Medellín, aparecen motivados en el texto de la norma por eufemismos tales como “la violencia que afecta al país”, “la existencia de grupos terroristas”, “el deterioro del orden público”, etc. En este sentido, se puede hablar de una falta de correspondencia entre la manera como el Gobierno, por medio del discurso político, imputa al narcotráfico la autoría de los principales hechos violentos, y la manera más bien difusa como el narcotráfico aparece justificando la parte resolutive de los decretos.

La misma ampliación del sentido aparece en la regulación, es decir en el contenido mismo de los decretos. La mayoría de ellos contiene una regulación general, de tipo procedimental, destinada a enfrentar la violencia en general y no simplemente al narcotráfico.

Ahora bien, entre la regulación de los decretos y la manera como estos resultan siendo aplicados, en la práctica, también hay un cambio de política, pero esta vez en sentido inverso: hacia la reducción. Aquí lo que ocurre es una marcada aplicación sesgada de las normas. La legislación penal contra el narcotráfico no se aplica por igual a todos los sujetos contemplados en su amplia regulación, como era de esperar, sino de manera contra los pequeños consumidores. Esta situación se ha ido agravando con el tiempo a tal punto que hoy en día es evidente que el efecto penal más notorio de la legislación contra el narcotráfico es el encarcelamiento masivo de los consumidores.¹²⁹

129. Los presos por narcotráfico son el 17% de la población carcelaria, cifra solo superada por los presos por delitos contra el patrimonio económico (26%) y contra la vida y la integridad personal (27%), siendo que la inmensa mayoría de ellos están allí por delitos menores de porte y tráfico de sustancias ilícitas (Uprimny et al., 2012a). En otros países latinoamericanos la situación es incluso peor. En Brasil, por ejemplo, ha habido un crecimiento vertiginoso de los nive-

En síntesis, el sentido de la política criminal contra el narcotráfico pasa por etapas de ampliación y de reducción: primero, el discurso político convierte a los jefes de los carteles en enemigos puntuales de la sociedad; luego la motivación y la regulación de los decretos expedidos amplía el espectro de los implicados hasta comprender una enorme variedad de comportamientos y, por último, la aplicación de las normas se dirige de manera preferencial contra los consumidores y contra los pequeños traficantes de barrio.

Cuando se observan estas variaciones discursivas en las diferentes etapas de la política contra las drogas, en medio de una marcada ineficacia instrumental, se tiene la impresión, a mi juicio acertada, de que el alcance de una política semejante no se capta bien si sus normas se analizan desde el punto de vista estrictamente instrumental. Más aún, nada tendría sentido si se mira el asunto en esos términos; los enormes costos y los pocos resultados habrían, dado al traste con esa política desde sus inicios. Solo un análisis que tenga en cuenta los beneficios simbólicos, en términos de comunicación y gobernabilidad política, de la lucha contra el narcotráfico puede explicar su razón de ser y su persistencia (a pesar de los resultados). Cuando se analizan los decretos penales de excepción en su conjunto y en el contexto de la guerra que libraba el Estado contra los carteles de la droga (1984-1989) es fácil concluir que la eficacia simbólica de esta producción jurídica (destinada a mostrarle a la ciudadanía y a los medios de comunicación que “se estaba haciendo algo” para controlar la violencia), era un objetivo gubernamental por lo menos tan importante como la técnica jurídica y la eficacia instrumental de tales normas. Ambos objetivos, por lo demás, no eran excluyentes, solo que el deterioro del segundo, es decir el

les de encarcelamiento de personas por tráfico de drogas. Se pasó de 74 presos por 100 mil habitantes en 1992 a 170 en 2011. Este crecimiento es superior al crecimiento ocurrido en los EE.UU. (Boiteux & Padua, 2012).

instrumental y la persistencia de la violencia, hacían cada vez más relevante el segundo, es decir la eficacia simbólica.

La importancia del uso simbólico en la legislación penal contra las drogas se puede apreciar incluso desde el punto de vista estrictamente jurídico. Eso es lo que hacen quienes denuncian la desproporción que existe en este tipo de normas entre el daño social y las penas. En América Latina, dice un estudio publicado por Rodrigo Uprimny, Diana Guzmán y Jorge Parra, “es más grave contrabandear con cocaína a fin de que pueda ser vendida a alguien que quiere consumirla, que violar a una mujer o matar voluntariamente a un vecino”. El mismo estudio muestra como en el continente se penalizan más de 50 conductas relacionadas con drogas y se imponen penas hasta de 30 años (2012b). La lucha jurídica contra las drogas es pues una de las peores manifestaciones de lo que se conoce como *populismo punitivo*, el cual está destinado no solo a servir de mecanismo de control contra un tipo particular de ciudadanos (por lo general los más pobres) sino a servir de aparato simbólico de construcción de un enemigo colectivo contra el cual se pretende unir a la población en torno a sus gobernantes.

En síntesis, la justicia penal se convirtió en un campo de batalla privilegiado para luchar contra la mafia.¹³⁰ Los gobiernos de la época vieron en el derecho penal no solo una herramienta útil y a la mano para luchar contra sus enemigos mafiosos (aunque con una eficacia muy limitada) sino también un instrumento útil para, como dice Manuel Iturralde, “conseguir la aprobación de un público desconfiado y de unos medios de comunicación que denostaban del gobierno de Barco por su falta de resultados y de liderazgo político” (2010, p. 101).

130. Alejandro Madrazo ha estudiado, para el caso de México, las implicaciones del tratamiento de quienes cometen delitos relacionados con drogas ilícitas, como enemigos del Estado y de la sociedad (2012).

Dispersión del sentido y eficacia simbólica

Los decretos expedidos durante la “guerra contra el narcotráfico” sirvieron para hacer más de lo que sus textos jurídicos podían hacer. Ese *plus* normativo tenía una clara intención política y son una buena ilustración del fenómeno de la eficacia simbólica. Ahora bien, en la gran cantidad de decretos expedidos se pueden identificar dos modalidades de eficacia simbólica: una, digamos, originaria, y otra, digamos, derivada. La primera abarca todos aquellos decretos que fueron promulgados con el único propósito de obtener los beneficios políticos de la promulgación. La segunda agrupa aquellos decretos que fueron aplicados de tal manera que el resultado final denota una pérdida del objetivo inicial. A continuación se examinan ambos casos:

Decretos creados para ser promulgados

De los decretos que se expidieron durante el período 1984-1989, algunos fueron promulgados con la intención de obtener los beneficios retóricos de la promulgación, sin importar los efectos jurídicos de su aplicación. Dichas normas se agotaban en su enunciado mismo, no se buscaba ir más allá del acto por medio del cual se pusieron en conocimiento del público.

No siempre es fácil probar con certeza que, con la expedición de un decreto, el Gobierno solo tenía la intención de responder a las demandas ciudadanas de que se hiciera algo. Sin embargo, hay ejemplos que permiten concluir, razonablemente, que esa era la intención final. En el caudal de normas expedidas es frecuente encontrar textos repetidos, o con modificaciones mínimas, relacionadas con aumento de penas o con el cambio de competencias. Por ejemplo, los Decretos 1056 de 1984, 3664 de 1986 y 180 de 1988 en su artículo 11, sobre tráfico y porte de armas de uso personal, son esencialmente iguales; también lo son los decretos sobre porte de

armas de uso privativo de las fuerzas armadas: 3664 de 1986, 1667 y 2045 de 1987, y 180 de 1988 en su artículo 13. En estos casos, el recurso a las modificaciones técnicas aparece como un objetivo explícito, mediatizado por el propósito político, no declarado, de imponer una representación según la cual, a través del derecho, entendido como instrumento técnico, el Gobierno está dando un primer paso hacia la solución de los problemas.¹³¹

También pueden ubicarse aquí aquellos decretos que contemplaban cuestiones sin mayor trascendencia práctica, pero que poseían un importante contenido simbólico: un ejemplo es el Decreto 1864 de 1989, que declaró duelo nacional por tres días por el asesinato del candidato Luis Carlos Galán; o el Decreto 813 de 1989 que creó, por obra de la presión de algunos movimientos políticos

131. El Código Penal de 1980 (Decreto 110) —por ejemplo— reprimía “la fabricación y el tráfico de armas de fuego”. El Decreto 1056 hace lo mismo, pero con palabras diferentes: en lugar de penalizar la “fabricación y el tráfico”, se castiga el “fabricar, almacenar, distribuir, vender, transportar suministrar, reparar, portar”, lo cual —en una interpretación razonable— estaba ya contenido en el decreto inicial. Posteriormente el Decreto 3664 de 1986 incluye otras conductas punibles también contenidas en las regulaciones anteriores, como por ejemplo la venta o el porte de armas. Lo mismo sucede con el Estatuto para la Defensa de la Democracia (Decreto 180 de 1988), y con los decretos posteriores: en el artículo 7 del Decreto 180, por ejemplo, se establece una serie de enunciados encaminados a combatir actos perpetrados por grupos terroristas; posteriormente, el Decreto 1194 de 1989 vuelve sobre lo mismo en su artículo segundo, esta vez refiriéndose a “bandas”, “grupos de justicia privada”, “escuadrones de la muerte”, etc., los cuales estaban ya incluidos dentro de la denominación inicial “grupos terroristas”. Esto no significa que estos cambios puntuales no tengan importancia desde el punto de vista de la técnica penal (con ellos pueden cambiar los tipos penales) solo que dichos cambios parecen intrascendentes dada su ineficacia instrumental, su dispersión, su carácter efímero, todo ello en un contexto de incapacidad institucional para controlar a los carteles de la droga.

de izquierda, como consecuencia de las matanzas de 1988,¹³² una comisión asesora para las acciones en contra de los grupos paramilitares.

En síntesis, en momentos de alarma social, como los ocurridos entre 1984 y 1989, todas las expectativas se vuelcan hacia las instituciones, de tal manera que la comunicación entre gobernantes y gobernados se hace más directa que de costumbre. La sociedad, por intermedio de la prensa y los demás medios de comunicación, exige soluciones provenientes del Gobierno, el cual responde con la expedición de normas. La promulgación de decretos, como respuesta, aparece como un apremio más poderoso que la obligación jurídica de crear mecanismos de represión o de control social pertinentes. Desde luego, esto no impide que el Gobierno obtenga los dos propósitos —respuesta política y control social— por medio de la expedición de una misma norma.

La desviación de objetivos

Pero no todas las normas dictadas en este período tuvieron objetivos que se realizaron con el solo hecho de su publicación. También se encuentran normas que fueron aplicadas, pero cuya ejecución se hizo por medios que desviaron los objetivos explícitos, hacia la consecución de otros objetivos no declarados. De acuerdo con los elementos de juicio proporcionados por los casos concretos estudiados, la desviación se pudo llevar a cabo por medio de diferentes mecanismos. Uno de ellos consiste en trastocar la relación entre el contenido esencial y el contenido accidental de los decretos, o entre la regla y la excepción.

132. Me refiero a las masacres de las fincas “Honduras” y “La Negra” (marzo de 1988), en las que murieron 17 campesinos; de Segovia (noviembre 11 de 1988), donde murieron por lo menos cuarenta personas; y al asesinato de José Antequera (marzo 3 de 1989), dirigente de la Unión Patriótica.

Un ejemplo de esto se encuentra en la aplicación de la Ley 30 del 1986 y los decretos de estado de sitio sobre consumo y tráfico de drogas expedidos en los últimos diez años. La estrategia utilizada en la aplicación de esta norma consistió en enfatizar la represión de las conductas relacionadas con el consumo de drogas desatendiendo así la aplicación de las normas sobre tráfico, de tal manera que los resultados obtenidos en lo primero se presentan como resultados de la aplicación global e indiferenciada del derecho penal en esta materia (Iturralde, 2010).

La “guerra contra el narcotráfico” tuvo momentos agudos y momentos llanos. Los primeros fueron motivados principalmente por atentados y por acciones terroristas emprendidas por los narcotraficantes. En estas circunstancias, el Estado utilizó (no siempre, ni en todas partes) todo su aparato represivo en contra de los carteles de la droga. Sin embargo, en los momentos de menor tensión bélica entre el Estado y los carteles, lo principal estuvo en la represión del consumidor y del pequeño traficante y lo secundario en la lucha contra las actividades de los grandes carteles.¹³³ La aplicación del derecho penal sobre tráfico y consumo de drogas estuvo orientada por las exigencias coyunturales de la “guerra” y no por una aplicación obligatoria, inmediata e imparcial de sus normas.

Aplicación y combinación estratégica de prácticas

Las normas penales pueden convertirse en un instrumento para ser utilizado de dos maneras diferentes: como un conjunto de armas que serán aplicadas, o no, contra el delincuente, de acuerdo con las circunstancias tácticas; o como un conjunto de reglas de juego que se aplicarán teniendo en cuenta, no solo la represión, sino también la negociación, el compromiso e incluso el perdón, según las direc-

133. Al respecto vale la pena ver el texto de Julieta Lemaitre Ripoll y Mauricio Albaracín sobre la judicialización de los consumidores y su detención (2011).

trices señaladas por una estrategia de costos y beneficios políticos. La aplicación del derecho —disociada de la promulgación— se lleva a cabo dependiendo de las necesidades de legitimación política de las instancias gubernamentales y policivas (Ost & Van de Kerchove, 1987).

Esta idea del derecho penal como conjunto de reglas que se aplican de acuerdo con las circunstancias estratégicas de la partida, o del juego que se esté llevando a cabo, y no como un conjunto de normas de obligatorio e inmediato cumplimiento, ilustra bien la manera como se ha concebido y aplicado la política jurídico-criminal de los gobiernos en contra del narcotráfico. Entre la situación ideal de una norma aplicada plenamente en el sentido previsto por su creador y la situación de una norma que no es aplicada en absoluto, se presentan una serie de posibilidades que dependen de las instancias encargadas de su ejecución: en ciertos lugares y no en otros; en ciertos momentos y no en otros; en ciertas materias y no en otras; en relación con ciertas personas y no con otras: con ciertos énfasis: con ciertas negligencias, etc. La intención de favorecer una u otra clase de aplicación dentro de esta serie no siempre se debe a razones de tipo técnico o administrativo, lo cual determinaría un fracaso. En numerosas ocasiones esta intención está determinada por razones políticas; o lo que es aún más común, la técnica y la logística siguen teniendo cabida en las razones que conducen a la toma de decisiones sobre la aplicación, pero su incidencia en la decisión final se encuentra mediatizada por razones políticas que se convierten, a la postre, en las determinantes últimas de la decisión.

En el caso de las normas sobre narcotráfico, es clara la aplicación circunstancial y estratégica: las decisiones jurídicas que se tomaron en medio de la “guerra contra el narcotráfico” fueron aplicadas como decisiones de guerra que se amoldaron a un marco jurídico. En consecuencia, la imposibilidad de predecir las acciones de la fuerza pública, el cambio de intensidades, el carácter

discriminado de operaciones, e incluso la negociación, hicieron de los decretos extraordinarios un conjunto de instrumentos que se aplicaron o no, de una manera o de otra y de acuerdo con las circunstancias propias del juego bélico que se vivía en el momento o en el lugar de la aplicación (Garland & Sparks, 2000). Según esto, los postulados del Estado liberal quedan fuera de foco: no es la ley penal la que determina los parámetros dentro de los cuales se debe mover la política penal; es más bien la política penal la que comanda la aplicación y el alcance de la ley penal.

La práctica de la aplicación se orienta hacia el logro de los objetivos propios de la guerra: la represión y el control aparecen como los objetivos determinantes; ahora bien, esto no significa que los objetivos instrumentales inscritos en los decretos queden excluidos dentro de la actividad de las instancias aplicadoras; lo que sucede es que, como en el caso de la práctica creadora, ellos quedan mediatisados, esta vez por los propósitos propios de la guerra.¹³⁴

En el análisis de los decretos promulgados durante la “guerra contra el narcotráfico” la creación y la aplicación de normas aparecen como dos órdenes diferentes, que determinaron dos tipos de prácticas que no se explican por la vinculación que la dogmática penal supone. La práctica de la creación hace parte de una dinámica de tipo político: el órgano creador responde, con la expedición de

134. En relación con el control del orden público en Colombia el magistrado de la Corte Constitucional *Ciro Angarita Barón* explicaba esta subordinación de lo jurídico a lo bélico, en los siguientes términos: “En un país como Colombia, afectado por un conflicto armado interno permanente y prolongado, el grado mayor o menor de perturbación del orden público proviene no solo de las acciones subversivas, sino también de la estrategia militar dirigida por el Gobierno para afrontar el conflicto. En estas condiciones, la existencia de una “grave perturbación del orden público [...]”, ha sido determinada por el mismo Gobierno como consecuencia de las estrategias militares que acentúan la confrontación y que se alternan periódicamente con estrategias negociadoras” (Salvamento de voto a la Sentencia C-031 de 1993).

decretos, a las demandas provenientes de la sociedad en relación con la necesidad de “hacer algo” para enfrentar el enemigo social del narcotráfico.

En síntesis, creación y aplicación funcionan como dos prácticas, cada una con sus objetivos determinantes —el simbólico o político, por un lado, y el represivo o bélico por el otro— los cuales proporcionan una autonomía relativa a cada práctica sin que quede excluida la posibilidad de que, según lo exijan las circunstancias, la relación entre ambos funcione tal y como se encuentra prevista por el derecho.

La eficacia simbólica no se reduce a aquellos casos en los cuales la norma pierde por completo su eficacia instrumental o esta se desvirtúa con la realización de otros objetivos no declarados. Lo simbólico aparece como una estrategia más general, a partir de la cual se utiliza la aplicación de las normas para el logro de diferentes objetivos, uno de los cuales puede ser el propiamente jurídico. En estas circunstancias, la idea de una aplicación obligatoria e inmediata, producto de la voluntad del legislador, y por ende del querer popular, se fortalece como mito y se desvanece como práctica. El hecho de que la necesidad estratégica del momento determine la posibilidad de que el mito se convierta en realidad o que continúe como mito, supedita el orden de lo jurídico al orden de lo político, y destruye el principio de la dogmática constitucional que establece el sometimiento a la ley de todas las actuaciones gubernamentales.

Conclusiones

Lo primero que vale la pena concluir de este estudio es que, en un país afectado por elevados índices de violencia, las decisiones sobre política criminal son una parte fundamental de la política general. Esto es lo que sucede en Colombia: la lucha contra el narcotráfico,

la subversión y la delincuencia común, hacen parte importante —y durante algunos períodos, la más importante— de las preocupaciones políticas de la opinión pública y, por consiguiente, son un elemento clave dentro de la actividad gubernamental. Pero hay algo más, durante la década de los ochenta en Colombia, la reincidencia y la gravedad de la violencia hicieron inoperante el Código Penal y lo reemplazaron por un régimen penal de excepción. Así, el derecho penal fue concebido y ejecutado por medio de los mecanismos propios del estado de sitio.

Los decretos extraordinarios dictados por el Gobierno durante el período indicado, y en especial aquellos que tienen que ver con narcotráfico y narcoterrorismo, fueron, en buena medida, utilizados por el Estado con propósitos diferentes de aquellos estrictamente instrumentales que se deducían de la lectura espontánea de los textos jurídicos. Estos propósitos diferentes tienen que ver con la respuesta que el Gobierno se vio obligado a entregar a la opinión pública en relación con la demanda de que se “hiciera algo”, “se tomaran cartas en el asunto”, “se actuara en defensa de la sociedad”. Estos propósitos, diferentes de los instrumentales, tenían una naturaleza comunicativa, simbólica, y sirvieron para crear una cierta representación en la opinión pública. De esta manera, la idea según la cual los decretos expedidos fracasaron porque no respondieron a sus objetivos instrumentales es una explicación incompleta, que debe ser reconsiderada bajo la idea desarrollada en este capítulo y según la cual el caudal de decretos producidos por el Gobierno durante este período cumplió también una función política que produjo los frutos que se buscaban con su promulgación.

La mayoría de los decretos extraordinarios expedidos durante la “guerra contra el narcotráfico” introdujo reformas y cambios en la jurisdicción: nuevos procedimientos, aumento de penas, variación de competencias, creación de nuevos tipos penales, etc. La mayoría, también, fue resultado de una enorme presión proveniente de

la sociedad y en especial de los medios de comunicación, con el objeto de propiciar la toma de medidas excepcionales ante la grave situación de orden público. El Gobierno consideraba que la mejor manera de responder a la presión de los medios era a través de la adopción de medidas de tipo jurídico procedimental.

De esta manera, los cambios procedimentales y de organización jurisdiccional se adecuaron bien a los propósitos gubernamentales: en primer lugar, no implicaron mayor costo; no sucedería lo mismo si el Gobierno decidiera, por ejemplo, rehabilitar un barrio en el cual se forman los sicarios, que luego trabajan para el narcotráfico, o entregar créditos a los campesinos para la sustitución de cultivos. En segundo lugar, produjo un gran impacto en la opinión: se difundió la imagen de un Estado con capacidad para sancionar a los culpables y, en tercer lugar, el uso simbólico del derecho no produjo controversia; los decretos aparecen ante la opinión como decisiones de tipo técnico, no político, producto de especialistas en la materia.

Estas razones, entre otras, hicieron que estos decretos de tipo organizativo y procedimental cumplieran, mejor que ningún otro, con las exigencias del funcionamiento jurídico del derecho penal, esto es, con el establecimiento disociado de, por un lado, una práctica del decir, en la cual se mezclan el discurso simbólico o político y el discurso legal o jurídico, y por otro lado, una práctica callada, en la cual se mezclan el discurso protector o militar y el discurso técnico o burocrático. La realidad del derecho, su fuerza social, se logra con una aplicación discriminada y selectiva —no obligatoria e inmediata— orientada en beneficio de uno u otro de estos ámbitos discursivos, y de acuerdo con una estrategia política de costos y beneficios.

Por último, en concordancia con la tendencia general según la cual las instancias encargadas de aplicar las normas penales concentran sus acciones en la represión de delitos vinculados con fac-

CASOS COLOMBIANOS

tores de marginalidad socio-económica, en el derecho penal sobre estupefacientes se insiste en la represión del pequeño consumidor callejero, mientras que los delitos más graves y más difíciles de sancionar son dejados de lado.

CAPÍTULO 6

LAS LUCHAS POLÍTICAS A TRAVÉS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA¹³⁵

La Corte Constitucional ha tenido un gran protagonismo en Colombia durante las últimas dos décadas.¹³⁶ Algunas de sus decisiones han sido fundamentales para la vida social y política del país. Así por ejemplo, el tribunal ha restringido de manera drástica el abuso gubernamental de los estados de excepción (García Villegas & Uprimny, 2006), ha protegido las libertades públicas en casos en los cuales existía un fuerte apoyo popular en su contra, como la despenalización del consumo de drogas (Sentencia C-221/1994), de la eutanasia (Sentencia C-239/1997) o la anulación del concordato; ha protegido los derechos de las minorías (indígenas, presos, negros, comunidad LGBTI, discapacitados, etc.) a través de una abundante jurisprudencia y ha declarado la inconstitucionalidad de

135. Como se anotó en la Introducción, las ideas de este capítulo se escribieron en coautoría con Rodrigo Uprimny, quien, con su generosidad habitual, autorizó para publicarlas en este libro. Agradezco, además, a Camilo Sánchez, María Paula Saffon, Javier Revelo, Camilo Castillo, Sebastián Rubiano y José Rafael Espinosa, quienes en distintos momentos trabajaron en la recolección de datos de la cual surge este capítulo.

136. Pocos países en el mundo (ninguno en América Latina) tienen una Corte Constitucional que haya desarrollado tan profundamente los derechos fundamentales como la colombiana (García Villegas, 2012; Rodríguez, 2011; Saffon, 2006; Uprimny, Rodríguez, & García Villegas, 2006). Sin embargo, esta no ha sido la característica histórica del constitucionalismo colombiano; al respecto ver Valencia (1987); Botero (2010b) (2005a).

CASOS COLOMBIANOS

muchas normas que eran políticamente centrales para los gobiernos de turno.¹³⁷

El impacto de la jurisprudencia progresista del tribunal constitucional colombiano tiene causas diversas. Se inscribe en una larga tradición de independencia judicial y de control de constitucionalidad de las leyes. Contiene diseños procesales sencillos, eficaces y poco costosos para la protección de los derechos. Se origina en un contexto político caracterizado por una marcada debilidad de los movimientos sociales y de los partidos políticos. Cuenta con la participación, desde el inicio, de magistrados bien preparados, venidos del mundo académico y con un gran prestigio ante la opinión pública, etc.¹³⁸

Ahora bien, ¿qué transformación real ha producido la jurisprudencia progresista de la Corte Constitucional? ¿qué potencial emancipatorio ha tenido esta jurisprudencia? Este capítulo trata de responder a esta pregunta mostrando los resultados de una investigación llevada a cabo hace unos años, en asocio con Rodrigo Uprimny y en el marco de un proyecto más amplio sobre movilización social contra-hegemónica en varios países.¹³⁹

137. Así por ejemplo, declaró la inconstitucionalidad de varios artículos de la Ley de Justicia y Paz y de la Ley de Biocombustibles; la inconstitucionalidad de leyes completas, como el Estatuto Antiterrorista, la Ley General Forestal, el Estatuto de Desarrollo Rural, e impidió la reelección del presidente Uribe (Sentencia C-141/2010, en una votación de 7 contra 2) con la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley que buscaba un referendo a favor de la reelección, todo lo cual era central en el proyecto político del presidente Álvaro Uribe Vélez, quien, dicho sea de paso, gozaba de una enorme popularidad.

138. Una explicación más detallada de este asunto puede verse en Uprimny (2011b); sobre el poder de la Corte Constitucional ver Rodríguez Garavito (2011); en general, sobre el poder de los jueces para proteger derechos, ver Epp (1998).

139. El proyecto fue denominado *Reinventing Social Emancipation* e implicaba una investigación sobre movimientos sociales en seis países: Sudáfrica, Portugal, Mozambique, India, Brasil y Colombia; la investigación fue dirigida por Boa-

El capítulo está dividido de la siguiente manera: en un primer apartado se explica la importancia que tiene el espacio simbólico de discusión pública determinado por constituciones progresistas como la colombiana de 1991; en un segundo punto, se analizan cuatro casos de lucha política a través de la estrategia jurídica ante los tribunales constitucionales; finalmente, en un último punto se evalúa el potencial emancipador de las decisiones surgidas de dichas luchas políticas.

Constitución y espacio simbólico

La Constitución de 1991 es un caso típico de lo que en otra parte he denominado *constitución aspiracional*, la cual se caracteriza por estar dotada de una carta de derechos muy generosa y tener una clara vocación de efectividad de las normas que consagra (García Villegas, 2012). Estas constituciones crean un intenso espacio de discusión pública sobre el alcance de los derechos y de los principios constitucionales, del cual se derivan consecuencias fundamentales para el diseño de las políticas públicas. Dicho espacio de discusión tiene, desde luego, una dimensión jurídico-instrumental, propia de la actividad de los magistrados de la Corte y los abogados expertos en derecho constitucional. Pero eso no es todo; también tiene una dimensión comunicativa y simbólica, originada en la interrelación entre los magistrados de la Corte y los líderes de los movimientos sociales involucrados en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

ventura de Sousa Santos. Al respecto ver página web: <<http://www.ces.uc.pt/emancipa/en/index.html>>. Esta investigación fue inicialmente publicada en García y Uprimny (2004). Luego de esta publicación se han hecho investigaciones similares sobre la jurisprudencia progresista de la Corte Constitucional colombiana; así por ejemplo Lemaitre Ripoll (2011a), Albarracín (2011), Sandoval (2012), Jaramillo y Alfonso (2008).

Como dije en el capítulo segundo, las constituciones no son instrumentos terminados (*toutes faites*) que inciden en una sociedad externa a ellas mismas.¹⁴⁰ Ellas son, ante todo, material simbólico en movimiento que opera en un campo jurídico en el que diferentes fuerzas sociales y políticas luchan por la apropiación del sentido de los textos. El hecho de que las constituciones sean material simbólico no significa que la racionalidad jurídica carezca de importancia, ni mucho menos que lo simbólico no tenga efectos materiales. Significa que la realidad del derecho es una realidad comunicacional y en disputa, en donde participan diferentes tipos de actores dotados de capitales diferentes (técnico-jurídico, social, económico, etc.) y desiguales en términos de poder (Bourdieu, 1986). Por eso mismo, la suerte de las constituciones no está echada de antemano. Lo que una constitución es, lo que vale, depende del contexto y de las luchas por la apropiación del sentido que se libra en ese contexto.

El derecho constitucional es un espacio de confrontación entre posiciones (e intereses) que luchan por fijar el sentido de los textos jurídicos. En este campo de lucha por la fijación del sentido, el derecho progresista (o los derechos) aparecen como armas de doble filo. Pueden servir como respuestas a las demandas sociales que, posteriormente, en el curso de su implementación, se quedan muertas, o pueden servir como banderas de lucha en manos de los movimientos sociales para ganar batallas contra los poderes dominantes y contra los Estados. Que el derecho termine siendo lo uno o lo otro depende mucho de dos cosas: en primer lugar de lo

140. Durante mucho tiempo, esta creencia fue muy importante en la sociología jurídica. En la década de los sesenta fue apoyada fuertemente por los miembros del movimiento *Law and Development*, quienes veían en el derecho un motor fundamental para llevar el desarrollo a los países del sur global. Sin embargo, las políticas inspiradas en esta idea fracasaron rápidamente y el movimiento fue objeto de críticas muy intensas.

que Daniel Kommers denomina “constitucionalismo militante”,¹⁴¹ es decir de los apoyos políticos que la constitución obtenga de las fuerzas que la crearon y, en segundo lugar, como lo han indicado con insistencia Roberto Gargarella y Rodrigo Uprimny, de la fortaleza de un espacio de democracia deliberativa que acompañe a la jurisprudencia progresista de la Corte (Gargarella, 2011; Uprimny, 2011a).

En principio, los derechos consagrados en las *constituciones aspiracionales* contienen un maximalismo que parece obedecer más al fetichismo jurídico, destinado a responder a necesidades de legitimación política, que a la voluntad real de proteger derechos o imponer la justicia social. Sin embargo, como dice Roberto Gargarella, si miramos la cosa en el largo plazo esos derechos son “cláusulas dormidas” que pueden terminar siendo realidades al ser tomadas en serio en el futuro. En principio, esta afirmación da la impresión de adherir a la ilusión popular de que la justicia finalmente triunfa, lo cual, desde luego, no es cierto: el despertar de las cláusulas dormidas puede demorar décadas, generaciones, incluso no llegar nunca; además, no hay que excluir la denuncia marxista (de los *Critical Legal Studies*, por ejemplo de Tushnet (1984)) de que las cláusulas progresistas del derecho sirven más para darle un respiro al poder que para proteger realmente los derechos que allí se consagran. Sin embargo, lo que muestra es que la suerte que el derecho corre depende del contexto político en el cual se inscribe y que, en principio, no hay que excluir la posibilidad de que normas destinadas a legitimar el poder a través de la consagración de derechos, terminen siendo también normas utilizadas para proteger derechos.

141. Ver igualmente el concepto de “patriotismo constitucional”, acuñado inicialmente por el politólogo alemán Dolf Sternberger y difundido luego por Jürgen Habermas, en los años ochenta del siglo XX.

En lo que sigue veremos ejemplos del uso emancipador del derecho constitucional, lo cual, digámoslo una vez más, no excluye, como se ha venido diciendo en lo que precede; el uso dominador de dicho derecho.

Casos de movilización social

En la investigación que dio lugar a este texto se analizan cuatro casos de lucha política a través del derecho constitucional. Los casos fueron escogidos por su importancia intrínseca y por la trascendencia de las decisiones de la Corte y de los movimientos sociales implicados.¹⁴² Estos casos de lucha política tienen los siguientes protagonistas: indígenas, sindicalistas, homosexuales y deudores hipotecarios.

Las luchas del movimiento indígena

Ningún otro movimiento social en Colombia, durante los últimos treinta años iguala al de los indígenas en combatividad, fortaleza y logros.¹⁴³ Más aún, entre los movimientos indígenas de América

142. La investigación empírica de estos casos se extendió en un período de 8 meses. En ella participaron cuatro investigadores asistentes y se llevó a cabo un número aproximado de 25 entrevistas en profundidad, algunas de ellas en zonas apartadas del país como fue el caso de los indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta.

143. El movimiento indígena en Colombia ha sido especialmente fuerte a partir de 1971, luego de la tercer Asamblea del Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC). Para una historia de estas movilizaciones ver Findji (1992, p. 112 y ss.), Rodríguez Garavito y Arenas (2005). Ver igualmente Escobar, Álvarez y Dagnino (2001), Benavides (2009), y la siguiente página web: <<http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/biblioteca-indigena-colombia/documentos-para-la-historia-del-mov-indigena>>. Para un análisis más reciente, ver Bocarejo (2009).

Latina, el colombiano parece ser el que más beneficios jurídicos y políticos ha conseguido (Escobar, Álvarez & Dagnino, 2001). Esto sorprende si se tiene en cuenta que la población indígena colombiana es muy pequeña, comparada con el porcentaje de indígenas en otros países latinoamericanos como Bolivia, México y Ecuador; que dicha población está muy dispersa en el país y que es muy heterogénea culturalmente. ¿Cómo se explican entonces esta fortaleza y estos logros? Quizás sea justamente eso: el hecho de que el porcentaje de la población indígena en Colombia sea muy bajo y que las concesiones hechas por el Gobierno a los indígenas no representen un precio inaceptable frente a la legitimación política lograda, explicaría la falta de oposición dentro de las élites dominantes al proceso de reconocimiento y protección de las culturas indígenas iniciado con la Constitución de 1991.¹⁴⁴

La especificidad de la situación colombiana está en el último de los elementos anotados, esto es, en la voluntad política del Estado, manifestada inicialmente en el apoyo del Gobierno a la causa indígena en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 y posteriormente en las decisiones de la Corte Constitucional en igual sentido. La Corte ha tomado importantes decisiones al respecto: ha protegido el derecho a la autonomía cultural del pueblo U'Wa contra las pretensiones de la empresa multinacional Oxi y del Gobierno colombiano de explotar petróleo en lugares considerados como parte de su territorio, con fundamento en la concepción de dicho pueblo según la cual la tierra, y con ella el subsuelo y el petróleo, es sagrada. Ha limitado el derecho a la libertad religiosa de algunos indígenas arhuacos convertidos a sectas protestantes que

144. Sin embargo esta no es una explicación frecuente. La actitud receptiva del Estado frente a los indígenas suele explicarse, en cambio, a partir de propósitos más oscuros, tales como la necesidad de afirmar su intervención en los territorios indígenas, o el deseo de cooptar y desarmar a los líderes indígenas (Gros, 1993, p. 13, 1997).

pretendían hacer proselitismo religioso dentro del territorio indígena en contra de lo dispuesto por las autoridades tradicionales. Ha respetado la decisión de las autoridades tradicionales del pueblo de imponer castigos físicos como pena por la comisión de delitos, en contra de lo dispuesto por el Código Penal colombiano. Ha protegido el derecho a la consulta previa de los indígenas eliminando el Estatuto de Desarrollo Rural presentado por el Gobierno en 2007, etc. (Rodríguez, 2012).

Los elementos más característicos y fructíferos de las luchas recientes de los indígenas están ligados a las decisiones de la Corte Constitucional: énfasis en los derechos culturales por encima de las consideraciones económicas; alianza entre los llamados “intelectuales indígenas”¹⁴⁵ y la Corte Constitucional (Rappaport, 2000, p. 13), e internacionalización de la lucha política indígena.

En términos generales, los líderes indígenas entrevistados estuvieron de acuerdo en afirmar que los logros obtenidos durante este último período “no se hubieran conseguido sin el respaldo de la Corte”, que ninguna otra institución del Estado ha sido tan favorable al movimiento indígena (LZ: 24; RB: 2¹⁴⁶), que buena parte de las decisiones jurisprudenciales sobre indígenas han sido recibidas por las comunidades como “triumfos políticos” (EA: 26), que con frecuencia la Corte ha sido más generosa de lo esperado (RB: 4), o que por lo menos “ha cumplido con lo previsto en la Constitución

145. Entendiendo por ello aquellos líderes bilingües, que han hecho estudios en universidades de los grandes centros urbanos y que se desempeñan con solvencia en los dos ámbitos, indígena y blanco. Estos intelectuales participan en elecciones para cargos políticos, utilizan las acciones judiciales y opinan a través de los medios masivos de comunicación.

146. Estas iniciales y números remiten aquí y en adelante a entrevistas con líderes populares que se encuentran en el informe original de investigación radicado en el archivo del proyecto, *Reinventing Social Emancipation*.

de 1991” (RB: 3),¹⁴⁷ que sus decisiones han servido para que los indígenas “tomen conciencia de sus derechos” (RB: 3), para unir a los pueblos indígenas (C: 7), para hacer “más visibles sus luchas” (LZ: 23), etc.

Sin embargo, el fortalecimiento de la lucha jurídica no ha dejado de suscitar controversias al interior del movimiento indígena. Dos tendencias se enfrentan: por un lado están aquellos líderes que, asumiendo una actitud pragmática consideran que los intereses del movimiento resultan más favorecidos si se adopta una estrategia de negociación con el Gobierno sin que ello implique ceder en materia fundamental.¹⁴⁸ Otros, en cambio, a partir de una posición que podríamos denominar integrista, desconfían de casi cualquier concesión que provenga de las instituciones y, en tal sentido, utilizan el derecho solo como una herramienta más de presión, sin que ello implique una aceptación del derecho del Estado.¹⁴⁹ Esta tensión, que nunca se presenta como una ruptura definitiva, ha creado di-

147. Para los líderes indígenas, sin embargo, esto no constituye un mérito especial sino simplemente el cumplimiento de una tarea que le fue encomendada a la Corte (GM: 4; C: 7, FT: 16). En su opinión, a los indígenas no se les ha regalado nada: la Corte no hizo más que reconocer un derecho que otras instituciones no reconocen.

148. Estos son, por lo general, indígenas que, gracias al sistema de descentralización imperante desde 1986, han salido elegidos como alcaldes o concejales en municipios ubicados en territorios indígenas.

149. Estos son líderes defensores de la tradición, por lo general asesorados políticamente por intelectuales y antropólogos blancos, muchos de los cuales predicán un cierto fundamentalismo indígena.

ferentes dificultades: de comunicación entre líderes tradicionales,¹⁵⁰ de representación,¹⁵¹ de estrategia y de comportamiento político.¹⁵²

El movimiento sindical

El movimiento sindical en Colombia tiene una larga historia de luchas, las cuales se inician durante las primeras décadas del siglo XX (Urrutia, 1976). De manera similar a lo que sucede con el movimiento indígena, a partir de los años setenta, la estrategia política de los sindicatos en Colombia era esencialmente ideológica, confrontacional y muy influenciada por una concepción marxista de lucha de clases. La Constitución de 1991 fue promulgada en un momento de crisis de los movimientos sociales y, en general de la izquierda; momento que coincide con el surgimiento de nuevas luchas sociales, generalmente orientadas hacia el reconocimiento de las minorías. El movimiento sindical ha tenido dificultades para adaptarse a este nuevo tipo de lucha política —más centrada en el reconocimiento que en lo económico (Fraser, 1998)— no solo de-

150. Algunos líderes radicales sostienen, por ejemplo, que la problemática indígena está fundada en la imposibilidad de comunicación entre dos visiones del mundo, dos saberes que no se pueden entender entre sí. Según esta posición, la idea constitucional de una nación multicultural es una contradicción en sus términos y, en consecuencia, los indígenas deben luchar es por una nación soberana (CH: 11). Otros líderes pragmáticos, en cambio, creen que los principios culturales no deben ser un obstáculo para obtener beneficios del Estado en la arena política y por los medios que el mismo Estado defiende, como el derecho.

151. Los llamados *intelectuales indígenas* viven la mayor parte de su tiempo en Bogotá o en los grandes centros urbanos y solo se comunican de vez en cuando con sus autoridades tradicionales, las cuales, con frecuencia, poco entienden de la estrategia política que adelantan aquellos.

152. Casi todos los líderes indígenas entrevistados reconocen que uno de los problemas mayores de la estrategia jurídica consiste en que los indígenas elegidos para cargos públicos adoptan los vicios de la clase política tradicional: clientelismo, corrupción, demagogia, etc.

bido a la naturaleza esencialmente económica de sus intereses sino también al peso que la tradición obrerista sigue teniendo entre los sindicalistas colombianos. Sin embargo, las decisiones de la Corte Constitucional en materia de igualdad han facilitado, como ningún otro hecho, esta adaptación a las nuevas necesidades políticas.¹⁵³ Antes de la Constitución de 1991, la estrategia legal de los sindicatos se limitaba a la defensa de sus derechos a través de la negociación de las convenciones colectivas de trabajo. Con el deterioro creciente de la legislación laboral, debido a las políticas neoliberales de contratación y despido, esta estrategia quedó reducida a su mínima expresión. La defensa jurídica tomó fuerza en este contexto, fundamentalmente a través del uso de la tutela. Esta nueva estrategia ha difundido una nueva cultura de la negociación entre los sindicatos; una cultura más pragmática y menos centrada en principios ideológicos inamovibles.¹⁵⁴

Este cambio de perspectiva en la acción política de los sindicatos ha sido facilitado por la protección de los derechos de los trabajadores a partir de los principios constitucionales y no simplemente de la ley laboral. En efecto, la Corte, a través de la acción de tutela, ha desaprobado ciertas prácticas discriminatorias contra los trabajadores sindicalizados, prácticas que no obstante no violaban ninguna norma del Código laboral. Así por ejemplo, la Corte ordenó el reintegro de trabajadores sindicalizados que habían sido despedidos

153. La Corte ha cambiado la cultura política de los sindicatos a través de la acción de tutela, dice Luis Eduardo Garzón, líder sindical y cabeza visible del movimiento político Frente Unido (EG: 4), quien posteriormente fue candidato presidencial en 2002 y alcalde de Bogotá entre 2004 y 2007.

154. Según los sindicalistas de las Empresas Varias de Medellín, a partir de 1993 el dirigente sindical tradicional, cuya única estrategia eficaz era la confrontación política (“Hay que estar afuera en la calle, participando en las manifestaciones [...] el que habla con el patrón es un entreguista”), quedó debilitado y en su lugar empezó a surgir un líder más pragmático y más negociador (EEVV: 10).

con el cumplimiento de todos los requisitos legales, debido a que se violaba el principio de igualdad por el hecho de haberse despedido solo a aquellos trabajadores sindicalizados.¹⁵⁵ En un caso similar la Corte ordenó el reintegro de 209 trabajadores sindicalizados de la Empresas Varias de Medellín con fundamento en un concepto de la Organización Internacional del Trabajo (T-568 de 1999).¹⁵⁶

La lucha jurídica de los obreros ante la Corte Constitucional es generalmente considerada por los líderes sindicales como un nuevo factor de esperanza en medio de una situación de deterioro de los derechos de los trabajadores.¹⁵⁷ La crisis económica, las políticas estatales de reducción de personal y la situación de violencia e inseguridad que enmarca la defensa de los derechos de los trabajadores,¹⁵⁸ han afectado gravemente la estrategia política de los sindicatos y, en esa misma medida, han propiciado decisiones de la Corte Constitucional percibidas como “un salvavidas” (AV: 2) o como un “remedio de emergencia” (AV: 4). La imagen que tienen los líderes

155. Se trata de la Decisión T-436 de 2000 en la cual se revierte una decisión de la empresa Codensa de licenciar a más de 2.000 trabajadores. Desde el punto de vista legal no había posibilidad de defender a los trabajadores despedidos pues se habían pagado las indemnizaciones y no tenían fuero sindical.

156. En esta decisión se ordena el reintegro y la indemnización de los trabajadores despedidos los cuales habían acudido a la acción de tutela como último y casi desesperado recurso después de haber agotado todas las posibilidades de la estrategia política. El éxito de la tutela representó un gran triunfo para los trabajadores de las Empresas Varias, hasta tal punto que los líderes del sindicato se convirtieron luego en asesores de otros sindicatos ubicados en diferentes ciudades del país para interponer acciones de tutela similares.

157. “La Corte es un oasis en medio del desierto”, dice Luis Eduardo Garzón (EG: 4).

158. Según información proporcionada por Luis Eduardo Garzón y Luis Alfonso Velázquez, durante los últimos diez años, hasta 2002, habían sido asesinados 2.500 dirigentes obreros en todo el país. La violencia ha afectado todas las prácticas encaminadas a la movilización social o política de la población; al respecto ver Pécaut (1997).

obreros de la Corte es pues la de una instancia jurídica única que ha frenado con algún éxito el deterioro de las condiciones laborales de los últimos años.¹⁵⁹ Al mismo tiempo, buena parte de los líderes son conscientes de que la Corte no puede imponer cambios estructurales, solo puede frenar parcialmente la arremetida del Estado contra sus derechos. Se estima entonces que la Corte es un símbolo que debe ser apropiado por los sindicatos para articular una lucha defensiva y eficaz (EG: 1; AV: 4). Más aún, estos líderes obreros están de acuerdo en que la importancia de este símbolo es circunstancial; esto es, se debe a la situación de indefensión en la que se encuentran hoy los sindicatos y que, por lo tanto, al mediano y largo plazo es la lucha política y no la jurídica ante la Corte la que será fundamental y decisiva para los derechos de los trabajadores (AV: 4).

Los derechos de la comunidad LGBTI

La visibilidad de las personas LGBTI (lesbianas, *gays*, bisexuales, transgeneristas e intersexuales) en defensa de sus derechos se hizo más clara a partir de la Constitución de 1991.¹⁶⁰ Igualmente, a partir de esa fecha, y en especial de varias sentencias de la Corte Constitucional, el tratamiento jurídico de la homosexualidad varió en forma sustantiva. Así, varios regímenes laborales, como el de los educadores y el de la Fuerza Pública, que preveían que una persona podía ser sancionada por conductas homosexuales, fueron elimi-

159. Marcel Silva —profesor de derecho laboral y asesor de sindicatos— sostiene lo siguiente: “cuando no hay posibilidades para el derecho de asociación, cuando nos persiguen, cuando nos maltratan, cuando nos asesinan dirigentes, los pronunciamientos de la Corte es lo único que en este panorama tan sombrío, nos reanima” (MS: 5). No obstante, algunos sindicalistas radicales interpretan esto como una estrategia estatal de “garrote y zanahoria”. En esta misma línea, otros consideran que se trata de algo así como “otorgar concesiones a un moribundo” en referencia al derecho de asociación (MS: 5).

160. Sobre estos hechos y cambios ver Guzmán (2000) y Albarracín (2011).

nados. Aunque algunos han criticado ciertos aspectos de la jurisprudencia de la Corte en esta materia, por considerarlos tímidos e insuficientes,¹⁶¹ en general estas decisiones son consideradas muy avanzadas, no solo por muchos miembros de grupos gay en Colombia sino incluso por estudiosos de otros países (Morgan, 1999, p. 265; Esteban Restrepo, 2011, p. 11). ¿Qué impacto pudo entonces tener la jurisprudencia de la Corte en ese mayor reconocimiento social y jurídico a los homosexuales, y viceversa?

Las entrevistas hechas a varios activistas gay sugieren que algunos de ellos vieron en la orientación globalmente progresista de la Corte una posibilidad jurídica y política, por ello decidieron utilizar acciones judiciales para que el tribunal se pronunciara sobre los derechos de los homosexuales. El impacto de estas victorias judiciales parece, además, haber trascendido el campo jurídico en la medida en que ha fortalecido la propia identidad y autorrespeto de los homosexuales, pues el lenguaje de las sentencias y el hecho mismo de que esos asuntos fueran abiertamente estudiados por el máximo tribunal constitucional, desde el inicio de sus labores, contribuyó a que el tema dejara de ser tabú. La doctrina elaborada por la Corte ha permitido también que, por medio de una gran creatividad jurídica, los grupos homosexuales avanzaran en sus derechos, incluso en aquellos campos en donde no lograban triunfar directamente ante la justicia constitucional. Desde 2007 la Corte ha venido reconociendo derechos civiles y sociales de las parejas del mismo sexo y, recientemente, la Corte sostuvo que estas parejas también pueden constituir una familia.¹⁶²

161. Ver al respecto Motta (1998), Guzmán (2000) y Albarracín (2011).

162. En la Sentencia C-075/2007 la Corte reconoció que las parejas del mismo sexo tenían los mismos derechos patrimoniales de la unión marital de hecho formada entre personas heterosexuales. Esa sentencia sirvió como punto de partida para los activistas, que con base en ese precedente presentaron numerosas acciones para ampliar las garantías de las personas del mismo sexo. En los

El uso creativo de los recursos jurídicos por parte de activistas homosexuales, entre otros, y las decisiones progresistas de la Corte han mejorado entonces no solo la situación jurídica de estas personas sino que además les ha dado una mayor aceptación social, de suerte que incluso algunos de ellos se han convertido en una minoría políticamente activa. Sin embargo, a pesar de los anteriores avances, la discriminación contra los LGBTI en Colombia dista de haber cesado. En ciertos aspectos, se ha tornado más sutil. Y eso parece ligado a que la población tiende a aceptar a los homosexuales, en abstracto, pero sigue manifestando dificultades para convivir con ellos. Y para combatir esas discriminaciones sutiles, las acciones constitucionales parecen tener menor eficacia. De otro lado, y más grave aún, en Colombia subsisten formas atroces de violencia contra los homosexuales, quienes, sobre todo en los estratos sociales bajos, siguen siendo asesinados en las llamadas operaciones de “limpieza social”.

No obstante, como muestra Mauricio Albarracín, ha existido una incidencia recíproca entre el movimiento LGBTI y los avances jurisprudenciales de la Corte Constitucional: el movimiento —encabezado por la Organización Colombia Diversa— ha logrado po-

años siguientes la Corte resolvió favorablemente estas demandas, pero limitando su alcance a la protección de derechos civiles y sociales (ver Sentencias C-811/2007 y T-856/2007 sobre reconocimiento de afiliación en salud; Sentencias C-336/2008, T-1241/2008, T-911/2009 y T-051/2010, sobre la pensión de sobreviviente; Sentencia C-798/2008 sobre el derecho de alimentos mutuos; y, entre otras, la Sentencia C-029/2009, sobre diversos ámbitos normativos). Los argumentos de la Corte para decidir estos casos han estado basados principalmente en la idea de proteger a los homosexuales como *individuos* que forman *parejas*, y no a las parejas homosexuales como entidades jurídicas equivalentes a las parejas heterosexuales y, por lo tanto, con los mismos derechos a formar una familia. Solo hasta 2011 (Sentencia C-577/2011) la Corte reconoció que las parejas del mismo sexo también podían constituir una familia jurídicamente reconocida.

ner en marcha un repertorio legal específico y construir espacios políticos para influir en las decisiones progresistas de la Corte y, a la vez, estas decisiones han generado “nuevas redes sociales, nuevas oportunidades políticas y [han transformado] el marco de movilización con lo cual se fortalece y mantiene la acción política” (Albaracín, 2011).

La Corte y los deudores hipotecarios (Upac)

En 1997 Colombia entró en una aguda recesión económica que, combinada con ciertas decisiones políticas, ocasionó una muy difícil situación a unas 800 mil personas que se habían endeudado hipotecariamente para adquirir vivienda por el sistema Upac (unidad de poder adquisitivo constante). Dos años más tarde se hablaba de 200 mil familias que podrían perder su vivienda.¹⁶³ Los deudores hipotecarios eran ante todo personas de clase media, que no participaban usualmente en protestas sociales. Sin embargo, la situación adquirió tal gravedad que los deudores comenzaron a asociarse para defenderse frente a las entidades financieras; primero organizaron algunas marchas pacíficas¹⁶⁴ y luego formularon peticiones al Gobierno y al Congreso para que modificaran ese sistema de financiación y dieran alivios a los deudores. Algunos deudores plantearon también formas de “desobediencia civil” y se negaron a continuar pagando las cuotas y a entregar las viviendas a las entidades financieras.

163. Ver diario El Espectador 29 de abril de 1997 y 1 de junio de 1999. Para análisis económicos de esa crisis financiera de estos deudores, ver Echeverry, García y Urdinola (1999); Castellanos y Suárez (1999).

164. Por ejemplo, en febrero de 1999 hubo en Cali una manifestación llamada el “Viacrucis de los deudores de vivienda” que reunió unas dos mil personas. Ver diario El Espectador 18 de febrero de 1999. En diciembre de 1998, hubo también una “marcha de las cacerolas” de los deudores, para expresar que debido al pago de esas deudas hipotecarias, prácticamente estaban dejando de comer (Anupac).

Rápidamente y, según algunos, debido a la poca receptividad del Gobierno y del Congreso, los deudores y sus asociaciones recurrieron también a la estrategia judicial, e interpusieron demandas ante la Corte Constitucional, en contra de las normas que regulaban el sistema Upac. Entre 1998 y 1999 la Corte profirió entonces varias sentencias sobre el sistema Upac, que en general tendían a proteger a los deudores hipotecarios. Así, la Corte vinculó el Upac a la inflación, prohibió la capitalización de intereses y ordenó que se reliquidaran los créditos hipotecarios para aliviar la situación de los deudores. Además, ordenó que se expidiera (en siete meses) una nueva ley para la regulación de la financiación de vivienda.

La atención de los medios y de la opinión pública sobre esas decisiones fue considerable. Además, la Corte quedó en el ojo del huracán, pues si bien los deudores y algunos movimientos sociales apoyaron sus decisiones, los grupos empresariales, algunos sectores del Gobierno y numerosos analistas atacaron duramente al tribunal constitucional, al que criticaron por extralimitarse en sus funciones y desconocer el funcionamiento de la economía de mercado, por lo cual propusieron que la Corte no pudiera conocer de la constitucionalidad de la legislación económica.¹⁶⁵

En tal contexto, el Congreso discutió y aprobó, a finales de 1999, una nueva ley de financiación de vivienda, que incorporaba, entre otras cosas, alivios a los deudores por unos 1.200 millones de dólares. Es claro que sin los fallos de la Corte Constitucional

165. Es un tribunal politizado, que le “causa enormes perjuicios económicos al país” por lo cual hay que limitar ese “superpoder que hoy tienen los magistrados y que amenaza el normal curso de la economía nacional”, indicó el presidente de la Asociación Bancaria Colombiana (ver diario *El Espectador*, 6 de junio de 1999). La Corte se ha extralimitado en sus funciones, “las audiencias en la Corte están reemplazando al Congreso” y sus fallos obstaculizan el desarrollo económico, objetó Salomón Kalmanovitz, codirector del Banco de la República (ver diario *El Espectador*, 24 de marzo de 2000)

probablemente no hubiera habido una modificación inmediata del sistema Upac, a pesar de la crisis social que estaba generando.¹⁶⁶

Las organizaciones de deudores hipotecarios nacieron en reacción a una crisis de pago y buscaron ante todo remedios para no perder sus casas. Si bien estos deudores hicieron movilizaciones callejeras y utilizaron formas de acción política, la estrategia judicial, y en especial la interposición de recursos ante la Corte, fue no solo dominante sino que incluso definió el perfil del movimiento, que es una suerte de desobediencia civil judicializada y apoyada en argumentos constitucionales. En síntesis, la transformación de esas quejas individuales en debates constitucionales ante la Corte permitió un cierto éxito a esas asociaciones.

La evaluación del potencial emancipador de este movimiento de deudores hipotecarios y de la jurisprudencia de la Corte no es fácil. Es indudable que las sentencias de la Corte permitieron un cierto alivio financiero para un número importante de deudores. Igualmente, los deudores aumentaron sus posibilidades de defenderse frente a eventuales desalojos. Finalmente, el litigio constitucional permitió una mayor articulación de los deudores y sus asociaciones en una suerte de movimiento social de desobediencia civil, de clase media, en contra del sector financiero y de la política estatal sobre vivienda. El movimiento no fue obviamente creado por la justicia constitucional pero esta potenció su dinamismo, pues confirió no solo una gran visibilidad política a los deudores y sus organizaciones, sino que modificó el sentido de sus intervenciones; ya no se trataba de las quejas de deudores aislados sino de un cuestionamiento colectivo, con el aval de la Corte, a la política estatal sobre vivienda y al comportamiento de las entidades financieras.

166. Ver *Gaceta del Congreso* del 24 de diciembre de 1999, Año VIII, núm. 603, pp. 5 y ss. y 26 y ss.

Pero la estrategia ha mostrado también sus riesgos y límites. Así, no es claro que las decisiones de la Corte se hayan traducido en un mayor acceso a vivienda por parte de los sectores pobres; no solo algunas medidas podrían haber deprimido el sector de la construcción, sino que la Corte pudo haber protegido, con costos fiscales importantes, a deudores hipotecarios de clase media.¹⁶⁷ El peso excesivo de la estrategia jurídica a limitado también las potencialidades de estas asociaciones de deudores, algunas de las cuales se habrían convertido en simples centros de recepción de quejas específicas sobre las dificultades de las reliquidaciones de los créditos.

Potencial emancipatorio de la justicia constitucional

La relación entre decisiones judiciales progresistas y prácticas sociales emancipadoras es un fenómeno complejo; no se trata de una relación causal directa. No siendo una relación de simple causalidad, es necesario estudiar las condiciones o los factores que permiten que el primer elemento de esta relación, esto es la decisión judicial, tenga incidencia en el segundo, esto es la emancipación social.¹⁶⁸ Estos elementos son los siguientes: (1) el tipo de decisión judicial; (2) el tipo de contexto social en el que se toma la decisión; (3) el tipo de actor social que recibe la decisión; (4) el tipo de estrategia predominante en la lucha política del actor social; y, (5) el tipo de entorno internacional en el que se desarrollan las prácticas emancipadoras.

167. Esto produjo un importante debate relacionado con la intervención de la Corte en la economía. Al respecto ver Uprimny (2001); Kalmanovitz (1999).

168. Al inicio de este libro se advirtió sobre ahondar en vericuetos ideológicos y sociopolíticos del alcance del término “emancipación”. No por desinterés, sino porque eso, sin ser esencial para este argumento, desvía los asuntos que se quieren tratar.

La Corte: tipos de decisión

El análisis de casos colombianos, como las discusiones teóricas comparadas (Chemmerinsky, 1998), permiten concluir que el impacto de una decisión judicial depende en parte de la naturaleza de la orden impartida por el juez. Así, es obvio que una decisión que anula un delito es prácticamente autoejecutable, puesto que, una vez tomada por el juez constitucional, la conducta deja de ser punible y, en principio, ninguna persona podría ser condenada por tal motivo. A su vez, si un individuo es encarcelado por tal razón, la persona puede, en general, acudir ante los jueces, e incluso ante el tribunal constitucional, que ordenaría su liberación. Ese tipo de decisiones tiene entonces un efecto inmediato. Por el contrario, cuando un juez ordena a otras autoridades llevar a cabo determinados comportamientos activos —como construir un hospital o mejorar las condiciones de unas cárceles— es muy posible que encuentre mayor resistencia, pues las autoridades encargadas de cumplir esos mandatos pueden obstaculizar, por muy diversos medios, dicha orden cuando no comparten los criterios de la Corte. Pueden aducir, por ejemplo, restricciones presupuestales, dificultades administrativas, problemas operativos, etc.; y postergar de esa forma, por muy largo tiempo, el cumplimiento de la orden judicial, sin que el juez pueda claramente forzar el cumplimiento, pues las otras autoridades no incurren claramente en desacato.

Una variable importante que incide en la eficacia de las decisiones judiciales es entonces el tipo de decisiones adoptadas por los jueces. En tal contexto, y siguiendo en parte la terminología propuesta por el juez federal estadounidense William Wayne (1997, p. 302), podemos distinguir dos formas de activismo judicial progresista. De un lado, un juez puede reconocer derechos, que son controvertidos por fuerzas políticas que consideran que esos valores no derivan claramente del ordenamiento jurídico. Este acti-

vismo, que Wayne llama “jurisprudencial” (*judicial activism*) consiste pues en declarar judicialmente ciertos valores o conferir determinados derechos a ciertos grupos sociales, por lo cual proponemos llamarlo *activismo valorativo o ideológico*. Las decisiones de la Corte Constitucional que despenalizaron la eutanasia y el consumo de drogas tienen ese carácter. En otros casos, puede ocurrir que nadie controvierta la existencia de un derecho, pero la decisión que el juez tome para enfrentar una vulneración a ese derecho puede ser criticada como activista por aquellos que consideran que las soluciones o remedios judiciales decretados invaden las competencias de los otros órganos del Estado. Se trata pues de un activismo remedial, según la denominación propuesta por Wayne. En el caso colombiano, un ejemplo típico de este activismo han sido aquellas sentencias en donde la Corte ha ordenado mejorar las condiciones infrahumanas de las cárceles. En efecto, pocas personas niegan que los presos tengan derecho a unas condiciones mínimas de dignidad, pero cuestionan que sea la Corte, y no el Gobierno, quien ordene a las autoridades realizar determinadas obras de infraestructura para alcanzar ese objetivo.¹⁶⁹

Tal vez sea útil afinar más esa diferenciación. Así, en materia de remedios judiciales es, en general, más fácil para un juez hacer cumplir una prohibición que un mandato de hacer, ya que en el primer

169. Es cierto que en muchas ocasiones, una sentencia puede tener ambos caracteres, ya que puede reconocer un derecho controvertido y formular órdenes audaces para que se remedien las vulneraciones al mismo. Algunas sentencias de la Corte Constitucional en materia de salud han tenido ese carácter, pues no solo el tribunal ha reconocido, más allá de las regulaciones legales, que una persona tenía derecho a acceder a un tratamiento (activismo ideológico) sino que además ha ordenado a las autoridades conductas precisas para que la persona sea atendida (activismo remedial). Sin embargo, la distinción entre esos dos tipos de activismo, que se vincula a la clásica diferenciación entre derechos (*rights*) y órdenes de protección (*remedies*), es relevante, ya que su impacto, y las resistencias que suscitan, son diversas.

CASOS COLOMBIANOS

caso es más difícil para las otras autoridades disculpar una vulneración de la orden judicial. Por eso, es interesante distinguir entre remedios positivos (órdenes de hacer) y remedios negativos (prohibiciones). Igualmente, en materia de activismo ideológico, a veces los jueces constitucionales actúan en contra de las mayorías para “crear” un derecho, que no había sido nunca reconocido judicialmente, mientras que en otros casos, su acción tiende a “preservar” una garantía que ya existían en el ordenamiento, pero que las fuerzas políticas desean eliminar. Por ello, tal vez convenga diferenciar entre un activismo ideológico “innovador” y otro “preservador”. Así, las cosas, el siguiente cuadro resume y ejemplifica los tipos de decisiones que puede tomar un tribunal progresista.

FORMAS DE ACTIVISMO PROGRESISTA			
Activismo ideológico		Activismo remedial	
Innovador	Preservador	Positivo	Negativo

Este análisis del tipo de decisiones es útil entonces para evaluar el impacto emancipatorio potencial de una decisión. En general, son más fáciles de ejecutar las órdenes remediales negativas (prohibiciones), mientras que puede suscitar enorme controversia y oposición un activismo ideológico innovador, que además se acompañe de mandatos de hacer. Esto explica el hecho de que, en los casos estudiados, buena parte del impulso emancipatorio dado por la Corte estuvo originado en decisiones remediales que contenían prohibiciones.

El entorno de la decisión: los costos políticos

Las decisiones progresistas generalmente acarrearán costos políticos altos para la Corte. Estos costos son difíciles de evaluar en un contexto de fragmentación institucional, social y política como el que vive Colombia. Tales costos deben ser sopesados en cada caso, en su relación particular con el Gobierno, con el Congreso o con la opinión política. Lo específico de Colombia, una vez más, estaría en la enorme fragmentación de las fuerzas políticas, tanto de oposición como de apoyo a la labor de la Corte, lo cual hace que esta opere de forma relativamente independiente del sistema político. En estas circunstancias, la Corte decide con la tranquilidad que le da, por un lado, el hecho de sentirse respaldada por la opinión pública y, por el otro, el hecho de saber que la oposición no ha conseguido articular una estrategia política que pudiera poner en tela de juicio su estabilidad institucional; pero, al mismo tiempo con la incertidumbre y la intranquilidad que se desprende de que en un país con un conflicto armado que a veces bordea la guerra civil y en medio de la crisis de legitimidad que afecta a todo el Estado, ella puede ser la primera víctima de una reforma institucional conservadora. En síntesis, fuera de peligros específicos que se originan en decisiones concretas contra actores sociales e institucionales específicas, la Corte está sometida a un peligro general, que opera como una especie de telón de fondo del escenario en donde ella actúa, peligro este también muy difícil de evaluar y que consiste en la posibilidad más o menos latente de que las fuerzas políticas se unan para acabar con la Corte por medio de una reforma constitucional o modificando su composición a través de la elección de nuevos magistrados. Este peligro general adquiere connotaciones similares aunque menos dramáticas y más frecuentes en otros contextos, cuando tiene lugar la elección de nuevos magistrados —como sucedió en los años 2000, 2008 y, recientemente para dos magistrados, en 2012— la cual plantea el

peligro de una neutralización de la Corte por medio del nombramiento de jueces conservadores.¹⁷⁰

Ahora bien, ¿qué relación existe entre este análisis de costos políticos y la incidencia social de las decisiones progresistas? El impacto social de las decisiones de la Corte parece ser mayor en contextos sociales y políticos en los cuales existe consenso sobre los valores o principios defendidos por los actores sociales y por la Corte. Estos contextos los denominamos *consensuales*, para diferenciarlos de aquellos en los cuales predomina la diferencia de visiones y que llamamos *disensuales*. Desde luego, se trata de tipos ideales y por lo tanto los casos reales se ubican en un espectro intermedio de posibilidades. Así por ejemplo, el caso de los indígenas, por lo menos durante los primeros cinco años de funcionamiento de la Corte, es un buen ejemplo de contexto consensual. Desde la Asamblea Nacional Constituyente existe una opinión favorable en torno a la causa indígena. Esta opinión se ha desvertebrado un poco durante los últimos años debido a los enfrentamientos con el Gobierno. Algo similar sucede con el movimiento de los Upac, que parece gozar de un importante apoyo popular. Los sindicatos y los LGTBI, en cambio, parecen operar en un contexto político menos favorable, en donde el apoyo a su causa es relativo y se enfrenta igualmente a una oposición importante.

***Los receptores de la decisión:
visión de la estrategia jurídica***

La suerte emancipadora de la decisión judicial también está ligada a la recepción que esta tenga entre los actores sociales. Ante todo es importante señalar que hay una enorme variedad de actores. Quizás

170. Vistas las cosas a finales de 2012, cuando se finaliza este manuscrito, esta parece ser la estrategia de los conservadores y lo han conseguido parcialmente con la elección reciente del magistrado Luis Guillermo Guerrero.

lo más importante sea el grado o el tipo de cohesión interna entre los beneficiarios de la decisión. Según este punto de vista diferenciamos tres tipos. En primer lugar, están aquellos actores más dispersos, que actúan por lo general en la búsqueda de un interés individual y que solo se ven atados a una práctica colectiva en la medida en que ello favorece su propia estrategia individual. Un ejemplo de este tipo de actor se encuentra en el caso del movimiento de los afectados por el Upac. Este fue un movimiento muy fuerte, pero muy dependiente de la suerte de la decisión tomada por la Corte. El segundo tipo se refiere a actores fuertemente atados por vínculos comunitarios, en donde el interés general es claramente prioritario. Los indígenas son sin duda un buen ejemplo de este tipo de actor social. Ellos han creado quizás el movimiento más consolidado y menos afectado por la coyuntura política. Esta fortaleza se encuentra en el hecho de que la razón de ser de su oposición está en la defensa de valores comunitarios cuya protección jurídica está fundada en la decisión de la Corte. Dicha decisión es pues un elemento secundario aunque importante de la fortaleza del movimiento. Finalmente, tenemos aquellos actores ligados a un movimiento social cuya cohesión interna depende de intereses políticos compartidos. Este es el movimiento social clásico. El caso de los sindicatos que luchan por la defensa de sus intereses a partir de las decisiones de la Corte ilustra bien este tipo de actor social. Su cohesión interna no depende exclusivamente de las decisiones de la Corte pero estas pueden reanimar y proporcionar nuevas energías a la lucha política.

El peso relativo de la estrategia jurídica

Ahora bien, ¿qué incidencia tiene la decisión de la Corte en la estrategia de lucha contra-hegemónica de los actores sociales? Dos tipos de incidencia son posibles. La primera de ellas se presenta cuando la decisión judicial explica, por lo menos en buena parte, no solo las luchas emancipadoras de los actores sociales sino incluso

su propia existencia, su combatividad, sus logros. Este es el caso, por ejemplo de los deudores del sistema Upac, quienes encontraron en la decisión de la Corte el factor de cohesión y de lucha más importante. Algo similar, aunque en menor medida, puede decirse del movimiento LGTBI. La segunda posibilidad se presenta en aquellos casos en los cuales la estrategia jurídica, si bien en el pasado no ha sido percibida como un elemento esencial, o ni si quiera como un elemento importante de la lucha política, en un momento determinado, que generalmente coincide con un momento de crisis de la estrategia política o con una situación de peligro de desintegración, adquiere una importancia inusitada que se origina, al menos en buena parte, en la decisión de la Corte. Este es la situación propia de los sindicatos estudiados en este capítulo, así como de las Ong, y quizás en menor grado de los indígenas. En la primera situación hablamos de una estrategia jurídica constitutiva y en el segundo de una estrategia jurídica coyuntural.

La dimensión internacional

Por la influencia creciente de la globalización es indudable que la dimensión internacional, y en especial la existencia de una cierta globalización jurídica, es relevante para examinar el potencial impacto progresista de las decisiones judiciales (B. de S. Santos & Rodríguez, 2005).¹⁷¹

En algunos de los casos estudiados, la dimensión internacional ha favorecido ciertas orientaciones de la Corte Constitucional. Es

171. El caso del general Pinochet es ilustrativo al respecto: es indudable que la Corte Suprema de Justicia de Chile no hubiera podido levantar la inmunidad al ex dictador, si previamente este no hubiera sido detenido en Inglaterra por el pedido de extradición del juez español Garzón. Esas decisiones, que expresan la existencia de un cierto espacio judicial internacionalizado en contra de la impunidad, fortalecieron internamente a los jueces chilenos, que pudieron tomar determinaciones que parecían imposibles algunos meses antes.

el caso de aquellas decisiones laborales en las cuales la Corte se ha apoyado en resoluciones de la OIT para amparar internamente los derechos de los sindicatos. Y es que, tal como lo señala B. de S. Santos, “el potencial democrático de la justicia dependerá cada vez más del surgimiento de formas de justicia internacional más adecuadas para afrontar el daño sistemático producido por los conflictos estructurales en el nivel en el que es producido —en el nivel global—” (2001, p. 203). Esto no significa, obviamente, que ese espacio judicial o semijudicial globalizado que se está formando siempre opere en favor del potencial emancipador de los tribunales constitucionales. En ocasiones, puede ser un obstáculo formidable, pues un acuerdo de integración económica puede anular muchas decisiones judiciales progresistas. Pero es indudable que la existencia, o no, de apoyos jurídicos o políticos internacionales es una variable significativa para explicar el impacto de las decisiones de un tribunal constitucional.

En estas circunstancias la Corte debe tratar de conciliar, por un lado, la retórica comunitaria y solidarista que alimenta la esperanza ciudadana y, por el otro lado, las prácticas institucionales que permiten el mantenimiento de un Estado efectivo en medio de la guerra, la precariedad económica y la globalización neoliberal.

Una mayor efectividad emancipatoria de las decisiones progresistas de la Corte se consigue cuando se combinan los siguientes factores: decisiones judiciales remediales, preferentemente de no hacer (prohibiciones), recibidas en contextos o auditorios consensuales, apropiadas políticamente por movimientos bien sea dispersos o comunitarios, los cuales adoptan la estrategia jurídica como parte constitutiva de su lucha política y de su identidad como movimiento y, por último, cuentan con vínculos internacionales de apoyo.

Este postulado contiene la combinación ideal de factores o de condiciones bajo las cuales el activismo judicial progresista tiene

mayor posibilidad de lograr prácticas emancipatorias. No se trata entonces de una proposición ineluctable sino de una tendencia. Ni se requiere que la combinación de factores se presente de manera completa para que necesariamente puedan lograrse prácticas emancipatorias, ni el hecho de que ello suceda garantiza necesariamente la emancipación. Siendo esta una explicación que solo pone de presente tendencias, la investigación empírica será entonces siempre indispensable para corroborar la veracidad de las tendencias en casos concretos. Sin embargo, esto no significa que se trate de una mera hipótesis de trabajo; se trata de un postulado que puede ser contrastado y falseado, pero ello debe hacerse mediante investigación empírica, tal como se hizo para respaldar tal postulado.

Una segunda advertencia es la siguiente. En la investigación que soporta este capítulo se ha partido de casos que, en principio, parecen claramente emancipatorios. Sin embargo, es claro que no toda decisión progresista produce emancipación social. Un complemento interesante de esta investigación consiste en ampliar el número de casos estudiados de tal manera que se incluyan decisiones progresistas que no hayan dado lugar a prácticas emancipatorias. Esto no solo daría mayor certeza sino también mayor cobertura a nuestras explicaciones.

Conclusiones

Hechas estas aclaraciones ahora es el momento de extraer algunas conclusiones. Al revisar las prácticas emancipatorias aquí estudiadas se aprecia cómo los factores de éxito definidos no siempre se cumplen y en unos casos se cumplen más que en otros: en el movimiento indígena parece faltar la estrategia constitutiva; en el movimiento LGBTI el elemento consensual es deficiente; en el movimiento Upac la internacionalización es inexistente; en los sin-

dicatos parecen faltar por lo menos tres factores: el auditorio no parece ser consensual, el movimiento no es ni disperso ni comunitario y la estrategia tampoco es constitutiva.

¿Qué pasa con el movimiento sindical y particularmente con el sindicato de las Empresas Varias de Medellín, que parece tan alejado de los factores ideales anotados? ¿Qué significa el hecho de que la mayoría de los factores no se cumplan en este caso?

Recordemos las condiciones específicas bajo las cuales se enmarca la lucha del sindicato de las Empresas Varias de Medellín. En opinión de los trabajadores entrevistados, la decisión de reintegro de los sindicalistas expulsados llegó en un momento de crisis del sindicato y de desesperanza por parte de los afectados. La acción de tutela fue interpuesta en medio del escepticismo casi generalizado y como un último recurso. La decisión favorable de la Corte cambió completamente este panorama de tal manera que la lucha política adquirió dimensión nacional a través de la asesoría a otros sindicatos en situaciones similares. En estas condiciones, no es exagerado decir que para el sindicato de las Empresas Varias la estrategia jurídica revivió la fuerza política del sindicato y le dio vitalidad a sus luchas. El debilitamiento de la lucha sindical tradicional y las enormes expectativas abiertas por la acción de tutela explican esta situación, sin duda excepcional para un sindicato, en la cual la estrategia jurídica adquiere una importancia primordial, de tal manera que incluso parece ser casi una estrategia de tipo constitutivo, por lo menos para el período analizado. Siendo así, el peso relativo y la importancia de la estrategia jurídica del sindicato de las Empresas Varias se asemeja a lo que sucede con los movimientos sociales dispersos o comunitarios. Esto no excluye una advertencia que evoca algo del pensamiento crítico y que está relacionada con los mayores riesgos de la estrategia jurídica en la lucha a largo plazo de los movimientos sociales clásicos.

Algo similar sucede con el caso indígena. Allí también la estrategia jurídica era, en principio coyuntural. Sin embargo, las luchas indígenas ante la Corte han derivado en importantes prácticas emancipatorias para el movimiento. Esto se debe a que aquí también la estrategia jurídica durante la última década pasó a ser un elemento esencial de la lucha política, de tal manera que las estrategias de confrontación política clásicas pasaron a un segundo plano. Aquí también es válida la misma advertencia sobre los riesgos de que dicha estrategia desnaturalice o simplemente debilite la cohesión comunitaria del movimiento.

En síntesis, tanto los movimientos sociales clásicos como los *nuevos movimientos sociales* pueden lograr emancipación social a través de la estrategia jurídica propiciada por el activismo progresista de la Corte. En el caso de los movimientos clásicos parece, eso sí, necesario que ellos se encuentren en una situación de dificultad considerable para adelantar sus luchas políticas tradicionales. De otra parte, los riesgos de esta estrategia son claramente mayores cuando se trata de estos últimos movimientos.

A propósito, es importante tener en cuenta que la Corte también asume riesgos con estos propósitos emancipadores. La Corte Constitucional colombiana, como todas las cortes constitucionales, opera bajo una tensión permanente entre la necesidad de proteger los derechos constitucionales y la necesidad de mantener las condiciones económicas e institucionales existentes. La fragmentación social e institucional que vive Colombia se traduce en un fenómeno de prevalencia progresiva de los contextos disensuales sobre los consensuales. En estas circunstancias existen dos riesgos para la Corte Constitucional: en primer lugar, el incremento del peligro de que los enemigos de la Corte logren consolidar una estrategia de eliminación o de atenuación del control constitucional, como lo han intentado hacer en el pasado; en segundo lugar, el otro peligro es que la Corte, en aras de su propia protección, adopte una actitud

jurisprudencial conservadora. Estos dos riesgos afectan el potencial emancipador de la Corte.

Sin embargo, ni los riesgos ni las posibilidades emancipatorias pueden ser evaluados como necesidades inatacables. Ambos elementos deben ser contrastados y evaluados en las condiciones concretas en las que se presentan. El caso colombiano y la discusión teórica muestran entonces que es necesario abandonar posiciones demasiado asertivas para responder a la pregunta sobre si es posible o no lograr transformaciones emancipadoras por vía judicial; el contexto y ciertas decisiones creativas de los actores involucrados tienen un peso decisivo, por lo cual, conviene desarrollar estudios comparados que permitan una mejor comprensión contextual de las posibilidades y límites de estas estrategias.

Antes de terminar quisiera hacer la siguiente aclaración. La investigación que dio lugar a este capítulo fue hecha hace diez años. Mucho ha pasado desde entonces. La Corte se ha vuelto más recatada y quizás también más conservadora. Por eso este capítulo no es el reflejo de una institución en abstracto sino de un momento específico de la historia institucional de la Corte Constitucional colombiana.

Este estudio confirma entonces una idea simple pero importante. En determinados contextos, el derecho en general, y la justicia constitucional en particular, se pueden convertir en espacios de comunicación simbólica a partir de los cuales se pueden articular luchas emancipatorias. Pero no por ello el derecho pierde su eventual faceta de dominación social: las potencialidades emancipatorias de la justicia constitucional son entonces limitadas y el predominio de las estrategias judiciales tiene riesgos sobre el dinamismo y la creatividad de los movimientos sociales. En todo caso, estos riesgos deben ser contrastados con las potencialidades progresistas de la justicia constitucional, que se intentaron describir y sistematizar en el apartado anterior. Dos consecuencias derivan de esta

CASOS COLOMBIANOS

conclusión. Una académica: la conveniencia de desarrollar estudios comparados que permitan una mejor comprensión contextual de las posibilidades y límites de estas estrategias judiciales. Y otra política: la justicia constitucional puede llegar a ser importante para el progreso democrático, siempre y cuando se la entienda como un componente de luchas sociales más amplias. La realización de las promesas emancipatorias de muchas constituciones es un asunto demasiado serio para dejárselo únicamente a los jueces constitucionales.

TERCERA PARTE
DERECHO Y DEMOCRACIA

CAPÍTULO 7

LA ESPADA DE DOS FILOS: DOMINACIÓN Y EMANCIPACIÓN SOCIAL

Las guerras se alimentan ante todo de palabras..., echar más palabras a la guerra no es como lanzar aceite al agua tormentosa sino como echar leña al fuego.

FERNANDO SAVATER

Hasta que llega Sheerezada y es capaz, con los cuentos, de postergar la sentencia, de suspender la violencia... eso es lo que hacen las palabras: postergan, hacen más larga y llevadera la ineludible sentencia de la muerte que todos llevamos dentro.

HÉCTOR ABAD FACIOLINCE

En el capítulo segundo espero haber hecho claridad sobre la dimensión simbólica del derecho y su importancia. Aquí, luego de haber mostrado los casos empíricos, quisiera abordar el tema de sus implicaciones políticas. ¿A quién sirve lo simbólico? ¿Quiénes son los actores sociales que se benefician del uso simbólico del derecho? ¿Cuáles son los desafíos y problemas que enfrentan estos actores? En lo que sigue, trataré de responder a estas preguntas.

La visión simbólica del derecho, entendida a partir de una concepción constructivista de la realidad social, abre una serie de problemas prácticos y teóricos que vale la pena enfrentar. Esos problemas son, a mi juicio, esencialmente dos: los usos políticos de la eficacia simbólica y el impacto de la eficacia simbólica en la democracia. En este capítulo abordo cada uno de ellos¹⁷².

172. Hay un tercer tema, teórico, que no abordo aquí, por falta tiempo, pero que menciono de pasada. Se trata de la distinción entre “función simbólica” y “eficacia

Origen y uso político de la eficacia simbólica

El uso simbólico del derecho consiste en la apropiación política de los significados evocados por los textos jurídicos. Dicho uso no siempre tiene origen en la acción de los creadores de la norma, lo cual sucede, por ejemplo, cuando se promulga una ley que no está destinada a ser aplicada, sino simplemente comunicada. En ocasiones, el uso simbólico tiene origen en la acción o en la omisión, no de los creadores, como digo, sino de sus aplicadores, esto es de los encargados de llevar a cabo los objetivos normativos (a través, por ejemplo, de su reglamentación). Así ocurre, por ejemplo, con normas constitucionales muy progresistas en materia de derechos sociales (cuya protección cuesta mucho dinero) que luego son interpretadas y aplicadas por la Administración Pública (con una disponibilidad de recursos limitada) a través de una reglamentación que desconoce los objetivos previstos en la Constitución.

Pero los destinatarios de la norma también pueden hacer un uso simbólico del derecho. Los movimientos sociales pueden convertir una norma que en principio no tenía mayor alcance emancipatorio en la bandera de un gran movimiento de lucha por los derechos. Así ocurrió durante el llamado *Civil Rights Movement* en Estados Unidos en los años sesenta, y así ocurre hoy con muchas normas apropiadas por grupos y movimientos, tal como se ilustra en el Capítulo 6 de este libro. Es de anotar, sin embargo, como se verá más adelante, que el uso simbólico del derecho es una estrategia política que no necesariamente está en manos de los movimientos progresistas,

simbólica". Ambas cosas hacen parte de la dimensión simbólica del derecho. La primera se refiere más a los usos y a los actores sociales y la segunda más a los efectos en la realidad social. Sin embargo, a mi juicio, en una visión constructiva de la realidad social, como la que adopto aquí, estos dos conceptos (subjetivo y objetivo) son, en la práctica, difíciles de distinguir.

como lo muestran las luchas jurídicas de la Iglesia y de otros grupos conservadores en contra del aborto.

Así pues, la eficacia simbólica es una estrategia que puede ser diferenciada desde dos puntos de vista: el de los actores que la interpretan y el de la posición política que adoptan. En cuanto a lo primero, el uso simbólico del derecho puede ser una estrategia originada bien sea en las instancias estatales encargadas de crear o aplicar el derecho (jueces, legisladores, gobernantes, etc.) o bien sea en los grupos y movimientos sociales. En cuanto a lo segundo, la estrategia simbólica puede tener propósitos conservadores o progresistas.

Quizás no sobre agregar que la diferencia entre conservadurismo y progresismo en derecho es a veces difícil de establecer y eso debido a que es necesario diferenciar dos dimensiones: primero en el ámbito socioeconómico y segundo en el ámbito de la autonomía personal. La primera dimensión remite a la clásica distinción entre izquierda y derecha; la segunda a la diferencia entre quienes justifican restricciones a la libertad con el objeto de imponer modelos de vida considerados buenos y quienes se oponen a esa intervención. El problema es que puede haber personas, por ejemplo jueces, que adoptan posiciones progresistas (de izquierda) frente a la primera dimensión y posiciones conservadoras frente a la segunda y viceversa. Puede haber, por ejemplo un juez católico que apoye la necesidad de hacer una reforma agraria (con base en la Doctrina Social de la Iglesia) pero que se oponga al aborto o a los derechos de la comunidad LGBTI. También puede haber un juez neoliberal en asuntos económicos que se opone a la judicialización de los derechos sociales pero que, por ser liberal en filosofía política, defiende la despenalización de las drogas o del aborto.¹⁷³

173. Se ha desarrollado esto en García Villegas, *Las fronteras del derecho* (1997); una explicación en sentido similar puede verse en Fraser (1998).

Vuelvo entonces a los dos puntos de vista anotados (actores y posición). Si se combinan aparecen cuatro usos simbólicos del derecho: (1) estatal-conservador, (2) estatal-progresista, (3) social-conservador, y (4) social-progresista.

Usos simbólicos del derecho

		Posición política	
		CONSERVADOR	PROGRESISTA
Origen	ESTADO	Estatual-conservador	Estatual-progresista
	SOCIEDAD CIVIL	Social-conservador	Social-progresista

Un ejemplo de uso simbólico del derecho de tipo estatal-conservador, al menos en América Latina, es la utilización por parte de los gobiernos de las normas constitucionales que consagran los estados de excepción (o de sitio), tal como se muestra en el Capítulo 5 de este libro. Pero hay muchos otros ejemplos: la consagración de derechos sociales que nunca se hacen realidad o la expedición de normas penales (sobre drogas, por ejemplo) para satisfacer el ánimo punitivo de la sociedad, son también ejemplos comunes (Abramovich, 2002; Patiño Santa, 1992; Rubio, 1999; Uprimny et al., 2012b).

En este caso, el derecho es utilizado para ocultar una realidad inaceptable que, de ser visible, atentaría contra la legitimidad institucional. Los marxistas (a veces también las feministas y los críticos de raza¹⁷⁴) tienen en mente esta estrategia de encubrimiento para defender su idea de que el derecho es un fetiche que solo sirve para edulcorar una realidad de atropellos y felonías. Quizás el mejor ejemplo de esta estrategia se encuentre en el uso recurrente del estado de sitio por parte de los gobiernos de los países de América Latina a lo largo de buena parte de su historia.

Esto merece una especie de digresión sobre la estrategia de los gobiernos. Mientras más limitado es su margen de maniobra, más inclinados están estos a tratar dichos problemas de manera tal que el énfasis institucional se ponga en la legitimación, la comunicación y el uso simbólico del derecho y no en la obtención de resultados.¹⁷⁵ En estos contextos críticos, la producción e implementación de normas da lugar a una reconstrucción de los problemas sociales y a un escape político hacia terrenos en los cuales los gobiernos pueden obtener mayores ventajas o simplemente atenuar los efectos perversos de su incapacidad política.¹⁷⁶ El déficit de legitimidad,

174. Ver por ejemplo, Brown y Williams (2003).

175. Según Pierre Bourdieu, “mientras más peligrosa es una situación, en mayor medida las prácticas tienden a estar codificadas [...]; a mayor probabilidad de la ocurrencia de violencia mayor será la necesidad de introducir formas, y en mayor medida la libertad dejada a la improvisación del *habitus* deberá ceder frente a la conducta reglada a través de un ritual metódicamente instituido, esto es codificado” (1987, p. 96). Algo similar se puede ver en Donal Black, quien sostiene que mientras más jerarquizada es una sociedad mayor cantidad de derecho produce (1976). Sobre la importancia del uso político del derecho en la vida institucional colombiana ver Gutiérrez (1998, p. 218) y Deas (1993).

176. Para una idea sobre la construcción simbólica de problemas sociales ver Murray Edelman (1964, 1971). En teoría de las organizaciones se ha mostrado cómo las instituciones responden a los problemas sociales de tal manera que el propósito de legitimación y comunicación resulta predominando sobre la realización de

derivado y causado a la vez por la ineficacia instrumental del Estado, se compensa parcialmente con el aumento de la comunicación a través de la producción de discursos legales como respuestas a las demandas sociales de seguridad, justicia social y participación (al respecto ver, en el Capítulo 4, el caso del toque de queda en Medellín).

Esta re-construcción gubernamental de los problemas opera por medio de saltos de escala discursivos. Dos saltos son posibles: el primero consiste en una retirada hacia terrenos discursivos sumamente generales en los cuales incluso la naturaleza misma del contrato social es debatida. Eso sucede, por ejemplo, cuando los gobiernos proponen convocar a una asamblea nacional constituyente o proponen una reforma constitucional para resolver bloqueos del sistema político o situaciones críticas de violencia.¹⁷⁷ El segundo salto consiste en una retirada del problema inicial hacia terrenos técnicos puntuales, generalmente ligados a la administración pública o a la política criminal. Así por ejemplo, el problema de la violencia es enfrentado con reformas al Código de Procedimiento Penal (como se mostró en el Capítulo 5) dejando de lado toda la problemática social y económica que alimenta dicho problema. Ideología y técnica son entonces los dos espacios de recomposición (hacia el arriba ideológico o hacia el abajo técnico) de la crisis de legitimidad y seguridad; allí el Estado recobra capacidad de maniobra para participar, proponer soluciones y presentar resultados.

El uso simbólico de tipo estatal-progresista tiene lugar cuando, por ejemplo, los jueces utilizan el derecho y particularmente el derecho constitucional para llevar a cabo cambios sociales en favor de

los objetivos propuestos; al respecto ver Lauren Edelman (1992), Powell y Di-maggio (1991), Crozier y Friedberg (1977) y Meyer (1991).

177. Al respecto ver el texto de Julieta Lemaitre Ripoll sobre el derecho a la paz en la Constitución de 1991 (2011b).

grupos desfavorecidos; cambios estos que no estaban directamente consagrados en dichas normas. La escuela latinoamericana conocida como *Uso alternativo del derecho*, liderada por abogados militantes de izquierda y que ha tenido una cierta ascendencia entre algunos jueces, sobre todo en Colombia y en Brasil, así como la vieja escuela del Derecho Libre, a principios del siglo XX en Europa, han propiciado este tipo de intervenciones judiciales.¹⁷⁸

Quisiera detenerme un poco más en los dos usos sociales restantes, es decir en el social progresista y en el social conservador. Lo hago porque estos son los usos más políticos y frecuentes y por lo tanto los más importantes para una sociología política del derecho como la que se plantea en este libro.

El uso social conservador

Este uso puede verse en los grupos y movimientos conservadores que luchan por la defensa de sus intereses a través del derecho. Entre ellos sobresalen aquellos que, inspirados en la defensa de la tradición, de los valores católicos, batallan en contra de la legalización del aborto.¹⁷⁹ Los movimientos conservadores también han emprendido batallas legales considerables para oponerse a la liberalización de las drogas.¹⁸⁰ De otra parte, en Estados Unidos están las luchas jurídicas de los usuarios y vendedores de armas de

178. Al respecto ver la revista *El Otro Derecho* publicada por el Instituto Latinoamericano de Servicios Legales (ILSA), en donde se encuentran buena parte de los desarrollos de esta corriente. Ver por ejemplo B. de S. Santos & Carlet (2010).

179. En Estados Unidos son famosas las luchas del millonario Tom Monaghan por las causas católicas, en particular contra la legalización del aborto. En Colombia, ver Garzón (2012) y Hoyos (2005).

180. A propósito del consumo de alcohol, ver el libro clásico de Joseph Gusfield (1963); para una mirada sobre los católicos que defienden la idea de proteger sus derechos ante los tribunales ver página web <<http://www.hli.org/index.php/activism>> y Smart (1989).

fuego, apoyados en su interpretación de la Segunda Enmienda y respaldados por la poderosa *National Rifle Association* (NRA), para impedir el control sobre la posesión de armas de fuego por parte de los ciudadanos. Kitty Calavita trae un ejemplo interesante en un libro reciente: se trata de la Proposición 187 de 1994, en California, EE.UU., (también conocida como *Save our State - SOS*) la cual estaba destinada a restringir los derechos de los inmigrantes ilegales impidiendo que los niños asistieran a las escuelas y excluyéndolos de los servicios de salud. La norma nunca fue implementada debido a que los jueces declararon, antes de que fuera votada, que se trataba de una propuesta inconstitucional, contraria a la ley federal y a la Enmienda XIV que protege contra la discriminación. No obstante la evidencia de que se trataba de una norma inconstitucional, los proponentes de la norma insistieron en que se votara, lo cual efectivamente se hizo y se aprobó por el 87% de los votantes. Semejante contradicción (votar por una norma que iba a ser declarada inconstitucional) se explica por la intención de los organizadores de la campaña de crear un mensaje, un símbolo, en contra de la inmigración (2010, pp. 105-106). Más aún la masiva votación se explica por la importancia política que el mensaje tenía contra el establecimiento judicial que lo iba a declarar inconstitucional.

El uso social progresista

En cuanto al uso social progresista pueden citarse los ejemplos provenientes de grupos y movimiento sociales que utilizan el derecho y los derechos como parte de su estrategia política, tal como se muestra en el Capítulo 6. Quizás los más famosos sean el Movimiento por los Derechos Civiles (*Civil Rights Movement*) en Estados Unidos durante la década de los años sesenta y el movimiento contra el apartheid en Sudáfrica. Pero en la actualidad hay muchos otros alrededor del mundo: movimientos que luchan por los derechos de la mujeres, de los *gays*, de los discapacitados, de las víctimas, de los

animales, etc.¹⁸¹ No sobra agregar que parte de la estrategia utilizada por estos movimientos para fortalecer sus luchas puede consistir en lograr la eficacia instrumental de tales derechos.

Aquí vale la pena comentar dos temas de interés: (a) el significado del concepto *emancipación* y (b) la conveniencia de las luchas políticas por el derecho.

Los alcances del concepto de emancipación

En cuanto a lo primero, como dije al inicio (Prefacio), aquí adopté una concepción amplia y débil del concepto de *emancipación*. El derecho no hace las revoluciones; más bien es lo contrario lo que ocurre: el derecho impide que las revoluciones se hagan. No obstante, puede haber usos del derecho que, bajo ciertas circunstancias produzcan cambios sociales importantes y hasta revolucionarios. Una visión amplia y débil del concepto de emancipación permite ver eso: incluir una serie de luchas sociales progresistas con un alcance reformador que pueden, en el mediano y largo plazo, producir cambios transformadores. Esta opción se aparta de las visiones fuertes de la emancipación según las cuales la única liberación posible es aquella que implique la ruptura plena con el orden establecido.¹⁸² Según esta idea los cambios parciales y el reformismo no solo no conducen a transformaciones verdaderas sino que pueden

181. Para una revisión de la amplísima literatura que existe sobre este tema, ver Abel (1995), McCann (1994), Handler (1978), Israël (2009), Teitel (1997); para una ilustración sobre las luchas contra-hegemónicas a través del derecho ver B. de S. Santos y Rodríguez (2005); sobre activismo internacional ver Keck y Sikkink (1998), (Darian-Smith, 2013; Rajagopal, 2003).

182. En ese sentido ver Marx (1978); los críticos del derecho en América Latina suelen adoptar, algunos con más matices que otros, esta posición; ver por ejemplo, Correas (1993); Mejía (1998, 2011); Múnera (1998); Novoa Monreal (1980); Wolkmer (1995). Para un debate sobre este punto ver el texto de Boaventura de Sousa Santos (2002) y también Dupré de Boulois & Kaluszynski (2011); Israël (2009); Calavita (2010); Saffon (2006); Uprimny (2006).

tener el efecto contrario de legitimar al poder existente y por esa vía retrasar el cambio. Esta posición hace eco de aquella parte del *Manifiesto comunista* en la que se dice que la revolución solo tendrá lugar cuando el proletariado “no tenga nada que perder distinto a sus cadenas”, es decir, cuando las condiciones de opresión sean de tal magnitud que empiecen a ser percibidas como intolerables.

Aquí pongo en duda este presupuesto marxista¹⁸³. Muchos países tendrían revoluciones si el aumento de la injusticia y la opresión condujeran directamente a la sublevación popular. Parece incluso más probable que suceda lo contrario, esto es, que cuando se alivian un poco las condiciones de opresión de los más pobres hay más chance de que ocurra una revolución y eso debido a que dicha mejoría les permite a los oprimidos vislumbrar con las posibilidades de cambio que tiene en sus manos. El presupuesto marxista no solo es empíricamente dudoso, sino moralmente cuestionable, en cuanto implica una cierta justificación de la tragedia humana, como si fuera el purgatorio que hay que padecer para obtener la liberación definitiva. Soy consciente de que, en sociedades injustas como las nuestras es importante que haya voces radicales, que clamen por la igualdad y la dignidad humana. Pero me parece que no se renuncia a esa radicalidad, ni mucho menos a la oposición contra el régimen establecido, cuando se reconoce el potencial emancipador de algunas reformas que pueden mejorar, bajo ciertos contextos sociales, así sea parcialmente, la condición de vida de mucha gente.

La posición radical también se funda en el presupuesto, a mi juicio igualmente dudoso, de que cuando las cosas mejoran para los más pobres, su conformismo aumenta. Tener esperanza solo produce, según ellos, más sumisión, menos conciencia de clase,

183. Amplia evidencia existe hoy en día, en la sociología y en la ciencia política, contra el postulado marxista, al respecto ver por ejemplo Gurr (1970); McAdam, McCarthy, & Zald (1996); McAdam (1982); Taylor (1988); Tilly (1978, 2005).

menos lucha. Así por ejemplo, para el senador colombiano Jorge Robledo la ilusión de los campesinos colombianos desplazados por la violencia de recibir tierra con base en el la Ley de Restitución de Tierras (propuesta por el gobierno del presidente Santos en 2011) solo serviría para alimentar su aceptación del presente y su conformismo. Según esta posición, los campesinos no reciben un derecho, sino que muerden un señuelo. Sin embargo, la esperanza tiene dos caras: una es el apaciguamiento (esta es la cara que señala el senador Robledo) y la otra es la movilización de los más pobres en búsqueda de un futuro mejor (que es la idea de Tocqueville). De esta ambivalencia de la esperanza me ocupó en el último capítulo de este libro. Por ahora simplemente quiero apoyar la idea de una visión amplia y débil de la emancipación que, apoyada por una juiciosa investigación empírica, incluya las reformas parciales que puedan conducir a mejorar la condición de los subordinados.

El debate sobre la conveniencia de las luchas jurídicas

El otro tema, estrechamente conectado con el anterior, es el de la conveniencia de las luchas políticas a través del derecho. Como se mostró en el Capítulo 6, al interior de los movimientos sociales progresistas se suele debatir intensamente acerca de la conveniencia de la estrategia jurídica. ¿Qué tanto sirve luchar por los derechos ante los tribunales, en lugar de hacerlo en la calle? Uno de los argumentos de quienes defienden una posición escéptica frente a la estrategia legal es el carácter paradójico de esa lucha. Utilizar los mecanismos legales que el Estado establece, dicen, conlleva una legitimación del mismo Estado al que se quiere atacar. Es algo parecido a lo que decía Marcel Proust sobre la lengua: “las únicas personas que defienden el idioma son las que lo atacan”. El uso del derecho contra el Estado legitima al Estado. Así por ejemplo, Stephen Ellmann sostiene que “aquellos que buscan poner en tela

de juicio un Estado injusto utilizando para ello el derecho pueden sentirse mancillados por el hecho de movilizar el derecho que ellos mismos menosprecian” (1995, p. 340).

De otra parte, no hay que desatender las posibilidades de reacción de los sectores más poderosos de la sociedad y del Estado en contra de decisiones obtenidas bajo la presión de los movimientos sociales. “Los esfuerzos de la movilización legal, dice McCann, han generado contragolpes en casi todo el mundo en donde los movimientos sociales han desafiado el poder de las jerarquías sociales y de los gobiernos autoritarios (2004, p. 516). No hay que subestimar las posibilidades de que una contra-reforma conservadora se desate luego de que los jueces, presionados por los movimientos sociales, pongan en tela de juicio valores tradicionales como el orden, la cristiandad o las jerarquías sociales (McCann, 2004, p. 516). En su descripción de las luchas por la legalización del aborto en Inglaterra durante la década de los sesenta, Carol Smart mostró cómo el eslogan “el derecho de las mujeres a escoger” (*woman’s right to choose*) de inmediato produjo la reacción de crear eslóganes similares en la contraparte, tales como “los derechos de los que están por nacer” (*rights for the unborn*) (Smart, 1989). Según Robin Stryker, “la movilización desde abajo engendra la movilización desde arriba” (2007, p. 87). De otra parte Pete Wilson, gobernador de California, apoyado por el empresario Ward Connerly, emprendió, en 1996, una campaña política, a través de la llamada Proposición 209, para desmontar la acción afirmativa (*affirmative action*) en las universidades, utilizando para ello el lenguaje de la antidiscriminación.¹⁸⁴

184. “Una generación antes —decían los promotores de la proposición 209— lo hicimos bien al crear derechos civiles para prohibir la discriminación. Pero algunos intereses particulares sabotearon el movimiento [...]. La proposición 209 se denomina *California Civil Rights Initiative* porque reinstaura el histórico *Civil Rights Act*”; citado por (Calavita, 2010, p. 130).

Estas dudas sobre la conveniencia de la estrategia jurídica se originan en el carácter ambivalente, huidizo, del derecho. Como dice Richard Abel, “el derecho es simultáneamente gobierno y política, idealidad y realidad, neutral y partisano, por encima de la lucha y en el medio de ella” (1998). Más concretamente, el derecho es como una espada de doble filo: por un lado es un poder que regula, impone y exige obediencia, así sea de manera legítima y, por el otro lado es un conjunto de derechos que los ciudadanos pueden invocar frente a ese mismo poder para limitarlo y controlarlo. Esa ambigüedad es particularmente notoria en la tradición europeo-continental del derecho y ello debido a que solo hay una palabra para expresar el derecho que incluya estos dos aspectos (*derecho, droit, recht, diritto*, etc.). En la tradición anglosajona, en cambio, existen dos palabras: *law*, para hablar del derecho como poder regulador; y *rights*, para expresar los derechos de los ciudadanos. Pero esa diferencia no es solo de palabras, también es de fondo. En la tradición francesa, por ejemplo, se tiene la idea de que el origen y la vocería de los derechos está, (según lo establece el artículo 4 de la Constitución francesa de 1793) en la ley, fundada en la *voluntad general* (ella misma encarnada en las mayorías políticas que operan en la Asamblea Nacional) mientras que en la tradición inglesa se tiene la idea de que los derechos están en la ciudadanía (mucho antes que en la ley).¹⁸⁵

Esta ambigüedad pone de presente, desde una mirada socio-jurídica, el difícil balance político que existe entre los costos de legitimación del sistema inherentes al litigio y los beneficios jurídicos que se obtienen a través de las demandas contra el Estado (Bisharat, 1990). Este es un balance difícil de hacer, entre otras cosas, porque puede suceder que uno de los principales beneficios obtenidos

185. Quizás la versión contemporánea más célebre de esta concepción se encuentre en la idea formulada por Ronald Dworkin de que los derechos son cartas de triunfo que se interponen frente a los gobiernos y las mayorías políticas (1977).

por un movimiento que lucha por obtener el reconocimiento de sus derechos sea un beneficio simbólico y consista en una mayor cohesión del grupo en torno a sus derechos. Por eso, puede suceder que un movimiento social fracase en un litigio, pero obtenga, de la experiencia litigiosa, la unidad política y determinación para ganar otras batallas futuras. “Perder es ganar un poco”, decía un célebre entrenador de la selección colombiana de fútbol.¹⁸⁶ Esta es una de las ventajas (y de los riesgos) de las luchas simbólicas: en su producción de significado ellas van mucho más allá del asunto específico que abordan, incluso hasta re-significar la propia lucha y los propios actores que luchan. Los derechos, dice Martha Minow, pueden dar lugar a una “concientización sobre derechos” (*rights consciousness*), de tal manera que individuos y grupos puedan imaginar actuaciones en favor de derechos que no han sido formalmente reconocidos o protegidos (1987).

Por último, los contextos inciden en el tipo de eficacia simbólica que se adopta. Hay contextos más o menos favorables al uso simbólico del derecho. Eso depende, claro está, del tipo de uso simbólico que se trate. Los regímenes autoritarios en América Latina, sobre todo aquellos que todavía pretenden tener algún viso de formalidad democrática, como es el caso de las llamadas *democracias delegativas* en América Latina (O’Donnell, 1992) crean contextos favorables para la producción de normas simbólicas de tipo estatal-conservador.

El uso estatal-progresista, en cambio, prospera sobre todo en aquellos países en donde la independencia judicial es fuerte (sobre todo en las altas cortes) y en donde existe una *constitución aspiracional* dotada de una carta de derechos amplia y generosa (ver Capítulo 6). Ese mismo contexto institucional (*constituciones aspiracionales* e independencia judicial) es propicio para el uso simbólico de tipo social-progresista.

186. Me refiero al entrenador Francisco Maturana.

Vale la pena anotar que estos dos tipos progresistas de uso simbólico, se encuentran, en la práctica, estrechamente conectados, como se mostró en el Capítulo 6: bajo ciertas circunstancias se produce una alianza simbólica entre jueces progresistas del tribunal constitucional y los líderes de los movimientos sociales.

Otro rasgo contextual favorable al uso simbólico de estos dos tipos progresistas es la existencia de redes jurídicas de apoyo, capaces de traducir las demandas de los movimientos sociales en acciones jurídicas. En países en donde se ha desarrollado un activismo judicial progresista, como en Estados Unidos y Canadá, la existencia de una estructura de apoyo jurídico a los movimientos sociales ha sido indispensable. Charles R. Epp ha mostrado cómo la llamada revolución de los derechos en Estados Unidos (durante la época del *Civil Rights Movement*) no solo fue posible por la existencia de una Carta de Derechos (*Bill of Rights*), unos jueces progresistas en la Corte Suprema y una cultura ciudadana favorable a su protección, sino por las redes de abogados y redes jurídicas de apoyo para la movilización legal de grupos y ciudadanos (Epp, 1998). Sin el conjunto de estos factores (normas, jueces, cultura y movilización social) los derechos se habrían quedado en el papel, no se habrían construido.

En Colombia, sin embargo, las estructuras de apoyo a la movilización jurídica no son fuertes. A falta de ellas (indispensables durante el Movimiento por los Derechos Civiles en los Estados Unidos) el acceso directo de los ciudadanos comunes y corrientes a las altas cortes ha sido posible gracias a la existencia de procedimientos jurídicos como la acción pública de inconstitucionalidad y la acción de tutela (Uprimny, 2007). Esta diferencia sin embargo no invalida la idea subyacente al modelo de Epp (el cual también se observa en S. Scheingold y M. McCann): esto es, que no basta con los textos que consagran derechos, que es necesario la movilización política de la sociedad a través del derecho (Rodríguez, 2011). En síntesis, como dice Michel McCann, “[l]a movilización legal no empodera o

desempodera por sí misma a los ciudadanos. Qué tanto importa el derecho es algo que depende de la compleja y con frecuencia cambiante dinámica del contexto en el cual ocurren las luchas sociales” (1994, p. 519).

Eficacia simbólica y democracia

El juego democrático ha cambiado mucho en las últimas dos décadas. No solo ha variado la manera tradicional de hacer política, a través de los partidos y movimientos sociales, sino que ha cambiado el balance político al interior del Estado entre, de un lado, las ramas políticas del poder público y, del otro, los jueces y los organismos de control. El núcleo del poder ha ido migrando desde las instancias tradicionales (parlamento y gobierno) hacia las judiciales. Estos cambios y otros que han ocurrido en la escena global, como la internacionalización de los derechos humanos y de las luchas sociales, le han dado mayor visibilidad e importancia al derecho.

Las promesas del derecho ya no se limitan al logro de su eficacia instrumental, debilitada por el desfase entre problemas globales (clima, mercado financiero, criminalidad transnacional, riesgos nucleares, etc.) y herramientas regulatorias nacionales (Darlan-Smith, 2013). El derecho ya no solo es un regulador de la realidad social, también es un recurso, una arena política a partir de la cual se hacen, se construyen cosas, realidades sociales. Allí compiten las instancias estatales y los grupos sociales, cada cual intentando hacer del derecho lo que mejor sirve para sus propios intereses. En esa disputa adquieren una relevancia particular los abogados, los jueces y demás intérpretes del derecho. La política gira alrededor del sentido de las normas. Hoy casi todos los problemas sociales y políticos pasan por el tamiz del derecho. De ahí la expresión acuñada por Jacques Commaille en Francia de *juridización* de la política (Commaille et al., 2010).

La mayor presencia y visibilidad del derecho es un asunto de particular importancia en los países cuyas democracias están en proceso de consolidación. El caso de América Latina me parece particularmente relevante. En esta parte del mundo ha prosperado, como se mencionó en el Capítulo 3, una cultura ambivalente frente a la ley; una cultura que combina reverencia formal con desacato práctico. Esa cultura tiene causas históricas profundas, que se adentran, entre otras cosas, en la España clásica y en las colonias hispánicas y que están relacionadas con un tipo de sociedad en donde el honor, el individuo, la justicia, la familia, la religión y hasta los amigos, opacaban el valor de la ley y el respeto de las disposiciones estatales.¹⁸⁷

Más cerca del momento presente, el menosprecio por el derecho en América Latina ha estado alimentado (además) por dos concepciones jurídico políticas de gran influencia en el siglo XX: en primer lugar, por la idea marxista de que lo jurídico es siempre el reflejo de las condiciones materiales que existen en una sociedad y que, en consecuencia, el derecho y los derechos no tienen autonomía respecto de estas condiciones materiales, lo cual impide que lo jurídico sirva para otra cosa diferente de mantener el esquema de dominación. Esta concepción fue particularmente influyente entre 1960 y 1990. En América Latina casi todos los movimientos sociales se adherían a esta concepción. Mientras que en la década de los setenta en Estados Unidos se luchaba por los derechos, en América Latina se luchaba por la revolución. Así por ejemplo, el cura marxista Camilo Torres, en Colombia, anunció su adhesión a la guerrilla luego de afirmar que “las vías legales estaban agotadas”. Un poco más tarde los estudiantes de la Universidad Nacional de Colombia, en Bogotá, decapitaron la estatua del general Santan-

187. Se ha abordado este tema en García Villegas (2009); ver igualmente Mockus (1994).

der, conocido como “el hombre de las leyes” y bautizaron la plaza central de la universidad como Plaza Ché Guevara. Quizás valga la pena recordar, como lo hace Julieta Lemaitre Ripoll, que la terrible toma del Palacio de Justicia por parte de la guerrilla del M-19 y la posterior retoma por parte del ejército en 1985 son, entre otros muchos casos, ejemplos dramáticos de la desvalorización del derecho que predominaba en esa época (2009, p. 76).

Pero si tenemos en cuenta el carácter constitutivo del derecho, o en otros términos, si vemos el derecho como un recurso y no simplemente como una norma a disposición del poder imperante, la evaluación de las posiciones radicales de izquierda cambia: al desconocer el potencial emancipador de las luchas jurídicas de los movimientos sociales, en países en los cuales existe una democracia en construcción, tales posiciones hacen una especie de predicción autocumplida cuando denuncian el carácter inevitablemente opresor del derecho. En otros términos, al abandonar la lucha por el derecho y, en consecuencia, dejar el campo libre para que las visiones conservadoras dominen esa lucha, la izquierda radical termina contribuyendo a que su propia denuncia sea una realidad; esto es, a que las normas que consagran derechos terminen siendo ineficaces y tengan una función simplemente “reificadora” o normalizadora.¹⁸⁸

De esa manera, sin quererlo, las visiones críticas radicales del derecho podrían terminar jugando, de manera involuntaria, un rol

188. Mi colega Oscar Mejía Quintana, por ejemplo, se refiere a la Constitución colombiana como “la constitución del engaño” y sostiene que ella se “convirtió en un recurso ideológico de las élites para justificar un nuevo esquema de dominación que ofrecía, en lugar de la paz, una democracia participativa sin la participación de los actores disidentes y un Estado social sin los sectores sociales que reclamaban la inclusión” (2011, p. 182). No obstante, Mejía termina, de manera sorpresiva, hablando de la necesidad de concebir el texto constitucional “como un proceso falible, abierto, en construcción” (2011, 2002). Ver igualmente Mejía (1998) y Brown & Williams (2003).

reaccionario. De un lado, al cerrar las puertas a cualquier tipo de reforma jurídica, ignoran las oportunidades de lucha por la transformación social ofrecidas por el derecho, la cual puede tener efectos positivos tanto directos (de mejoramiento de las condiciones materiales) como indirectos (de fortalecimiento de los movimientos sociales) y simbólicos (de reconocimiento de las luchas políticas de los vulnerables, de reformulación de los problemas jurídicos a la luz de sus reclamos).¹⁸⁹ De otro lado, siguiendo la célebre paradoja de Tocqueville (según la cual las mejoras en las condiciones sociales de la gente favorecen, en lugar de empeorar —como suelen pensar algunos marxistas— las revoluciones sociales) las críticas radicales podrían frenar el surgimiento de una revolución política, al oponerse a reformas jurídicas que podrían generar la concientización de los grupos subordinados sobre el carácter injustificado e intolerable de su subordinación (Tocqueville, 1972).

La segunda concepción que ha incidido en el menosprecio del derecho, parte de la idea, dominante en círculos jurídicos y estatales, y de origen europeo-continental, sobre todo francés,¹⁹⁰ de que el derecho es una expresión de la *voluntad general*. El dogma rousseauniano de la identidad entre la ley y el querer popular tuvo el efecto de despojar a los derechos del sentido contra-hegemónico que tenían en otras latitudes, como por ejemplo en la Inglaterra del siglo XVII. Dado que estos, los derechos, quedaron consagrados en la ley, siendo esta la expresión misma del poder político, no tenía sentido que fueran utilizados como banderas ciudadanas contra el poder estatal. Esto hizo que las luchas contra el poder político fueran también luchas contra el derecho y no con el derecho. Qui-

189. Esto es lo que, a mi juicio ha ocurrido en Colombia con la oposición de algunos miembros del Polo Democrático Alternativo al proyecto gubernamental de restitución de tierras a los campesinos desplazados por la violencia.

190. Al respecto ver Carré de Malberg (1922).

zás por eso las constituciones y las cartas de derecho en América Latina siempre fueron vistas, al menos por los juristas, más como instrumentos de legitimación del poder, que como oportunidades ciudadanas para demandar la protección de tales derechos.¹⁹¹

Al efecto desvalorizador del derecho que poseen las ideas anteriores, se suma una larga historia de atropellos institucionales cometidos con la intermediación de la retórica jurídica, lo cual, de cierta manera, reafirma la percepción ciudadana del derecho como instrumento de dominación en manos de aquellos que detentaban el poder del Estado.¹⁹² En América Latina las normas jurídicas han servido, con demasiada frecuencia para legitimar (normalizar) una situación que de otra manera habría sido intolerable o, peor aún, para legalizar pura y simplemente la ilegalidad.¹⁹³ El abuso del dere-

191. El contraste entre el apego a los derechos, propio de la tradición anglosajona y el apego a la ley o al código, propio de la tradición francesa, está relacionado con dos tipos de democracia: una más dependiente del Estado y otra más dependiente de la ciudadanía. Algunos sostienen que la segunda opción es más estable. Allí donde las clases sociales y los conflictos entre ellas han sido fuertes —como en la Gran Bretaña— la democracia ha logrado más estabilidad. Por el contrario, sostiene Alain Touraine, allí donde el Estado ha sido el principal agente de la modernización —como en Francia o en América Latina— la democracia ha sido siempre débil y ha estado desbordada por la acción política en detrimento de las transformaciones sociales (Touraine, 1994, p. 80).

192. Sobre la posición de los estudios críticos del derecho en América Latina ver García Villegas y Saffon (2011).

193. En América Latina, con la excepción quizás de Colombia en algunos aspectos relativos al constitucionalismo, estamos lejos de la tradición cívica inglesa, la cual ve en los derechos ciudadanos el fundamento del poder político y que puede ser rastreada desde John Locke hasta Ronald Dworkin. En cambio, en la tradición francesa (Rousseau, 1964) se supone que los gobernantes obtienen su poder a partir de la decisión de los ciudadanos de ceder sus derechos naturales. Mientras en la tradición francesa la voluntad general, expresada a través de la ley, resulta siendo fundamental, en una buena parte de la tradición inglesa, por lo menos en la que triunfó en la Revolución Gloriosa de 1688, son los derechos

cho (y de los derechos) por parte de los gobernantes a lo largo de la historia latinoamericana ayuda a explicar mejor la desconfianza ciudadana (y académica) que siempre ha existido en el continente frente al derecho y en particular frente al derecho que consagra derechos o que se presenta como una concepción del poder a la población. La desconfianza popular frente al derecho la explica Jorge Luis Borges en un pequeño texto sobre el individualismo latinoamericano. Dice Borges,

“El argentino, a diferencia de los americanos del Norte y de casi todos los europeos, no se identifica con el Estado. Ello puede atribuirse a la circunstancia de que, en este país, los gobiernos suelen ser pésimos o al hecho general de que el Estado es una inconcebible abstracción; lo cierto es que el argentino es un individuo, no un ciudadano [...] Siente con D. Quijote que ‘allá se lo haya cada uno con su pecado’ y que ‘no es bien que los hombres honrados sean verdugos de los otros hombres, no yéndoles nada en ello’ (Quijote, I, XXII). Más de una vez, ante las vanas simetrías del estilo español, he sospechado que diferimos insalvablemente de España; esas dos líneas del Quijote han bastado para vencerme de error; son como el símbolo tranquilo y secreto de nuestra afinidad. Profundamente lo confirma una noche de la literatura argentina: esa desesperada noche en la que un sargento de la policía rural gritó que no iba a consentir el delito de que se matara a un valiente y se puso a pelear contra sus soldados, junto al desertor Martín Fierro” (1974).

Todo esto ha ido cambiando en las últimas dos décadas. A mi juicio cuatro factores interconectados han incidido en este cambio. En primer lugar, el reforzamiento internacional de los derechos en te-

consagrados en la constitución o enquistados en las costumbres políticas (como en Inglaterra) los que resultan fundamentales.

mas tales como la justicia, la paz, el medio ambiente y los derechos humanos; reforzamiento apoyado por organismos como la Corte Europea de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional (Keck y Sikkink, 1998). Según Michael Ignatieff, después de 1945, ha habido una triple revolución (legal, de aplicación y de activismo) en materia de derechos humanos, que ha transformado por completo el panorama de los derechos en el ámbito internacional (Ignatieff, 2003).¹⁹⁴

El segundo factor nuevo es la influencia de la concepción jurídica anglosajona en las facultades de derecho y sobre todo en el ámbito de la justicia. No sobra señalar que esta concepción, a diferencia de la francesa, pone el acento en la interpretación judicial de la ley, lo cual opaca un poco la labor legislativa y le da mayor cabida a la participación ciudadana en los procesos judiciales.

El tercer factor, de alguna manera ligado al anterior, es el auge mundial que han tenido las visiones institucionalistas (sobre todo en la economía y en la ciencia política¹⁹⁵) asociadas al fenómeno de la transferencia de instituciones anglosajonas a buena parte de los países en vía de desarrollo, todo lo cual ha sido acogido con entusiasmo entre gobernantes y hacedores de políticas públicas en América Latina durante las dos últimas décadas. Como lo dije al final del Capítulo 1, cada vez hay más consenso con respecto a la idea de que las instituciones son importantes para lograr cambios en materia de desarrollo económico, pacificación social, fortalecimiento democrático, lucha contra la corrupción, apaciguamiento de la violencia, etc. (Rodríguez & Portes, 2012).

194. Para una visión crítica de las relaciones conflictivas entre justicia y paz en los países que tienen conflictos armados, ver el interesante análisis que hace Iván Orozco (2005).

195. Para una revisión crítica del impacto que ha tenido el institucionalismo en las ciencias sociales y en las políticas públicas ver Alejandro Portes (2005); Portes y Smith (2010).

Finalmente, durante las últimas décadas los movimientos sociales (sobre todo los llamados *nuevos movimientos sociales*)¹⁹⁶ han ido descubriendo que el derecho no necesariamente funciona como un instrumento de dominación en manos de la clase dominante y que puede, eventualmente, tener una dimensión emancipatoria (ver Capítulo 6). El uso de esta dimensión ha sido particularmente notorio en países como Brasil y Colombia y más recientemente en Bolivia y Ecuador con la promulgación de sus nuevas constituciones.¹⁹⁷ El movimiento de los campesinos que luchan ante los tribunales brasileños por la tierra y los avances del llamado *uso alternativo del derecho* entre los jueces y los académicos del Brasil le han dado a esta dimensión emancipatoria una relevancia particular en el continente.¹⁹⁸

Así pues, últimamente los activistas, abogados y jueces han puesto en el derecho una buena dosis de esperanzas de cambio social alrededor del mundo. Esto ha dado incluso lugar a una suerte de ilusión desbordante sobre el potencial emancipador que tienen los derechos consagrados en las constituciones. Así por ejemplo, Julieta Lemaitre Ripoll, defiende el fetichismo legal como una fantasía emocionante producida por el derecho progresista y a partir de la cual se puede luchar por el mundo que queremos (2009, p. 385). Entiendo esta perspectiva, incluso esa emoción y soy consciente de la importancia política que tiene tal entusiasmo. Sin embargo, no hay que olvidar que, como se dice, el mundo da muchas vueltas y que nada impide que el día de mañana nos veamos de nuevo en una situación en la cual el uso simbólico predominante

196. Al respecto ver el documento *Sociedad de emergencia. Acción colectiva y violencia en Colombia* (García Villegas, 2005b).

197. Un análisis de estas reformas puede verse en: Uprimny (2011a), Gargarella (2011), B. de S. Santos (2010) y Sandoval, 2012).

198. Al respecto ver, Carlos Antonio Wolkmer (1988), Oliveira (1991, 2003) y B. de S. Santos y Rodríguez (2005).

esté de lado de la dominación y no de la emancipación, incluso en los movimientos sociales. Quizás para quienes cumplimos 25 años en la década de los ochenta sea más difícil gozar del derecho como goza Julieta y como gozan muchos otros jóvenes latinoamericanos que luchan con entusiasmo porque los derechos constitucionales sean una realidad. Para quienes vivimos los tiempos aciagos de la Guerra Fría y el estado de sitio, quizás sea más difícil abandonar la idea de que el derecho puede ser también un instrumento eficaz de dominación y despotismo. Las cosas han cambiado pero no tanto como deberían; y a veces parece como si nada hubiese cambiado. Hoy los motivos para desconfiar del derecho pueden ser tan fuertes como los motivos que tenemos para desconfiar del poder político y de los gobernantes de turno. De ahí lo difícil que es descalificar ciertas protestas populares que se hacen en contra del derecho y de las instituciones¹⁹⁹ y también lo difícil que es resistirse al desencanto (como el de Oscar Mejía) en relación con los derechos y las luchas políticas que se fundan en ellos.

Dicho esto, no hay que desconocer que los cambios que se han señalado han sido importantes y la percepción del derecho y de las instituciones suelen ser hoy menos descalificadora e intransigente que hace veinte años. Cuando se hizo la investigación que dio lugar a la primera edición de este libro, al final de la Guerra Fría, una visión optimista y moderadamente emancipadora, como la que se acaba de describir (fundada en el derecho internacional) era casi impensable.

199. Prueba de la mayor visibilidad del derecho es el hecho de que hay un debate importante hoy sobre la desobediencia al derecho en el continente; al respecto ver, Gargarella (2005); Bergman, (2009); Girola, (2009). Igualmente ver, García Villegas, la última parte del libro *Normas de Papel* (2009) y ver debate entre García Villegas y el padre jesuita Javier Giraldo, defensor de derechos humanos, sobre su objeción de conciencia frente a la justicia colombiana. Disponible en web: <<http://bit.ly/Rdhjpr>>.

Conclusión

En este capítulo intenté ilustrar algunas interpretaciones sobre la manera como lo simbólico se relaciona con el poder político y con los movimientos sociales que propenden por los derechos y por el cambio social. Espero que el lector haya percibido esta adhesión a las visiones de lo simbólico como campo desigual de lucha por la fijación del sentido de los textos jurídicos. El derecho, a mi juicio, sirve para afianzar la dominación y la defensa de intereses dominantes, pero, dado que no es un instrumento que opera en una realidad que le es externa, sino que es un elemento constitutivo de la realidad social, eventualmente puede ser utilizado por grupos subordinados para ganar batallas que en principio estaban destinadas a ser ganadas por gobiernos y grupos de poder dominantes. La lucha por el derecho y por los derechos no es una lucha destinada a la victoria ineluctable de aquellos que dominan. Es una lucha y en ella pueden también, a veces, ganar los subordinados, como lo muestran algunos de los casos que se estudian en la segunda parte de este libro.

Que el balance de esa lucha termine siendo favorable a los poderosos o a los subordinados, es, en todo caso, algo que depende del contexto espacial y temporal en el cual se hace dicho balance. Siendo así, quizás no sobre agregar que a finales de los años ochenta —y digo esto en términos generales— había buenas razones para mirar las luchas jurídicas de los movimientos sociales, sobre todo en América Latina, con gran escepticismo. Esta situación ha cambiado en los últimos veinte años: si bien el triunfo de las luchas de los subordinados por hacer efectivos sus derechos están lejos de tener una victoria asegurada, hoy en día la estrategia que consiste en obtener ventajas políticas a través de la producción de derechos meramente simbólicos ha perdido la fuerza que tenía hace veinte años.

Dicho esto, creo que debemos ir más allá del debate ideológico entre posiciones optimistas y posiciones pesimistas sobre la capacidad del derecho para producir cambios sociales (una discusión que entre nosotros reproduce el debate ideológico entre liberales y marxistas sobre el derecho) y concentrarnos en comprender las condiciones bajo las cuales las normas jurídicas pueden o no producir esos impactos. Eso supone fomentar la investigación empírica (y las herramientas teóricas) y el estudio de los múltiples elementos sociales, políticos y económicos que intervienen en la interpretación y aplicación de normas en contextos específicos.²⁰⁰

200. Esto es algo que se viene haciendo en la sociología jurídica estadounidense desde hace varias décadas. Al respecto ver la impresionante revisión bibliográfica que hace Robin Stryker sobre el impacto del derecho en la reducción de la inequidad social (2007). Entre nosotros, ver Albarracín & Lemaitre Ripoll, (2011); Barreto & Ariza (2001); Figuroa (2012); Pérez Correa (2012); Rodríguez et al., (2005); Rodríguez (2012).

CAPÍTULO 8

TIPOS DE EFICACIA SIMBÓLICA

Tout le malheur des hommes vient de l'espérance.

ALBERT CAMUS, *L'Homme révolté*

Desde una perspectiva teórica es posible diferenciar dos tipos de eficacia simbólica. El primero se refiere a normas concebidas para no tener la eficacia instrumental que anuncian sus textos. A este tipo lo denominaré *eficacia simbólica originaria*. El segundo se refiere a normas destinadas a cumplir con sus objetivos pero que, en el curso de su interpretación y aplicación, terminan adquiriendo otros objetivos no declarados. Llamaré *eficacia simbólica derivada* a este segundo tipo.²⁰¹ A continuación explico cada uno de ellos.

Eficacia simbólica originaria

No todo lo que se promulga en el derecho está destinado a aplicarse, o por lo menos a aplicarse en el sentido que dicen las normas; una buena parte de lo que se crea en el mundo jurídico busca responder a las demandas ciudadanas de que el Estado intervenga y regule un determinado asunto. Muletillas de los gobernantes tales como “se tomarán las medidas...”, “emprenderemos las acciones necesarias...”, “haremos lo indispensable...”, muchas veces se concretan, en la práctica, a través de la producción de normas dotadas de eficacia meramente simbólica. Hacer, tomar, emprender

201. En la práctica, en cambio, estos modelos casi nunca corresponden a su versión teórica o pura, generalmente aparecen combinados entre sí.

son acciones que terminan reducidas al verbo publicar. La promulgación sirve entonces de canal de comunicación entre un sistema social productor de demandas y un sistema político llamado a dar respuesta a estas demandas. Así, la norma se convierte en una respuesta política derivada del orden del “hacer-crear”, es decir de las representaciones, y no al orden del “hacer-hacer”, es decir de la acción, tal como se pretende desde un punto de vista jurídico.

Así pues, a veces el derecho se crea para hacer pensar que la realidad ha cambiado con el simple hecho de consagrar dicho cambio. En este caso, el poder del derecho es el poder de decir el derecho: “decir es hacer”.²⁰² El simple hecho de comunicar una decisión a través de la promulgación (del bando, por ejemplo) es ya un hecho, social o políticamente relevante.²⁰³ Como se explicó en el Capítulo 2, las normas no siempre se promulgan para ser aplicadas; a veces se crean solo para ser promulgadas (a veces también se crean para las dos cosas). La ineficacia instrumental no siempre es el resultado de un “fracaso” (falta de recursos, de comunicación, imprevistos,

202. Aquí se hace referencia a la llamada eficacia performativa del lenguaje y, en particular a las “expresiones realizativas” (*performative utterances*) en las cuales no interesa la expresión como tal, sino el acto que se deriva de ellas. Expresiones de este tipo son por ejemplo aquella del rector cuando dice, “declaro abierta la universidad”; o la de un contrayente cuando afirma “sí acepto”; o la de un juez cuando señala, “el acusado es declarado culpable”. En estos ejemplos, la apertura de la universidad, el vínculo matrimonial y la condena se realizan en el hecho mismo de la declaración; yo juro diciendo “yo juro”; dicha declaración no está sujeta a discusión o verificación posterior por parte del destinatario; su eficacia depende exclusivamente del contexto en el que se lleven a cabo y de las calidades del que pronuncia tales expresiones. Al respecto ver Austin (1962).

203. Murray Edelman sostiene que, por lo general, las normas con menos posibilidades de eficacia son aquellas que más publicidad obtienen y las que menos publicidad obtienen son generalmente las más eficaces (1964, p. 26). Por su parte Boaventura de Sousa Santos analiza la crisis del proyecto moderno de regulación como una crisis del derecho estatal, general y abstracto, más centrado en la promulgación de los derechos que en la aplicación de los mismos (1989, p. 8).

torpeza administrativa, etc.) sino un acto político deliberado y previsto por los creadores de la norma.

Este primer tipo de eficacia simbólica se caracteriza por perseguir objetivos a través del acto mismo de su creación. Son normas instrumentalmente ineficaces (por lo menos en relación con aquello que pretenden conseguir) pero no por ello inocuas. Tienen efectos sociales, solo que estos se reducen al impacto simbólico que produce la promulgación de sus enunciados. El texto mismo de la norma es concebido con la intención de desconocer su objetivo instrumental explícito. Son normas que crean el discurso que luego desconocen y ello no sucede como resultado de una torpeza o una falta de cautela, sino como un acto deliberado, a través del cual se consiguen otros propósitos diferentes a los plasmados en la norma.

A través de este tipo de eficacia simbólica los gobiernos reducen el impacto de las políticas públicas, implementadas a través del derecho, a la política de impacto mediático, implementada a través de la publicidad del derecho.²⁰⁴

Ahora bien, el objetivo que produce este tipo de eficacia simbólica enunciativa puede ser muy variado. Aquí distingo seis objetivos simbólicos que me parecen los más frecuentes: (1) *reificar* la realidad social, (2) deslegitimar a un actor social, (3) consagrar un valor o un deber, (4) diferir una decisión, (5) esconder otro propósito y (6) figurar un valor, un principio, una realidad. Si distingo estos objetivos es por razones analíticas; en la práctica, sin embargo, las diferencias

204. Dado que, cuando no se logra eficacia instrumental, los efectos simbólicos de la promulgación se van desvaneciendo a medida que pasa el tiempo, es necesario reemplazar esas normas con otras que reviven la ilusión de que la realidad ha cambiado. Este carácter efímero de la eficacia simbólica tiene mucho que ver con el fenómeno de la inflación jurídica. Andrés Botero se refiere a esto con el concepto de *síndrome normativo*, con el cual indica la sobreproducción normativa como forma de gobierno (2010c).

pueden no ser tan claras y una misma norma puede buscar dos o más de estos objetivos al mismo tiempo.

Reificar o normalizar algo²⁰⁵

En ocasiones las normas jurídicas se producen para normalizar una realidad que no tiene nada de normal. Con la ayuda del derecho tenemos la impresión de que el sentido del mundo responde a un orden necesario: la repetición de lo que ocurre parece desvanecer la contingencia, de tal manera que nos vemos inclinados a pensar que el mundo en que vivimos, con todas sus relaciones de sobre determinación, es algo natural, objetivo.²⁰⁶ La violencia se vuelve turbia, borrosa, deja de verse (Michaud, 1978, p. 11): si las personas no se desploman en las calles, o no explotan en los aviones, o no mueren en campos de batalla intempestivos, lo violento no se aprecia. Las injusticias que tienen lugar durante un largo período y en la extensión de un espacio inabarcable, no se ven: el hambre, la oscuridad de una celda, la imposición del silencio, son visibilidades opacas de las cuales se habla poco, porque se ven poco.

Algunos de los estudios de caso analizados en este libro ilustran bien este tipo de normas. Así por ejemplo, durante el período de la “guerra contra el narcotráfico” que enfrentó a los gobiernos de los presidentes Betancur y Barco contra las mafias de la droga, se expedieron numerosos decretos que respondían a este tipo de eficacia. El Decreto 580 del 31 de agosto de 1989 por medio del cual se impuso el toque de queda en la ciudad de Medellín no tenía

205. Para una explicación de este concepto en el derecho, ver Gabel (1980).

206. Esta confianza espontánea en el sentido del discurso es lo que Tzvetan Todorov llama principio de pertinencia: en nuestra comunidad lingüística —dice— se parte de la base de que la palabra está motivada, que no se habla por hablar, o por cumplir un rito, “sino para la utilidad del locutor, del destinatario o de un tercero...” (1986, pp. 24-25).

el propósito (ni la capacidad) de impedir la colocación de bombas por parte del Cartel de Medellín, sino más bien de ganar una batalla psicológica en favor de las autoridades locales, de tal manera que la ciudadanía tuviera la impresión de que ellas estaban tomando las medidas necesarias para enfrentar la criminalidad.

Otro ejemplo de este tipo de normas puede ser el Decreto 2929 de 1985 por medio del cual el Gobierno colombiano reformó el sistema financiero. Mientras el objetivo explícito del decreto se refería a la necesidad de democratizar el sistema, es decir en hacerlo más incluyente, menos concentrado, de tal manera que beneficiara a más personas, los especialistas en la materia estuvieron, en su gran mayoría, de acuerdo en afirmar que el propósito esencial del decreto consistía en salvar al sistema de la quiebra a través de la socialización de sus pérdidas, lo cual se justificaba al interior del Gobierno con el célebre argumento de “son demasiado grandes para dejar que se caigan” (argumento mundial y tristemente conocido como el *too big to fail*). Era pues una manera elegante y desinteresada de presentar un objetivo mundano y con beneficiarios claros y específicos.

Un ejemplo más es el siguiente: con la elección del presidente colombiano César Gaviria terminó el período de la “guerra contra el narcotráfico” que se impuso durante la presidencia de Virgilio Barco. La primera manifestación de este cambio se presentó el 5 de septiembre de 1990 con la expedición del Decreto 2047, por medio del cual se ofrecían rebajas considerables a los narcotraficantes que se entregaran a la justicia y confesaran delitos de tráfico de drogas cometidos hasta el 1° de septiembre de 1990. Con este decreto, el Gobierno tenía el propósito de someter a la justicia a los miembros del Cartel de Medellín y a sus grupos paramilitares de apoyo. En vista del fracaso de dicho propósito y de la eventualidad de una entrega de los miembros del Cartel, se expidió un segundo decreto, el 3030 de 1990, en el cual se eliminó la fecha límite para

la confesión de delitos. De esta manera, se logró la entrega de los hermanos Ochoa, miembros reconocidos del Cartel. Desde entonces aumentó la esperanza de la entrega de Pablo Escobar, símbolo indiscutido del Cartel, a las autoridades. Se intensificaron entonces las conversaciones entre intermediarios gubernamentales y abogados defensores de Pablo Escobar. Resultado de estas negociaciones es el Decreto 303 de 1991, por medio del cual la rebaja de penas dejó de estar condicionada por un delito relacionado con narcotráfico. Cualquier delito podía ser confesado. Tres meses más tarde se entregó Pablo Escobar. Parece evidente que estos decretos tenían menos el propósito de punir a los narcotraficantes que de negociar con ellos, si bien este objetivo nunca fue confesado.

Hay muchos otros ejemplos. Las normas que consagran valores muy apreciados por la sociedad, entre los cuales se encuentran la protección de los derechos sociales, la defensa del medio ambiente, la equidad entre los sexos (ley de cuotas), el respeto de las minorías, la seguridad ciudadana, la defensa de la soberanía nacional, y un larguísimo etcétera, suelen terminar siendo símbolos políticos que operan en el orden de las representaciones mentales, más que instrumentos jurídicos destinados a llevar a cabo aquello que sus normas consagran. Así por ejemplo, las normas contra la corrupción se expiden a veces con la idea de transmitir la imagen de que se está luchando de manera efectiva contra ese flagelo. Según lo señala Uberhofen, los países con mayores índices de corrupción son aquellos con mejores estatutos jurídicos destinados a luchar contra la corrupción (Uberhofen, 1997).²⁰⁷ Eso se puede deber, claro está, a que allí, en esos países esos estatutos son más necesarios; sin embargo, también es muy probable que en esa mayor producción jurídica exista un propósito de reificación como el que aquí vengo explicando.

207. Un argumento similar es desarrollado en Botero (2004).

Deslegitimar a un actor social

Otras veces el propósito simbólico es más específico y busca deslegitimar un actor social. Son muchas las normas del derecho penal que se expiden con la intención de, como dicen los criminólogos críticos, imponerles una etiqueta peyorativa a ciertos actores sociales (por ejemplo, consumidores de ciertas drogas) o ciertas organizaciones contestatarias, criminales o terroristas.²⁰⁸ Esto es lo que hace el llamado *populismo punitivo*, el cual consiste en aumentar la severidad de las sanciones penales con el objeto de responder a las demandas populares de castigo, pero sin que de esta medida se espere una verdadera reducción del crimen (Gusfield, 1963). Las sanciones ejemplarizantes contra violadores, asesinos de menores, o incluso contra los conductores ebrios, son tan populares como ineficaces.²⁰⁹ Su razón de ser está en esa popularidad, no en su eficacia.

208. La criminología crítica parte de una visión del delito fundada en la teoría social del conflicto (marxismo, feminismo o teoría crítica) e interesada en mostrar cómo el crimen es una construcción social originada en las desigualdades sociales, un producto de la opresión social que afecta principalmente a los pobres, a las minorías y a los marginados. Al respecto, ver Baratta (1986). Más recientemente ver Feeley, M., & Kamin, S. (1996). 'The Effect of "Three Strikes and You're Out" on the Courts: Looking Back to See the Future. In D. Shichor & D. K. Sechrest (Eds.), *Three Strikes and You're Out: Vengeance as Public Policy*. Thousand Oaks: Sage Publications. Sutton, J. (2013). Symbols and Substance: Effects of California's Three Strikes Law on Felony Sentencing. *Law and Social Inquiry*, 47(1), 37–71.

209. La literatura empírica es consistente acerca de la ausencia de una asociación estadística relevante entre la severidad de la pena y un efecto de disuasión en el comportamiento criminal. Salvo excepciones en casos particulares, la mayoría de estudios muestran que el aumento de penas no tiene un efecto significativo (o en algunos casos, un efecto que sí es significativo, es muy bajo) sobre la decisión de potenciales criminales a infringir la ley. Al respecto ver Iturralde (2010); Durlauf & Nagin (2011).

El ejemplo más monumental de esta estrategia es la llamada guerra contra las drogas emprendida en Estados Unidos desde Richard Nixon y extendida por todo el mundo, con resultados lamentables en términos de eficacia instrumental, si se tiene en cuenta el dinero invertido y los daños causados por esa guerra (García Villegas, Espinosa, & Jiménez, 2013; Uprimny et al., 2012b). Se trata, como parece haber consenso hoy en día entre la comunidad académica, de una guerra que ha fracasado y ello debido a que se alimenta de la misma prohibición: a mayor represión más florece el mercado ilegal (Nadelmann, 2003). No obstante, en el prohibicionismo parece pesar más el tamaño ilusorio del enemigo que se quiere atacar y la eficacia simbólica de esa guerra (Nadelmann, 1998) que el propósito de propender por una sociedad más saludable y libre de drogas.

Lo terrible es que los efectos nefastos de esa guerra, en términos de corrupción y captura institucional (García Villegas & Revelo Rebolledo, 2010; López, 2010) se extienden sobre todo a los países productores de drogas ilícitas.

El tema específico del consumo de drogas ilícitas suele ser una fuente particularmente rica de *eficacia simbólica originaria*. En el año 2009, por ejemplo, el presidente Álvaro Uribe adelantó una reforma constitucional para penalizar el consumo de drogas, lo cual fue muy bien recibido por la opinión pública. Sin embargo, cuando escribo esto, casi cuatro años más tarde, dicha reforma aún no ha sido reglamentada. De otra parte, esa misma indeterminación — como bien lo explican Julieta Lemaitre Ripoll y Mauricio Albarracín (2010)— produjo un aumento impresionante de las capturas de consumidores, los cuales eran, por lo general, liberados al cabo de unas horas y, además, no representó un cambio significativo en la lucha contra los carteles de la droga. Todo indica que en esta reforma jugó más el intento de reivindicación política conservadora del presidente Uribe en contra del liberalismo político de la Corte

Constitucional, que el propósito de controlar el consumo de drogas ilícitas (Iturralde, 2010; Uprimny, Guzmán & Parra, 2012a).

Las leyes contra los inmigrantes ilegales en Estados Unidos (no solo allí, claro está) son otro buen ejemplo de este tipo de eficacia simbólica. La agencia federal encargada de la lucha contra la inmigración ilegal es vista como la más ineficaz de todas las agencias federales en Washington (Crewdson, 1983). Su presupuesto aumenta en la misma proporción que su incapacidad para controlar la inmigración. Semejante contradicción se explica por el hecho de ser una agencia atrapada en una contradicción estructural: necesita satisfacer una opinión pública nacional hostil a la inmigración ilegal, por un lado, y no puede atentar contra un mercado local que necesita de la mano de obra barata de los inmigrantes, para hacer negocios. La ley está hecha para satisfacer estos dos propósitos irreconciliables. Esa contradicción explica que la ley exista pero no resuelva el problema (Calavita, 2010, p. 102).

Un ejemplo final, esta vez contra los sindicalistas. En 1991 se expidió en Colombia el Decreto 943 con el propósito explícito de reducir el consumo de gasolina por medio de la imposición de una serie de restricciones, entre las cuales se encontraba la de prohibir la circulación de vehículos particulares en ciertos días de la semana, según el número par o impar de la placa. La norma se expidió en medio de una tensa situación de crisis laboral entre la empresa estatal Ecopetrol y el sindicato de esa empresa, el cual había decretado la “operación tortuga” para presionar la negociación de la Convención Colectiva, todo ello agravado por numerosos atentados y sabotajes de la guerrilla en supuesto apoyo del sindicato. Una vez promulgado el decreto, el cual implicaba una fuerte restricción de la libertad para los propietarios de vehículos, se desató una enorme presión de la opinión pública contra el sindicato, coadyuvada por el mismo Gobierno. El descrédito del sindicato frente a la opinión pública, debido en buena parte a su supuesta vinculación con el mo-

vimiento guerrillero, determinó un levantamiento de la “operación tortuga” y una rápida negociación con el Gobierno, lo cual impidió la aplicación del Decreto 943. Salió entonces a relucir el objetivo implícito, simbólico, del Decreto 943: desacreditar el sindicato y, por esa vía, propiciar un instrumento para precipitar la negociación.

Consagrar un valor o un deber

Hay otras situaciones en las cuales el propósito del derecho consiste en declarar un valor, un principio o una consigna, con el fin primordial de que se consagre tal cosa. Aquí se pueden distinguir dos casos. El primero de ellos ocurre cuando existe un conflicto entre posiciones irreconciliables sobre un asunto de moral pública de gran envergadura, como el aborto, la eutanasia, o el consumo de ciertas drogas. Puede suceder que este debate encuentre una solución en un acuerdo entre las partes en conflicto que consiste en que se condena la conducta pero no se castiga a nadie por ese hecho. Eso fue lo que ocurrió, por ejemplo, en Bélgica cuando existía una norma que penalizaba el aborto pero que durante los últimos diez años de su vigencia, hasta 1989, nunca fue aplicada. Semejante distorsión, entre validez y eficacia, encuentra su explicación en la consabida pugna que allí tiene lugar, entre dos comunidades lingüísticas (valones y flamencos). En este caso, los representantes de la comunidad flamenca —con una fuerte tradición católica— se opusieron a la eliminación de la norma que penalizaba el aborto. Los representantes de la comunidad valona, en cambio, propugnaban por la eliminación de dicha sanción. En este enfrentamiento las partes encontraron un punto de equilibrio en el derecho mismo: la norma se mantuvo —y ello significó una concesión de parte de los valones— pero al mismo tiempo, a través de la interpretación judicial, existió un acuerdo tácito para no aplicar la sanción correspondiente.²¹⁰

210. Sobre las implicaciones de este ejemplo ver Ost y Van de Kerchove (1987).

Otro ejemplo puede encontrarse en el prefacio de la Constitución colombiana de 1886: allí se hacía referencia a Dios, al pueblo, a los partidos políticos y a la Iglesia católica, uniendo todos estos elementos en una serie de relaciones confusas y ambivalentes a través de las cuales se intentaba establecer el fundamento del poder político. Basta con repasar la historia de los debates que dieron lugar a la adopción de esta norma para comprender cómo el verdadero sentido del texto se encontraba en su intención de acoger, en una especie de consenso, las distintas posiciones ideológicas contrarias presentes en la asamblea constituyente de finales del siglo pasado y no en su capacidad para determinar un tipo consistente de interpretación constitucional. Según esto, el preámbulo no podía ser entendido como una norma que fijaba los derroteros para la interpretación futura de los demás artículos de la Constitución (como dice el derecho constitucional), sino más bien como la huella de un compromiso político; como el resultado de una batalla librada en el orden del decir, en el orden de las palabras, no de las acciones. El prefacio no se redactó para ser aplicado; se redactó para ser dicho; para que quedara como testimonio de un acuerdo. Gracias a este texto, sin valor jurídico instrumental, las partes en pugna se pudieron poner de acuerdo y la *paz* fue, hasta cierto punto, posible.

Algo similar ocurrió en la Constitución de 1991 con el término *paz*. La indeterminación del significado de *paz* permitió que existiera un gran consenso político alrededor de la Constitución, como lo muestra Julieta Lemaitre Ripoll (2011b).²¹¹

El segundo caso se presenta cuando la imposibilidad de que la norma se aplique es simplemente fáctica y ello debido a la exis-

211. “La palabra *paz*, dice Lemaitre, repetida hasta el hastío desde el primer día de la Asamblea, llegó al 4 de julio convertida en el más intangible de los derechos, el derecho a la paz del artículo 22, ejemplo de todas las formas en las cuales el derecho, los derechos, pueden significar nada, generando acuerdos vacíos entre enemigos políticos e ideologías opuestas” (2011b, p. 16).

tencia de una costumbre o de una cultura ampliamente difundida y contraria a lo dispuesto por la norma. Esto ocurre, por ejemplo, con el contrabando de gasolina en el territorio de La Guajira, en la frontera entre Colombia y Venezuela. Se trata de una práctica tan arraigada en la población y con incentivos tan fuertes para mantenerse en pie (originados en la diferencia de precios de la gasolina en los dos lados de la frontera entre Colombia y Venezuela), que las normas que prohíben el contrabando solo tienen una eficacia simbólica. El derecho no puede dejar de prohibir esa práctica (no puede legalizar el contrabando) pero tampoco puede hacer efectivo lo que consagra. Así las cosas, las normas jurídicas terminan siendo un símbolo que reivindica un deber ser, aunque no pueda hacer nada para hacerlo efectivo. Aquí estamos ante el mismo mecanismo simbólico que se utilizaba para conciliar *derecho y realidad social* en los tiempos de la Colonia española y que se expresaba en la célebre fórmula *se obedece pero no se cumple*, queriendo con ello decir que se aceptaba el derecho, con todas sus autoridades y majestades, pero que dadas las circunstancias, difíciles, excepcionales, en las cuales se aplicaba, no se podía cumplir (García Villegas & Espinosa, 2013; García Villegas, 2009).

Algo similar ocurre con las normas destinadas a proteger los derechos de autor y que conducen, en muchos países, a prohibiciones tales como copiar archivos o textos en Internet, lo cual va en contravía de prácticas sociales que legitiman una buena parte de tales conductas (Calavita, 2010, p. 95).

Diferir la decisión

A veces el propósito simbólico consiste en aprender de lo que ocurre en una realidad que causa incertidumbre, para luego poder introducir una regulación solicitada por la opinión pública. Cuando hay muchos intereses enfrentados y no se tiene claridad acerca de cuál

de esos intereses debe ser privilegiado, el Estado expide normas que supuestamente resuelven el conflicto pero que, en la práctica, solo buscan aplazar la solución en espera de tener una mayor claridad sobre el asunto, o simplemente aprender de la manera como los actores sociales se comportan frente a una regulación determinada. Esto sucede, por lo general, en temas nuevos, de tipo técnico, médico, científico, etc., en los cuales el creador de la norma no tiene una noción clara sobre la orientación que debe darle a la regulación, pero se ve obligado a expedir un texto jurídico debido a la presión social para que se regule el tema, o simplemente motivado por el interés de conocer la manera como se desarrollará una determinada situación frente a la regulación jurídica. En estos casos, de manera deliberada, se hace uso de la vaguedad, de la indeterminación, o incluso de la inexistencia de objetivos precisos, con el fin de responder a la demanda social de reglamentación. La norma se crea para “ver cómo”, para “tantear el terreno”, para “hacerse a una idea”, para pretender buscar un objetivo y, en consecuencia, para definir el interés que debe salir favorecido. La eficacia simbólica opera aquí como un preámbulo de la eficacia instrumental.

Esconder otro propósito

A veces las normas son expedidas con el propósito de esconder un objetivo instrumental que resulta políticamente incorrecto. Quizás el ejemplo más famoso sea el de las leyes contra la vagancia, ideadas en Inglaterra desde el siglo XIV, luego implementadas en Estados Unidos y cuya función primordial era, con frecuencia, la de resolver un problema de mano de obra. Más concretamente, las leyes contra la vagancia fueron utilizadas en el sur de Estados Unidos después de la guerra civil (finales del siglo XIX) y hasta la Segunda Guerra Mundial, según lo explica Douglas Blackmon en un reciente libro, para mantener un sistema de neo-esclavitud (2008).

Es difícil excluir la posibilidad de que algunas leyes penales que afectan de manera drástica a la población más pobre, como por ejemplo las normas contra el consumo de drogas ilícitas baratas (crack o “basuco”), las normas que regulan las ventas ambulantes en las grandes ciudades de América Latina o las normas que establecen la prestación del servicio militar obligatorio, todas ellas de gran afectación para los más pobres, sean hechas y sobre todo aplicadas con el propósito, entre otros, de controlar a dichas poblaciones.

Figurar algo

Algunas normas poseen un tipo de aplicación que se reduce deliberadamente a la difusión de un símbolo. Se trata de normas que cumplen la función de crear una representación a partir de la definición de un estado de cosas o de la promoción de un valor. Su carácter simbólico no proviene de la disociación estratégica entre los objetivos explícitos y los objetivos logrados, sino del hecho de promover, como objetivo explícito, un símbolo cuya aplicación se logra con su mera enunciación. Aquí la eficacia instrumental y la eficacia simbólica son una misma cosa. Este es el caso de normas que otorgan honores a ciertas personalidades en razón de méritos, servicios, coraje, etc. También aquellas que definen en el tiempo un sentimiento nacional o patrio; igualmente de normas que decretan un período de duelo, o un período de regocijo nacional.

Por último, a veces las normas están destinadas a crear o cambiar ciertos significantes; es el caso de normas que cambian, por ejemplo, el nombre de una ciudad o de una provincia, o que nombran un objeto, ya sea un puente, un barco, etc. Tal es el caso del artículo 322 de la Constitución colombiana de 1991 que cambió el nombre de la capital, Bogotá, por el de Santa Fe de Bogotá. En las ciudades colombianas es muy frecuente encontrarse con edificios, puentes, plazas, etc., con nombres de dirigentes políticos o de personalidades cívicas. En México cursa actualmente (finales del 2012) una

reforma constitucional para cambiar el nombre de Estados Unidos Mexicanos por el de México, lo cual entraña un mensaje nacionalista en la medida que se elimina las similitudes con su respectivo país vecino del norte.

Quizás no sobre decir que los objetivos antes descritos no son excluyentes. Una norma puede estar destinada a *reificar* una realidad social a través de la consagración de un valor; es posible encontrar normas que escondan un objetivo instrumental políticamente incorrecto en un momento dado y que al mismo tiempo impliquen la deslegitimación de un actor social, etc.

Eficacia simbólica derivada

Un segundo tipo de eficacia simbólica agrupa aquellas normas que fueron concebidas con la intención de lograr eficacia instrumental pero que, en el proceso de aplicación, por diferentes razones, terminan teniendo una eficacia meramente simbólica. El elemento esencial aquí consiste en la apropiación política del sentido por parte de las instancias encargadas de interpretar, reglamentar o aplicar la norma, lo cual se logra a través de la desviación de objetivos.

La desviación de objetivos se suele originar en la falta de comunicación entre las instancias creadoras y las instancias aplicadoras del derecho.²¹² Quizás esta sea la causa principal del fracaso instrumental del derecho. Pero las implicaciones de dicha falta de comunicación no terminan ahí: en numerosas ocasiones la separación entre la práctica de elaboración del derecho y la práctica de aplicación es utilizada políticamente por los sujetos encargados de ambas prácticas para implementar unos objetivos cuyo éxito depende de la existencia de dicha separación. En otros términos, la desviación de

212. También puede ocurrir (como me lo indicó Andrés Botero) con un cambio en la cultura jurídica, lo cual hace que ciertas normas, por ejemplo del Código Civil, pierdan eficacia.

los objetivos explícitos propuestos por los creadores no siempre se explica a partir de la maquinación política ideada por ellos; en ocasiones la desviación es el resultado de una disociación funcional entre el orden o la práctica del decir y el orden o la práctica del hacer, lo cual permite que cada instancia se ocupe de las exigencias internas de su ámbito de acción, respondiendo a los objetivos propios de su ámbito y desconociendo toda sincronía entre ambas prácticas.

Los partidos políticos, y muy especialmente el órgano legislativo, son los principales productores de este tipo de eficacia. El sistema electoral establece una negociación entre promesas y votos. Algunas o muchas de las promesas no pasan de ser eso, simples promesas, y esta es la causa por la cual se piense que los políticos nunca cumplen nada. Sin embargo, esto no es del todo cierto; los políticos de profesión cumplen buena parte de sus ofertas electorales haciendo de ellas verdaderas normas del ordenamiento jurídico. Si la norma no se traduce en lo prometido, de ello no hay que culpar al partido o a su representante, el cual se mantiene en el ámbito de lo discursivo. Es por esto que los parlamentos son una fuente importante de promesas convertidas en normas eficaces solo simbólicamente, y es por eso también que la administración y los jueces se convierten en filtros que dejan pasar solo aquella parte de la promesa que económica o políticamente pueden pasar.

Se presenta aquí una división del trabajo que, repito, consiste en separar la función de lo “decible” o enunciable, de la función de lo practicable: por un lado, un discurso que no puede dejar de hacer referencia a la comunidad, a la unidad social, a la integración; por otro lado, un conjunto de prácticas que no pueden dejar de imponer criterios de control, de separación, de distribución, necesarios para el buen funcionamiento de una sociedad agobiada por sus conflictos sociales y políticos.²¹³

213. La primera edición de este libro tenía un capítulo sobre la distribución del espacio público en Medellín que ilustra bien este punto (García Villegas, 1993).

Así, como se indicó en el Capítulo 3 de este libro, la eficacia simbólica funciona como un colchón que permite conciliar las ilusiones con las necesidades. Por su intermediación se logra un espacio social posible entre la esperanza y la fatalidad. La eficacia simbólica hace posible que en América Latina convivan constituciones fantásticas (repúblicas aéreas, como diría Bolívar) con realidades que son estructuralmente muy difíciles de cambiar. Es una fórmula que cumple una función similar a la vieja sentencia, *se obedece pero no se cumple*. Si no existiera la eficacia simbólica, la sociedad caería en uno de estos dos extremos, ambos igualmente imposibles desde el punto de vista sociopolítico: aceptar, por un lado, que la costumbre a través de la cual se impone la dominación, la injusticia y la jerarquización social, es la que prevalece en la realidad y que por lo tanto el derecho y las ilusiones de cambio no valen nada o, por el contrario, hacer realidad lo que el derecho dice, lo cual implica una revolución social y económica que las élites y los poderes dominantes no estarían dispuestos a permitir. Ninguna de estas dos situaciones es probable: la primera porque el Estado necesita de una legitimación legal que solo puede encontrar en un derecho dotado de contenidos justos e igualitarios, y la segunda porque en una sociedad desigual y disgregada el derecho igualitario y justo solo puede ser, al menos en una buena medida, una aspiración social.

En síntesis, ese uso simbólico se logra a partir de una especie de acuerdo no declarado entre creadores y aplicadores del derecho, cuyo contenido consiste en desconocer la importancia de la coordinación entre el trabajo de uno y el de otro. Así las cosas, la desviación de objetivos hace posible la realización de una práctica que no puede ser dicha y de un discurso que no puede ser practicado. En un sentido descriptivo, sociológico, la eficacia simbólica, más que una especie de virus que contamina el derecho, es una estrategia funcional dentro de las relaciones entre el derecho y la sociedad;

una estrategia que proporciona equilibrio y paz social entre el ideal comunitario y las necesidades de dominación política y económica.

Pero la falta de continuidad entre creación y aplicación no solo puede ser vista como el resultado de un acuerdo implícito, para resolver una situación en donde el derecho no puede ser, ni no ser. La disociación entre instancias creadoras y aplicadoras también puede ser observada como el resultado de una estrategia encaminada a lograr los beneficios simbólicos y de legitimación provenientes de la existencia del derecho, sin que ello implique asumir las cargas y los costos de su aplicación.

Así por ejemplo, hay normas reglamentarias que no están destinadas a ejecutar o a desarrollar la norma superior de la cual provienen, sino justo lo contrario, a inhabilitarlas. En el derecho existe un umbral de complejidad que, una vez sobrepasado, hace contraproducente la reglamentación y, en ocasiones, la pone al servicio de intereses no declarados en la norma. En estos casos, la especificidad y el detalle del reglamento no van dirigidos hacia el mejoramiento funcional del derecho, sino hacia la protección de intereses no contemplados en los objetivos explícitos del reglamento. Los autores del movimiento *Law and Economics* (derecho y economía²¹⁴) han estudiado bien este problema; muchas veces el derecho en lugar de facilitar las relaciones sociales las obstaculiza. A veces la mejor solución posible para resolver la conflictividad social, decía Ronald Coase, consiste justamente en hacer que el Estado no intervenga. La desviación de objetivos, que aquí se está tratando de mostrar, parte de ese hecho; es decir, de la obstaculización, en lugar de la

214. El movimiento *Law and Economics* nació en la década de los años sesenta, cuando el premio Nobel de Economía Roland Coase publicó su célebre ensayo *The Problems of Social Cost* (1960) y Guido Calabresi publicó sus textos sobre análisis económico de la responsabilidad jurídica (1970).

facilitación, de una solución a un problema social determinado; solo que aquí se hace con fines políticos, y no simplemente como un fracaso, que es como lo conciben los autores de *Law and Economics*.

Así pues, a veces los requisitos no tienen el propósito de llevar a la práctica los objetivos plasmados en una norma sino de impedir que dichos objetivos se cumplan. Un ejemplo de esto se encuentra en una norma de la Constitución colombiana que establece la posibilidad de la revocatoria del mandato. Se trata del artículo 103, el cual fue reglamentado por la Ley 134 de 1994. Según los artículos 64 y 69, para aprobar una revocatoria del mandato se requiere no solo que el 60% de los ciudadanos, que participen en la respectiva votación, la aprueben sino que, además, que el total de ciudadanos que participan sea superior al 60% de aquellos que participaron en la primera elección. Las condiciones que establece esta ley para el ejercicio de ese derecho son tan onerosas que el resultado práctico es la imposibilidad de hacer uso del derecho. Según una investigación reciente de la MOE (Misión de Observación Electoral) en veinte años se han presentado 2 iniciativas de revocatoria del mandato de gobernadores y 130 de alcaldes y ninguna ha prosperado.

De otra parte, muchas de las leyes que consagran derechos en América Latina (a la educación, o la salud, por ejemplo) terminan siendo limitadas o incluso anuladas a través de la normatividad destinada a reglamentarlas y ello debido a los costos económicos que representa para el poder ejecutivo la implementación de dichas leyes. Las extensas listas de derechos sociales generosamente consagradas en nuestras constituciones latinoamericanas han sido, con mucha frecuencia, instrumentos políticos de legitimación del poder más que normas jurídicas de protección de derechos (García Villegas, 2012). Sin embargo, como se intentó mostrar en el Capítulo 5, hay excepciones notables, lo cual indica que el derecho progresista puede tener una suerte opuesta a la prevén su creadores.

Algo similar pasa con muchas normas que consagran cambios justos, necesarios y deseables pero que en la práctica, por diferentes razones, terminan siendo normas de papel.²¹⁵ Así por ejemplo, los tratados de comercio justo, de la Organización Mundial del Comercio (OMC), como tantas otras normas del derecho al trabajo, establecen que cualquier “trato dado a una nación más favorecida” debe extenderse a los demás Estados miembros del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, conocido por sus siglas en inglés GATT (artículo 1 del GATT, 1947), lo cual busca imponer un comercio justo, y eliminar privilegios entre naciones con poderío económico. Sin embargo, la misma norma incluye unas excepciones tales, que ella, en la práctica resulta inocua.²¹⁶

Quizás valga la pena terminar con una nota sobre las implicaciones que esto tiene para la teoría del derecho. De todo lo dicho no se puede concluir que la falta de una relación de determinación directa entre la creación de normas y su aplicación solo puede ser explicada por la apropiación política de los textos. Ella cumple también una función jurídica legítima y esencial que consiste en permitir que el derecho se amolde a los hechos y aporte la mejor solución posible a los conflictos que se le presentan.

La importancia de esta “sincronía” entre normas y hechos se puso en evidencia a mediados de siglo pasado con la escuela de la

215. Andrés Botero pone el ejemplo de la norma constitucional que consagra la autonomía universitaria la cual quedó restringida, en virtud de las leyes y reglamentos, a un punto tal que se convirtió en un discurso legitimante político, pero sin eficacia real (2005b).

216. Al respecto ver los ensayos de Helena Alviar y Joel Paul en *¿Es realmente libre el comercio libre?*, Bogota, Siglo del Hombre, 2006.

interpretación razonable del derecho. La lógica de lo razonable ha sido reivindicada por numerosos autores que se oponen a una interpretación lógico-racional. Son ya clásicos en este tema Perelman y Olbrechts-Tyteca (1976) y Viehweg (1964); en lengua castellana se destaca Manuel Atienza (1991). De acuerdo con este tipo de interpretación, los textos jurídicos deben ser aplicados de tal manera que no conlleven consecuencias desafortunadas o intolerables, así ello implique una adaptación del texto con su consecuente pérdida de seguridad jurídica. La adaptación del derecho a la realidad es tan corriente en la práctica jurídica como la adaptación de la realidad a los hechos. Cuando se promulga el derecho se tiene la impresión de que solo la realidad se somete y que el derecho tiene la partida ganada. Sin embargo, pocas veces sucede eso: ni el derecho tiene el poder de transformación social que dicen sus normas, ni sus normas se reducen a lo que la sociedad quiera hacer de ellas.

Esto es lo que se conoce en teoría jurídica como la adaptación del derecho a la realidad por medio de la interpretación razonable, lo cual es un procedimiento normal y necesario, que se encuentra justificado por la necesidad de ajustar las normas a las realidades no previstas por el creador de las mismas. Todo ordenamiento jurídico debe lograr un justo medio entre, de un lado, la seguridad jurídica, es decir la permanencia de sus normas, su predecibilidad y, del otro, la adaptación de sus normas a la realidad social en la cual se aplican. Esta es la célebre tensión entre el codificador y el juez que dio lugar a la histórica confrontación en Francia entre la escuelas de la Exégesis y del *Derecho Libre*. Este tipo de interpretación es común sobre todo en el llamado Estado social de derecho, en donde la búsqueda de valores de justicia social e igualdad justifica una cierta mengua de la seguridad jurídica.²¹⁷

217. En la Constitución colombiana la primacía de los contenidos sobre las formas está consagrada en el artículo 228. La efectividad de los derechos se encuentra

Pero la adaptación normativa a través de la interpretación razonable es un asunto diferente del que aquí intento mostrar; es decir, el de la apropiación política de la brecha entre el derecho y la realidad social. En este caso, la interpretación es aprovechada para llevar a cabo fines diferentes a los postulados por las normas jurídicas mismas.

La creación de sentido jurídico a través de la creación razonable es pues algo diferente de la apropiación política del sentido de los textos jurídicos. Sin embargo, hay toda una zona de frontera en donde es muy difícil diferenciar en cuál de estos dos terrenos nos encontramos. Quizás la clave de la diferencia se encuentre en la expresión “jurídicamente razonable”, lo cual, si bien es objeto de debate, indica que lo creado se mantiene dentro de los límites de la racionalidad jurídica. Soy consciente de que esta distinción es particularmente inestable y frágil cuando se adopta, como hago aquí, una visión cercana a las concepciones críticas del derecho, las cuales estiman que, en los casos jurídicos difíciles (es decir aquellos para los cuales no hay una solución prevista en el ordenamiento jurídico para resolver el caso) la política juega un papel importante.²¹⁸

Quizás la oposición que acabo de establecer entre interpretación técnico-jurídica y manipulación política sea demasiado brusca. Como intenté mostrar en el Capítulo 2, no hay una frontera precisa entre un derecho puro y el ejercicio de la política a través del

en el artículo 2º como un fin del Estado, y está complementada con el artículo 4º relativo al carácter normativo de la Carta; con el artículo 86 sobre la acción de tutela concebida como mecanismo de protección inmediata de los derechos y con el artículo 93 sobre la obligatoriedad de los derechos inherentes a la persona. Sobre el carácter normativo de la constitución en el Estado social de derecho existe una amplia bibliografía principalmente española y alemana.

218. Al respecto ver García Villegas, Isabel Cristina Jaramillo y Esteban Restrepo, estudio preliminar en *Crítica jurídica. Teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos* (2006).

derecho.²¹⁹ La política, entendida como escogencia de valores y de intereses es un ejercicio inherente al derecho y eso lo sabemos bien desde hace casi un siglo, gracias a lo dicho por los realistas estadounidenses. Ahora bien, de esta afirmación no se desprende aquella que sostiene que el derecho es solo política y que no hay nada autónomo y propio del razonamiento jurídico. Bourdieu, un crítico acérrimo del derecho, reconocía esta autonomía y sabía que sin ella no se podía entender el poder y la influencia que tiene el derecho en la sociedad. Dicho esto, creo que una de nuestras asignaturas pendientes en América Latina consiste en crear una teoría crítica del derecho que acepte la autonomía relativa del punto de vista interno de los juristas, sin que ello implique caer en el desconocimiento de las profundas estructuras económicas y culturales que hacen del derecho un sistema de normas relativamente predecible.

Así pues, si se hace la distinción entre interpretación abierta y eficacia simbólica no es para insinuar que hay siempre un contraste entre el derecho puro y técnico, de un lado, y la manipulación política de lo jurídico, del otro. La interpretación del derecho tiene, de entrada, una dimensión política fundamental (sobre todo en los llamados casos difíciles) y, por lo tanto, no es ajena al uso simbólico y político del derecho. Pero la dimensión política del derecho no se reduce al ejercicio de esa interpretación razonable y comprende prácticas tales como el abuso y manipulación del derecho. En otras palabras, la práctica del derecho es una práctica política, no sólo cuando se considera el punto de vista interno o jurídico, sino también, y sobre todo, cuando se ve desde la perspectiva externa o sociológica.

219. Según J. Habermas, el derecho y en particular la jurisprudencia basada en valores siempre implica algún grado de politización del juez (Habermas, 1998).

CONCLUSIÓN

EL JUEGO POLÍTICO DEL DERECHO

Jano, el dios griego de dos caras, era el dios de las puertas,
de los comienzos y de los finales.

WIKIPEDIA

El lenguaje no es una representación perfecta del mundo. Las palabras no siempre tienen un sentido claro y con frecuencia no sabemos cómo nombrar lo que vemos. Pero eso no siempre es un problema; la literatura, el arte, el amor y la poesía, entre otras cosas, se nutren también de esa falta de correspondencia entre realidad y lenguaje. La vida humana sería plana e insípida si no existiera eso que los lingüistas llaman polisemia (una palabra con varios significados) y que nos permite soñar e imaginar mundos distintos. No se puede hablar y vivir sin una cierta dosis de mentira.

En política, la polisemia se utiliza con frecuencia para trastocar el sentido de las palabras y acomodar la percepción que la gente tiene del poder. “Cuando las palabras pierden su sentido, los hombres pierden su libertad”, decía Confucio. El arte de la retórica se convierte entonces en el arte de la manipulación. Las palabras van por un lado y las cosas por otro. Joseph Goebbels, el célebre ministro de la propaganda nazi, decía lo siguiente: “A fuerza de repetir y con la ayuda de un buen conocimiento de la psiquis de las personas, debería ser posible probar que un cuadrado es, de hecho, un círculo. Después de todo, ¿qué son ‘cuadrado’ y ‘círculo’ sino simples palabras? Y las palabras se pueden acomodar siempre hasta oscurecer aquello que ellas dicen”. Goebbels no fue el primero en vislumbrar ese poder. Thomas Hobbes decía que el arte de la palabra es uno

CONCLUSIÓN

de las causas de malestar y de la guerra entre los miembros de una sociedad. Mediante el uso de la palabra, dice Hobbes,

“...algunos hombres pueden representar a otros lo que es bueno dándoles la apariencia de malo, o lo malo, dándole la apariencia de bueno, y aumentar o disminuir a su antojo las dimensiones de lo bueno y de lo malo...”(1989, p. 144).

Pero el panorama no es tan sombrío; a veces la polisemia es menos un problema que un recurso. La falta de correspondencia entre palabras y cosas se puede usar para muchas cosas. En ocasiones, la movilidad del sentido del lenguaje sirve para imaginar una vida mejor. “Las palabras hacen el amor”, decía André Breton. En política sucede, a veces, algo similar. Las palabras crean la realidad. Boaventura de Sousa Santos dijo alguna vez que era necesario que los líderes de izquierda “no redujeran la realidad a lo que existe”, de tal manera que otros mundos posibles sean imaginados y hechos posible.

El derecho es un lenguaje, polisémico como el que más, debido a su conexión con el lenguaje político. Con el derecho y con su polisemia se hacen cosas y no cualquier tipo de cosas, sino cosas fundamentales para la vida social, como los valores, los principios, los derechos, etc. Una de las cosas que se hacen con el derecho es reforzar la confianza que los individuos tienen en las autoridades que ejercen poder. Las normas jurídicas hacen ver aquello que es fruto de decisiones políticas (muchas veces arbitrarias o caprichosas) como si fueran hechos sólidos, naturales, necesarios. Con la fuerza de sus formas y de sus rituales, las palabras del derecho se vuelven cosas ante los ojos de los subordinados; las normas reifican (cosifican) la realidad social. Así pues, el derecho cumple un papel esencial en la reproducción de la confianza que los ciudadanos depositan en el poder.

El ejercicio del poder estatal conlleva una violencia que no podría ser soportada (mucho menos aceptada) si no fuera por la conexión mental que la gran mayoría de las personas establece entre dichas imposiciones y la idea de que sin ellas la sociedad caería en el caos y la anarquía. Las palabras del derecho ayudan a crear esa representación. La obediencia no se lograría si no fuera porque los individuos ven el ejercicio del poder político como algo natural, necesario, incluso como algo bueno. Las autoridades públicas saben que, al menos *prima facie*, disponen de ciudadanos convencidos de que ellas (las autoridades) están haciendo las cosas bien, salvo que demuestren, de manera rotunda, lo contrario (lo cual, claro está, también ocurre). Ejercer el poder es, en buena parte, el poder de ejercerlo.

Esta actitud conservadora no solo se origina en el miedo natural al caos y a la anarquía, sino también en el rechazo profundo que los ciudadanos prestan a todo enunciado que afecte la imagen que ellos tienen de la justicia, la igualdad y los valores supremos de la convivencia pacífica (Durkheim, 1983).²²⁰ No deja de sorprender la verticalidad con la cual en nuestras sociedades (menos afectas que muchas otras al derecho y al respeto de las autoridades) se rechazan los enunciados que le dan una oportunidad a la injusticia (un discurso racista o machista, por ejemplo) y la tolerancia indolente que se suele tener con otras las injusticias que ocurren. Ante los símbolos somos dignos y verticales, ante los hechos somos laxos y condescendientes. Poco importa que el atropello y la felonía prevalezcan en la realidad social, con tal de que eso no se diga. Nos hacemos matar por una palabra mal puesta en una constitución pero nos importa poco que dicha palabra refleje una realidad omnipresente (Valencia, 1987). Vencer en el papel, obtener una victoria simbólica,

220. Como decía Durkheim: "Toda sociedad es una sociedad moral" (1983, p. 173).

Ninguna sociedad puede ser entendida cabalmente sin los valores morales y sociales a los cuales adhiere. De ahí el profundo rechazo que se tiene contra todo lo que atente contra tales valores.

CONCLUSIÓN

un triunfo moral, es algo que muchas veces preferimos a vencer en los hechos y quedar derrotados en el papel. Los conservadores viven satisfechos con la victoria que han obtenido en la lucha contra la prohibición de las drogas o contra el aborto, y ello no obstante el hecho de que la gente siga abortando y consumiendo igual o más y en peores condiciones, como consecuencia de la prohibición que impusieron. Haber ganado la batalla de las palabras es lo que cuenta para ellos.

Pero esto no solo ocurre con los conservadores, también ocurre en la izquierda. Los políticos mexicanos del PRI, como lo mencioné en el Capítulo 2, estaban tranquilos con la prohibición de culto religioso que existía en la Constitución (arts. 3 y 130), no obstante el hecho de que casi nadie cumplía, ni hacía cumplir esas prohibiciones.

El abuso se soporta menos cuando además de ser vivido es dicho; cuando no solo es una realidad material sino que es un discurso público. Nada perpetúa tanto la dominación como el silencio. Por eso, un poder político encuentra reducido el margen de maniobra cuando las injusticias, además de ser padecidas, empiezan a ser dichas y publicadas. De ahí la importancia que tiene el derecho como discurso fiduciario de la unidad colectiva, de la seguridad, de la justicia social y del interés general.

Así pues, los individuos depositan en el derecho y en los símbolos que este transmite buena parte de su confianza en que la sociedad tiene un rumbo y que no obstante todos los problemas, ese rumbo está bien definido y por él se avanza.

La esperanza y la dependencia

El lenguaje jurídico es muy diverso y los símbolos que difunde son múltiples y variados. Esos símbolos van mucho más allá del conte-

nido mismo de las normas. A veces lo jurídico entraña un lenguaje técnico e incomprensible, pero esa imagen, la de ser algo sofisticado y hecho por expertos, es ya, por sí sola, un impacto de gran importancia para el poder político. La técnica jurídica es también una técnica política.

Voy a distinguir dos tipos simples de normas: las que consagran principios y derechos, de un lado, y las que consagran deberes y restricciones, del otro. Las primeras emanan de la protección que el Estado les presta a los individuos (por ejemplo el derecho a la salud o a la libertad de expresión). Las segundas se originan en aquello que Hobbes denominaba el *imperium* y que se traducen en restricciones a las libertades (por ejemplo el deber de respeto de la propiedad privada o el deber de pagar impuestos). Casi podría decir que voy a hablar de derechos y deberes.

Cada una de ellas alude a uno de los dos grandes valores que deben ser atendidos por un ordenamiento jurídico: la justicia y la seguridad. La justicia busca una solución para cada caso y, con ella, la adecuación de las normas a la realidad social; la seguridad persigue la predictibilidad del sistema normativo y, con ella, su autonomía relativa con respecto a la realidad social. Según Nicklas Luhmann, ambos valores representan la frontera del futuro (la justicia) y del pasado (la seguridad) del ordenamiento jurídico. Todo sistema debe encontrar un justo medio entre las necesidades de justicia y de seguridad jurídica (Luhmann, 1983).

Además, y esto es lo que me interesa ahora, ambos tipos de normas evocan símbolos diferentes. Los derechos aluden a la esperanza en una sociedad mejor, más justa y más equitativa. Los deberes, en cambio, invocan la dependencia que tienen los individuos respecto al orden social seguro y estable.

Lo que quisiera mostrar ahora es que tanto la esperanza (justicia) como la dependencia (seguridad) son divisas ambivalentes, po-

CONCLUSIÓN

lisémicas y que el poder de la eficacia simbólica del derecho radica justamente en esa ambivalencia.

La esperanza nos ayuda, a veces, a sosegar nuestros ánimos y otras veces nos vuelve ansiosos e impacientes. Tener esperanza puede ser, paradójicamente, desesperante. Esta ambivalencia está bien reflejada en un cuento fantástico de Ramón Gómez de la Serna que relata la historia de alguien que es condenado por Dios a toda la eternidad menos un día. Después de estar cientos de años en el Purgatorio, a la “espera” del Cielo prometido, el condenado termina pidiéndole al Dios todo poderoso que lo envíe al infierno. “Matadme la esperanza, matad esa esperanza que piensa en la fecha final, en la fecha inmensamente lejana”, suplicaba el condenado. Entonces Dios se apiada de él y lo envía al infierno, en donde finalmente alivió su desesperación.

Las religiones y los sacerdotes de sus iglesias conocen bien esta doble cara de la esperanza; saben que la fe puede alimentar tanto la resignación frente a las adversidades de la vida, como el coraje para luchar contra ellas. Pero no solo los sacerdotes son expertos en estos asuntos. Los políticos también saben que sus promesas pueden fomentar no solo la sumisión de sus electores, sino también su movilización. Lo primero es quizás lo más apetecido por ellos. El presente, con todas sus afugias, se acepta más fácilmente cuando las personas creen que el futuro será mejor. “La política de la esperanza, decía Francis Bacon, es uno de los mejores antídotos contra el veneno del descontento”. La esperanza posee un poderoso efecto apaciguador (normalizador) sobre las injusticias y las penurias sociales.

Ahora bien, la esperanza también puede producir lo contrario de la sumisión, es decir la acción, la movilización y la lucha. Cuando la gente sabe que puede mejorar y que su condición no es una fatalidad, hace todo lo posible por conseguir el cambio. Por eso, Samuel Johnson decía que “donde no hay esperanza no hay esfuerzo”. Con

esperanza la gente se vuelve luchadora y voluntariosa. Las personas se empeñan más en conseguir algo cuando aumentan las posibilidades de conseguirlo.

Permítanme ahora hacer una breve digresión en este punto. La crítica de la izquierda latinoamericana a los derechos se origina en el desconocimiento de esta doble cara de la esperanza. Ello tiene relación con un largo debate sobre la revolución, que ya mencioné en el Capítulo 7. En contra de la interpretación marxista de las causas de la revolución, según la cual esta solo tendrá lugar cuando el pueblo “no tenga nada que perder distinto a sus cadenas” (Marx & Engels, 2000) es decir, cuando las condiciones de desigualdad y opresión sean de tal magnitud que empiecen a ser percibidas como intolerables, Alexis de Tocqueville decía que la revolución ocurre cuando las condiciones de desigualdad y opresión pierden fuerza (Tocqueville, 1972). Cuando las cargas soportadas por los grupos subordinados se vuelven más livianas, paradójicamente esas cargas comienzan a ser percibidas como inaguantables, ya que la mejoría en las condiciones de vida, en especial cuando es el resultado de reformas específicamente encaminadas a ese fin, pone en evidencia que las cargas pueden empezar a desaparecer, y eso las hace ver como injustificadas e intolerables.²²¹

En contra de la idea de Tocqueville, una parte de la izquierda latinoamericana todavía piensa que cuando las cosas mejoran para los más pobres, como consecuencia del reconocimiento de sus derechos constitucionales, su conformismo aumenta. Tener esperanza en que las cosas van a mejorar solo produce, según ellos, más sumisión al orden existente, menos conciencia de clase, menos

221. Esta concepción carece de sustento empírico: de ser cierta, serían muchos más los países que tendrían revoluciones políticas, dadas las condiciones de severa desigualdad, marginalidad y explotación que enfrenta la mayor parte de la población mundial; al respecto ver Saffon (2009)

CONCLUSIÓN

lucha. La movilización social y la lucha por el cambio solo pueden ser el resultado de la profundización de la injusticia. En esto (como en muchas otras cosas) la izquierda radical y los católicos se parecen más de lo que uno piensa: ambos creen que al final de los tiempos la justicia triunfará y el bien se impondrá sobre el mal. Mientras tanto, la fe ciega en un Dios o en una revolución nos ayudará a transitar por este *valle de lágrimas*.

Vuelvo entonces al punto anterior. La esperanza es una condición psicológica que favorece, a veces la aceptación pasiva del presente y a veces la acción y la lucha. Ambas implicaciones tienen una gran importancia en el mundo de la política y del derecho: la primera de ellas es un remedio contra la rebeldía, la segunda es un remedio contra el conformismo.

Desde la perspectiva del Estado, el uso simbólico del derecho es una estrategia encaminada a buscar que la esperanza que despierta el derecho se traduzca en una aceptación de las circunstancias actuales por parte de los subordinados, más que en una rebeldía frente al presente.

La expedición de una constitución progresista, por ejemplo, en la cual se consagran derechos fundamentales y se democratiza el poder político, puede convertirse, en la práctica, en una de las dos cosas: en un remedio contra la rebeldía popular y ello en la medida en que se trata de una concesión del aparato estatal en beneficio del pueblo, o en un remedio contra el conformismo y ello en la medida en que los subordinados encuentran en sus normas una posibilidad de mejoría efectiva de los derechos ciudadanos. Con mucha frecuencia los gobiernos latinoamericanos han contado con la posibilidad de escalonar temporalmente estos dos efectos: se expiden las constituciones con el objeto de obtener los beneficios políticos de la aceptación popular, de manera inmediata, para luego atenuar el efecto de la movilización popular a través de la lucha por una interpretación y aplicación de los textos promulgados compatible

con las posibilidades económicas, políticas y sociales que rodean la ejecución de la norma.

Se juega entonces con la diacronía de los dos efectos, uno de los cuales se obtiene de manera inmediata mientras que el otro se aplaza en el tiempo. Algo así sucede cuando los padres de familia consiguen que los niños vayan a la cama con la promesa de un regalo para el día siguiente y con la esperanza de que el niño olvide la promesa durante su sueño; la estrategia del padre consiste en prometer algo extraordinario que nunca se cumplirá, con el fin de obtener una obediencia banal que casi siempre se cumple. Sin embargo, la estrategia fracasa cuando el niño empieza a tener la edad y la perspicacia suficientes para exigir el cumplimiento de las promesas. Algo similar sucede con la eficacia simbólica del derecho. Normas generosas destinadas a legitimar el poder pueden ser luego utilizadas por los movimientos sociales para hacer valer aquello que el poder político consagró con un fin meramente simbólico. Esto puede durar años, es cierto. La Carta Magna, por ejemplo, promulgada en el año 1215, no fue tan importante para sus promotores, como de hecho lo fue para las generaciones futuras. Eso se debe a la manera como fueron interpretados sus textos a lo largo de los años: en el segundo párrafo de la versión original del siglo XIII se decía que a los “barones del reino” se les concedía “todas las aquí consagradas libertades para ser gozadas por ellos y por sus descendientes...”. Pues bien, la expresión “los barones del reino” fue después reemplazada por la expresión “los hombres libres del reino”, lo cual permitió, en el siglo XVII, su uso democrático contra las pretensiones absolutistas de los reyes Estuardo.

Veamos ahora qué ocurre con el segundo tipo de normas, esto es con los deberes y con la sensación de dependencia y constreñimiento que ellos evocan. Pues bien, la dependencia que los deberes nos imponen respecto del cuerpo social también puede tener dos caras: por un lado, puede ser vista como una restricción a nuestra

CONCLUSIÓN

libertad, como una imposición, que nos hace ver el cuerpo social como algo invasivo, ajeno y opresivo. Por otro lado, la dependencia es un sentimiento que nos vincula con el grupo y nos hace sentir solidarios y parte de algo que va más allá de nosotros mismos. Ambos sentimientos pueden tener consecuencias políticas importantes. La sumisión nos puede hacer pasivos e indolentes frente a la sociedad y sus autoridades, mientras que el sentido de pertenencia con el grupo nos puede llevar a emprender acciones desprendidas y hasta heroicas por la sociedad y sus autoridades en la cual vivimos.

Así pues, la sensación de dependencia puede ser un remedio contra el desafuero (contra el querer “hacer lo que se nos viene en gana”) o puede ser un remedio contra el aislamiento y la falta de atadura social. De la misma manera que la esperanza puede servir para apaciguar o para movilizar, la dependencia puede servir para someter o para unir. El siguiente cuadro resume lo dicho.

	Derechos/deberes		
	Esperanza	Dependencia	
Polisemia	Opresión	APACIGUAMIENTO (remedio contra la rebeldía)	SOMETIMIENTO (remedio contra el desafuero)
	Emancipación	MOVILIZACIÓN (remedio contra la inacción)	COMPROMISO (remedio contra el aislamiento)

El juego político, un juego que no es libre sino estructurado por las clases sociales y las diferencias de poder, se define teniendo en cuenta cuál de estas cuatro opciones prevalece sobre las demás.

La reducción de la esquizofrenia

Los textos que consagran derechos y deberes son espadas de doble filo: pueden ser herramientas para apaciguar a la población, de tal manera que las cosas sigan como estaban, o pueden ser banderas que invitan a luchar por las reivindicaciones sociales que allí se plasman. Pueden ser instrumentos que nos someten al orden social o pueden ser signos de unidad que nos llevan a batallar por valores colectivos. Más que una norma de obligatorio e inmediato cumplimiento (un dato que solo los abogados saben descifrar), el derecho es un recurso, un campo de acción, limitado y abierto a la vez, para hacer cosas (J. Commaille, 2003; Israël, 2009).

Esta doble cara del derecho (como la del dios Jano, mencionado en el epígrafe de este capítulo final y quien aparece en la carátula de este libro) cumple una función de gran importancia para la estabilidad social.²²² De eso quisiera ocuparme en este punto final.

Desde una mira descriptiva (sociológica) la eficacia simbólica permite la satisfacción de varios frentes de interés al mismo tiempo: por un lado, reproduce la retórica comunitaria y solidarista que alimenta la esperanza ciudadana y, por el otro lado, permite la práctica restrictiva y conservadora que hace posible la consolidación y el desarrollo de una estructura social determinada. Sin la eficacia simbólica la mediación dejaría de existir y ambos polos aparecerían de manera brutal, descarnada, ante los ojos de los gobernados y así perderían su credibilidad y eficacia. La eficacia simbólica permite que las ilusiones tengan cabida sin que la desestabilización sea la única alternativa posible. Ella representa el sitio en el cual la renovación y la estabilidad pactan. Los polos de la justicia y de la seguridad, de la solidaridad y de la individualidad, del cambio y

222. Sobre esta idea de las dos caras del derecho ver J.F. Perrin y J. Commaille (1985); Forbath, (1991).

CONCLUSIÓN

de la conservación, enfrentados de manera acérrima en el discurso político y también en la acción social, encuentran en el texto legal el punto de equilibrio (un equilibrio no siempre estable, claro está): allí se satisface el anhelo de verdad y el anhelo de realidad; los valores se dicen, y en este sentido la verdad y la justicia toman su parte, pero las cosas permanecen y en este sentido la seguridad toma la suya. Al respecto, Agustín Basave, dice lo siguiente: “al deber ser lo homenajeamos con la palabra y al ser con la obra. Y es que así es: en nuestra realidad mental, lo ideal está hecho para hablarse o escribirse y lo real para vivirse. No hay que mezclar. Cada cosa en su sitio, cada cual a su tiempo. Sería tan peligroso teorizar la corrupción como poner en práctica la honestidad” (2011, 40).

Sin la existencia de la eficacia simbólica el ímpetu de cambio se convertiría en ímpetu revolucionario, o el deseo de conservación parecería como deseo de opresión. Con la eficacia simbólica se mantiene la esperanza de que los textos jurídicos sean realidad, sin que esta realidad sea ineluctable; sin que el valor de la dependencia se afecte en demasía. No estamos lejos aquí de la célebre expresión colonial: *se obedece pero no se cumple*. En este juego de hechos y representaciones se encuentra buena parte del secreto de la dominación política.

Bertrand Roussel dijo alguna vez que obedecemos a dos sistemas morales, uno que predicamos y no practicamos y otro que practicamos y no predicamos. Pues bien, la práctica de este segundo sería menos fácil si no existiera la prédica sobre el primero (Roussel, 1928) En el mismo sentido, cuando de comprender la manera como la dominación política opera, es necesario tener en cuenta, como lo sugiere Joel Migdal, dos niveles de análisis: uno que entiende el carácter coherente y unificado del Estado y del derecho y otro que analiza las prácticas (dispersas y contradictorias) que dicha imagen hace posible. (Migdal, 2001).

Más que de una burda mentira institucional, de lo que se trata aquí es del desplazamiento del conflicto entre realidad social y discurso político a un campo de batalla diferente: el del derecho. Aquí, si bien las instituciones poseen ventajas considerables para ganar la partida, su triunfo no está asegurado, e incluso es posible que, con el surgimiento de estas nuevas circunstancias, esté más lejano: es posible que la reactivación de la esperanza y el nuevo texto jurídico puedan más que las intenciones de seguridad y permanencia. Si bien es cierto que decir algo no es hacer ese algo, en ocasiones solo se pueden hacer cosas a partir de lo que ha sido dicho. Con la eficacia simbólica no solo juega el poder, el Gobierno; también es una carta que puede ser jugada por los gobernados.

En síntesis, el derecho sirve para reactivar las esperanzas de la gente mediante la expedición de textos jurídicos que aseguran el cambio y el respeto de los derechos de todos; en este sentido, las normas responden a las exigencias de los ciudadanos, latentes en el sentido común y manifiestas en el lenguaje cotidiano, de un orden social igualitario, solidario, justo, unitario, etc. Así se satisface la sensibilidad filantrópica que se plasma en el lenguaje de los derechos y de los principios. Esa reactivación de la esperanza puede tener, como ya dije, dos efectos posibles: apaciguar las demandas ciudadanas o empoderar a la gente para que luche por sus derechos.

Saber cuál de los dos efectos termina prevaleciendo es algo que solo puede establecerse de manera empírica, a través del estudio de los actores sociales e institucionales y de la suerte que estos corren en el campo jurídico, en medio de la lucha por fijar el sentido de las palabras del lenguaje jurídico.

Quisiera terminar con una nota, a mano alzada, sobre el futuro de la eficacia simbólica en América Latina. Mientras subsista la consabi-

CONCLUSIÓN

da brecha entre los ideales normativos y las realidades sociales que caracteriza nuestro derecho, el uso simbólico (no solo el fracaso normativo) seguirá teniendo un futuro promisorio y quizás, hay que decirlo, cruelmente promisorio. No solo eso, el derecho seguirá, sobre todo, cumpliendo las funciones de apaciguamiento y normalización que se le conocen desde tiempos inmemoriales.

Por eso creo que una de las tareas pendientes entre nosotros (pendiente desde la Colonia) es la de reducir esa brecha entre los ideales y las prácticas sociales. Me parece que ya es hora de que aprendamos a no depender tanto de los ideales, a no vivir la vida social como si todo pudiera resolverse en ese mundo perfecto de construcciones de papel. Esa dependencia nos ha costado mucho; nos ha confinado a una especie de realismo mágico; a una vida social vacilante, entre un pasado inescapable y un futuro inalcanzable... escamoteando el presente. Ya es hora de que aprendamos a soñar despiertos, con realismo, a ser más intolerantes con los ideales inútiles, con las repúblicas aéreas, con los falsos profetas que nos prometen paraísos (perdidos) a la vuelta de la esquina. No saldremos de esta esquizofrenia entre ideales y prácticas mientras no le hagamos un juicio condenatorio a la palabrería inútil, a las reverencias al poder, a la falta de razones, de debates, de pruebas empíricas; a la retórica insulsa de los visionarios de salón.

Así como debemos aprender a enjuiciar esos discursos generales y grandilocuentes (entre más generales peor), debemos recuperar el honor que alguna vez pudo haber tenido entre nosotros (quizás nunca) el discurso práctico. Hay que darle dignidad al trabajo que hacen los “legisladores” menores; aquellos que fabrican diseños puntuales, reglamentos, letra menuda (esa es la letra que no es letra muerta). En su trabajo imperceptible y gris se juega buena parte de la suerte de nuestras instituciones. Pero durante demasiado tiempo hemos encargado de esas nobles tareas a funcionarios incapaces, a notarios mediocres, a tintetillos y a parásitos del poder que no han

hecho otra cosa que bloquear el desarrollo institucional. Esa manía latina de reducir lo importante a lo grandioso (esa palabra española por excelencia), a las declaraciones solemnes, a los monumentos y a las pompas, nos ha hecho olvidar que la construcción social también se hace, y a veces se hace sobre todo, de prácticas rutinarias, metódicas, banales, invisibles.

Digo todo esto con la esperanza de que este libro sea una invitación a pensar el derecho no solo como el discurso jurídico que es, monopolizado por unos pocos egresados de las facultades de derecho, sino también como la argamasa ciudadana de los derechos y de las luchas sociales. Ojalá pudiéramos aprender a ver en el debate sobre los derechos una especie de parlamento abierto, en donde todos, legos y profanos, participamos en la construcción social.

Esta visión más amplia, más abierta, más política, es también una invitación para desvanecer esas rígidas fronteras disciplinarias que se imponen en nuestras universidades y que, en el caso del derecho, ocultan sus caras más sociales y más fascinantes. Ya es hora de que, en el laboratorio social y político que representa este continente, los abogados, los sociólogos y los politólogos empiecen a ver en el derecho un fenómeno que va mucho más allá de las normas que él consagra.

BIBLIOGRAFÍA

- Abad Faciolince, H., (2012, septiembre 17), “Elogio de la palabra”, *El Espectador*.
- Abel, R., (1995), *Politics by Other Means: Law in the Struggle Against Apartheid, 1980-1994*, Routledge, New York.
- _____, (1998), “Speaking Law to Power”, en *Cause Lawyering: Political Commitment and Professional Responsibilities*, Oxford University Press, Oxford.
- Abramovich, V. y C.C., (2002), *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid.
- Acemoglu, D. & Robinson, J., (2012), *Why Nations Fail. The Origins of Power, Prosperity and Poverty*, Crown Business, New York.
- Albarracín, M., (2011), *Mobilización legal para el reconocimiento de parejas del mismo sexo*, Universidad de los Andes, Bogotá.
- Albarracín, M., & Lemaitre Ripoll, J. (2011), “Patrullando la dosis personal: La represión cotidiana y los debates de las políticas públicas sobre el consumo de drogas ilícitas en Colombia”, en *Políticas antidrogas en Colombia: éxitos, fracasos y extravíos* (Alejandro Gaviria y Daniel Mejía, pp. 237 - 269), Ediciones Uniandes, Bogotá.
- Alexy, R., (1993), *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- Arango, R., (1997), “Los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos”, en *Pensamiento Jurídico*, núm. 8, Bogotá, pp. 63-72.

BIBLIOGRAFÍA

- Atias, C., (1982), "Quelle positivité? Quelle notion de droit?", *Archives de Philosophie du Droit*.
- Atienza, M., (1991), *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- Austin, J.L., (1962), *How to do Things with Words*, Harvard University Press, Cambridge, MA.
- Balandier, G., (1992), *Le pouvoir sur scènes*, Baland, Paris.
- Balbus, I.D., (1996), "Comodity Form and Lagal Form: An Essay on the Relative Autonomy of the Law", en *The Sociology of Law*, St, Martins's Press, New York, pp. 140-148.
- Balkin, J.M., (2005), "Práctica deconstructiva y teoría jurídica", en M. García Villegas, I.C. Jaramillo & E. Restrepo Saldarriaga (Eds.), *Crítica jurídica: teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos*, Uniandes - Universidad Nacional, Bogotá D.C., pp. 287-336.
- Baratta, A., (1986), *Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*, Siglo XXI, México.
- Barreto, A., (2006), "Normalidad y excepcionalidad: la indescifrable regularidad contemporánea de la excepción", en *Poder ejecutivo*, Editorial del Puerto, Buenos Aires.
- Barreto, A. & Ariza, L., (2001), "La Corte Constitucional frente a la excepcionalidad: 10 años de control material laxo y discursivo", en *Derecho constitucional - Perspectivas críticas*, Legis, Bogotá.
- Barrow, C.W., (1993), *Critical Theories of the State: Marxist, Neo-Marxist Post-Marxist*, The University of Wisconsin Press, Madison.
- Barthes, R., (1980), *Mitologías*, Siglo XXI, México, D.F.
- Basave, A., (2011), *Mexicanidad y esquizofrenia*, Océano, México.
- Bell, D., (2004), *Silent Covenants: Brown vs. Board of Education and the Unfulfilled Hopes for Racial Reform*, Oxford University Press, Oxford.

BIBLIOGRAFÍA

- Benavides, F., (2009), *La movilización de los pueblos indígenas en la lucha por sus derechos en Colombia*, Institut Catala Internacional per la Pau, Barcelona.
- Benjamin, W., (1996), "Critique of Violence", en M. Bulloch & Jennings, Harvard University Press, Massachusetts, pp. 236-52.
- Berger, P., & Luckmann, T., (1966), *The Social Construction of Reality; A Treatise in the Sociology of Knowledge*, Anchor Books, New York.
- Berger, R.; Searles, P.; & Neuman, L.W., (1988), "The Dimensions of Rape Reform Legislation", en *Law & Soc. Review*, 22, pp. 329-358.
- Bergman, M., (2009), *Tax Evasion and the Rule of Law in Latin America. The Political Culture of Cheating and Compliance in Argentina and Chile*, The Pensilvania State University.
- Bisharat, G., (1990), "Courting Justice? Legitimation in Lawyering Under Israeli Occupation", en *Law and Social Inquiry*, 20(2), pp. 349-405.
- Black, D., (1976), *The Behavior of Law*, Academic Press, New York.
- Blackmon, D., (2008), *Slavery by Another Name: The Re-enslavement of Black Americans from the Civil War to World War II*, Doubleday, New York.
- Blankenburg, E., (1986), "La recherche de l'efficacité de la loi. Réflexions sur l'étude de la mise en oeuvre", *Droit et société*, 2.
- Bobbio, N., (2005), *Teoría general de la política*, Trotta, Madrid.
- Bocarejo, D., (2009), "Deceptive Utopias: Violence, Environmentalism and the Regulation of Multiculturalism in Colombia", *Law and Policy*, 31(3), pp. 307-329.
- Boiteux, L., & Padua, J.P., (2012), "La desproporción de la ley de drogas: los costes humanos y económicos de la actual política en

BIBLIOGRAFÍA

- Brasil”, en C. Pérez Correa (Ed.), *Justicia desmedida. Proporcionalidad y delitos de drogas en América Latina*, Fontamara, México, pp. 105-138.
- Bonilla, C., (1986), “Acerca de la presuposición”, en J. Bernal Leon-gómez (Ed.), *Antología de lingüística textual*, Instituto Caro y Cuervo, Bogotá.
- _____, (Ed.), (2009), *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*, Siglo del Hombre, Bogotá.
- Borges, J.L., (1974), “Nuestro pobre individualismo”, en *Obras Completas*, Emecé Editores, Buenos Aires, pp. 658-659.
- Botero, A., (2004), “La corrupción; tensión entre lo jurídico y lo político”, en *Opinión Jurídica*, núm. 6, Universidad de Medellín, pp. 37-58.
- _____, (2005a), “La neurosis obsesiva del derecho antioqueño en el siglo XIX: Los caminos”, *Diálogos de saberes*, núm. 23, pp. 147-174.
- _____, (2005b), *Autonomía universitaria: Desarrollo e impacto del concepto en Colombia*, Biogénesis, Medellín.
- _____, (2010a), “Recepción crítica (y parcial) de la concepción sobre sistema jurídico y razón práctica de Robert Alexy”, en *Ensayos jurídicos sobre teoría del derecho*, La Ley, Buenos Aires, pp. 193-224.
- _____, (2010b), “Buscando el gris entre dos teorías del derecho”, en *Ensayos jurídicos sobre teoría del derecho*, La Ley, Buenos Aires.
- _____, (2010c), “Diagnóstico de la eficacia del derecho en Colombia”, en *Ensayos jurídicos sobre teoría del derecho*, La Ley, Buenos Aires, pp. 1-85.
- Bourdieu, P. (1980), *Le sens pratique*, Minuit, Paris.
- _____, (1982), *Ce que parler veut dire. L'économie des échanges linguistiques*, Fayard, Paris.
- _____, (1986), “La force du droit; éléments pour une sociologie du champ juridique”, *Actes de la recherche en sciences sociales*, 64.
- _____, (1987), *Choses dites*, Minuit, Paris.

BIBLIOGRAFÍA

- _____, (1989), *La noblesse d'état: Grand corps et grandes écoles*, Minit Paris.
- _____, (1994), *Raison Pratiques: Sur la théorie de l'action*, Seuil, Paris.
- Bourdieu, P., & Wacquant, L.J.D. (1992), *An Invitation to Reflexive Sociology*, The University of Chicago Press, Chicago.
- Boyle, J., (1985), "The Politics of Reason: Critical Legal Theory and Local Social Thought", University of Pennsylvania *Law Review*.
- Brigham, J., (1987), *The Cult of the Court*, Temple University Press, Philadelphia.
- Brown, W., (1995), *States of Injury: Power and Freedom in Late Modernity*, Princeton University Press, Princeton.
- Brown, W., & Williams, P., (2003), *La crítica de los derechos.*, I. C. Jaramillo, (Ed.), Siglo del Hombre, Bogotá.
- Calavita, K., (1996), "The New Politics of Immigration: «Balanced-Budget Conservatism» and the Symbolism of Proposition 187", *Social Problems*, 43, pp. 284-305.
- _____, (2010), *Law & Society. An Introduction to the Study of Real Law*, University of Chicago Press, Chicago.
- Calebresi, G., (1970), *The Cost of Accidents: a Legal and Economic Analysis*, Yale University Press, New Haven.
- Campbell, J., (2004), *Institutional Change and Globalization*, Princeton University Press, Princeton.
- Camps, V., (1988), *Ética, retórica y política*, Alianza, Madrid.
- Carbonnier, J., (1958), "Effectivité et ineffectivité de la règle du droit", *l'année sociologique*, 1957-1958.
- _____, (1978), *Sociologie Juridique*, PUF, Paris.
- Carré de Malberg, R., (1922), *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Sirey, Paris.

BIBLIOGRAFÍA

- Cassirer, E., (1987), *Antropología filosófica*, Fondo de Cultura Económica, México, D.F.
- _____, (1993), *Le mythe de l'Etat*, Gallimard, Paris.
- Castellanos, J. & Suárez, F., (1999), “Financiación de la vivienda, retos y soluciones”, en *Debates de coyuntura económica - Fedesarrollo*, 49, pp. 7-18.
- Chemerinsky, E., (1998), “Can Courts Make a Difference?”, en *Redefining Equality*, Neal Devins y Davison M. Douglas., Oxford University Press, Oxford, pp. 191-204.
- Chevallier, J.-J., (2003), *L'Etat post-moderne*, LGDJ, Paris.
- Chomsky, N., (1968), *Language and Mind*, Harcourt, Brace & World, New York.
- _____, (1975), *Estructuras sintácticas*, Siglo XXI, México, D.F.
- _____, (1979), *Reflexiones sobre el lenguaje*, Ariel, Barcelona.
- Clavero, B., (1994), “La ley del código: transplantes y rechazos constitucionales por España y por América”, *Quaderni Fiorentini*, 23, pp. 80-194.
- Coase, R., (1960), “The Problem of Social Cost”, *Journal of Law and Economics*, 3, pp. 1-44.
- Comisión Asesora de Política Criminal, (2012), “Informe final. Diagnóstico y propuesta de lineamiento de política criminal para el Estado Colombiano”.
- Commaille, J., (1989), “La sociologie du droit en France. Les ambiguïtés d'une specialisation”, *Sociologia del Diritto*, 16, 19.
- _____, (2003), “Droit et politique”, en *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Paris.
- Commaille, J. & Perrin, J.F., (1985), “Le modèle de Janus de la sociologie du droit”, *Droit et société*, 1, pp. 95-113.

BIBLIOGRAFÍA

- Commaille, J., Demoulin, L. & Robert, C., (2010), *La juridisation de la Politique*, LGDJ, Paris.
- Correas, Ó., (1993), *Crítica de la ideología jurídica*, Universidad Autónoma de México, México.
- Coseriu, E. (1967), *Teoría del lenguaje y lingüística general*, Gredos, Madrid.
- Coskun, D., (2007), *Law as Symbolic Form; Ernes Cassirer and the Anthropocentric View of Law*, Springer, Dordrecht.
- Cotterrell, R., (1991), "The durkheimian tradition in the sociology of law", *Law & Soc. Review*, 25(4), pp. 923-946.
- _____, (1992), *The Sociology of Law. An Introduction*. Butterworths, London.
- Crenshaw, K.W. et al., (1995), *Critical Race Theory: The Key Writings that Formed the Movement*, The New Press, New York.
- Crewdson, J., (1983), *The Tarnished Door: The New Immigrants and the Transformation of America*, Times Books, New York.
- Crossman, R.H. & Koestler, A., (1949), *The God that Failed*, Harper Collins, New York.
- Crozier, M. & Friedberg, E., (1977), *L'acteur et le système*, Seuil, Paris.
- Darian-Smith, E., (2013), *Laws and Societies in Global Contexts*, Cambridge University Press, Cambridge M.A.
- Dávila Ladrón de Guevara, A., (1999), "Clientelismo, intermediación y representación política en Colombia: ¿Qué ha pasado en los noventa?", *Estudios Políticos*, 15.
- De Certeau, M., (1999), "Walking in the City", en *The Cultural Studies Reader*, Toutledge, London, New York.
- De Saussure, F., (1945), *Curso de Lingüística General*, Losada, Buenos Aires.

BIBLIOGRAFÍA

- Deas, M., (1993), *Del poder y la gramática y otros ensayos sobre historia, política y literatura colombiana*, Tercer Mundo, Bogotá.
- Derrida, J., (1976), *On Grammatology*. John Hopkins University Press, Baltimore.
- _____, (1997), *Fuerza de ley. El fundamento místico de la autoridad*, Tecnos, Madrid.
- _____, (1998), *De la gramatología*, Siglo XXI, México.
- _____, (2002), "Force of Law: The «Mystical Foundations of Authority»", en *Acts of Religion*, J. Derrida y G. Anidjar, Routledge, Nueva York, pp. 228-98.
- Dupré de Boulois, X., & Kaluszynski, M., (2011), *Le droit en révolution. Regard sur la critique du droit des années 1970 à nos jours*, LDGJ, Paris.
- Durkheim, E., (1899), "Deux lois de l'évolution pénale", *L'Année Sociologique*, 4, pp. 65-95.
- _____, (1983), *The Division of Labor in Society*, The Free Press, New York.
- Durlauf, S. & Nagin, D., (2011), "The Deterrent Effect of Imprisonment" en P. Cook, J. Ludwig, & J. McCrary (Eds.), *Controlling Crime: Strategies and Tradeoffs*, NBER Books, National Bureau of Economic Research.
- Dworkin, R., (1977), *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge Mass.
- Echeverri, J.C.; García, O. & Urdinola, B., (1999), "Evolución y crisis de un modelo de desarrollo", *Archivos de Macroeconomía*, 128.
- Eco, U., (1984), *Semiotica e Filosofia del Linguaggio*, Einaudi, Turin.
- Edelman, L., (1992), "Legal Ambiguity and Symbolic Structures: Organization Mediation of Civil Rights Law", *American Journal of Sociology*, 97(6).

BIBLIOGRAFÍA

- Edelman, M., (1964), *The symbolic uses of politics*, University of Illinois Press, Urbana.
- _____, (1971), *Politics as Symbolic Action: Mass Arousal and Quiescence*, Markham, Chicago.
- _____, (1977), *Political Language: Words that Succeed and Policies that Fail*, Academic Press, New York.
- Ehrlich, E., (1922), "The Sociology of Law", *Harvard Law Review*, 36, pp. 94-109.
- Elliott, J.H., (2006), *Imperios del mundo atlántico*, Taurus, Madrid.
- Ellmann, S., (1995), "Struggle and Legitimation", *Law and Social Inquiry*, 20(2), p. 340.
- Engels, F., (1955), "The Housing Question", en *Karl Marx and F. Engels Selected Works*, Foreign Languages Publishing House, Moscú.
- Epp, C.R., (1998), *The Rights Revolution*, University of Chicago Press, Chicago.
- Escalante, F., (2004), *Estampas de Lilibut; bosquejos para una sociología en México*, Fondo de Cultura Económica, México.
- _____, (2006), *Menos Hobbes y más Maquiavelo*, México.
- _____, (2009, septiembre 1), "Homicidios 1990-2007", *Nexos*. Recuperado a partir de <<http://www.nexos.com.mx/?P=leerarticulo&Article=776>>.
- Escobar, A., Álvarez, S. & Dagnino, E. (2001), *Política cultural y cultura política. Una nueva mirada sobre los movimientos sociales latinoamericanos*. ICANH, Bogotá.
- Esquirol, J., (2003), "Continuing Fictions of Latin American Law", *Florida Law Review*, 41(1), pp. 41-114.
- _____, (2011), "The Turn to Legal Interpretation in Latin America", en *American University International Law Review*, 26(4), pp. 1031-1072.

BIBLIOGRAFÍA

- Evans, P., (2004), "Development as Institutional Change: The Pitfalls of Monocropping and the Potentials of Deliberation", *Studies in Comparative International Development*, 38, pp. 30-52.
- _____, (2007), *Instituciones y desarrollo en la era de la globalización liberal*. ILSA, Bogotá D.C.
- Ewick, P. & Silbey, S., (1992), "Conformity, Contestation and Resistance: An Account of Legal Consciousness", *New England Law Review*, 26.
- _____, (1998), *The Common Place of Law: Stories from Everyday Life*, University of Chicago Press, Chicago.
- Faria, J.E., (1988), *Eficacia jurídica e violencia simbólica. O direito como instrumento de transformacao social*, Universidade de São Paulo, São Paulo.
- Feeley, M., (1992), "Hollow Hopes, Flypaper, and Metaphors", *Law & Soc. Review*, 17, pp. 745-60.
- Feyerabend, P. K., (1981), *Contra el método*, Ariel, Barcelona.
- Figuroa, J., (2012), "Sociolegal Studies in Mexico", *Annual Reviews of Law and Social Science*, 8, 307-321.
- Findji, M.T., (1992), "From Resistance to Social Movement: The Indigenous Authorities Movement in Colombia", en A. Escobar & S. Álvarez (Eds.), *The making of Social Movements in Latin America: Identity, Strategy and Democracy*, Westview Press, Boulder (Colorado), pp. 113-133.
- Fisher, W.; Horwitz, M. & Reed, T., (1993), *American Legal Realism*, Oxford University Press, New York, Oxford.
- Fitzpatrick, P., (1992), *The Mythology of Modern Law: Sociology of Law and Crime*, Routledge, London.
- Forbath, W., (1991), *Law and the Shaping of the American Labor Movement*, Harvard University Press, Cambridge M.A.

BIBLIOGRAFÍA

- Foucault, M., (1980), *Power/Knowledge: Selected Interviews and Other Writings*, Pantheon, New York.
- _____, (1986), *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, México.
- France, A., (1984), *Le Lys rouge*, Calmann-Lévy.
- Fraser, N., (1998), "Social Justice in the Age of Identity Politics: Redistribution, Recognition, and Participation", en *The Tanner Lectures on Human Values*, Vol. 19, University of Utah Press, Utah, pp. 1-67.
- Friedman, L., (1975), *The Legal System*, New York.
- _____, (2002), *American Law in the Twentieth Century*. New Haven: Yale University Press.
- Gabel, P., (1980), "Reification in Legal Reasoning", *Research in Law and Sociology*, 3.
- Gabel, P. & Harris, P., (1983), "Building Power and Breaking Images: Critical Legal Theories and the Practice of Law", *New York University Review of Law and Social Change*, 11, pp. 369-412.
- Galanter, M., (1983), "The Radiating Effect of Courts", en *Empirical Theories of Courts*, Longman, New York, pp. 117-142.
- Gallón, G., (1979), *Quince años de estado de sitio en Colombia 1958-1978*. América Latina, Bogotá.
- García Villegas, M., (1993), *La eficacia simbólica del derecho: examen de situaciones colombianas*, Uniandes, Bogotá.
- _____, (1997), "Las fronteras del derecho", *Pensamiento Jurídico*, 8.
- _____, (2003a), "Symbolic Power without Symbolic Violence?", *Florida Law Review*, 55, pp. 157-189.
- _____, (2003b), "Estado de Excepción en Colombia", en *Seguridad y libertades individuales en Colombia*, Defensoría del Pueblo y GTZ (Agencia de cooperación alemana), Bogotá, pp. 103-110.
- _____, (2004), "On Bourdieu's Legal Thought", *Droit et Société*, 55.

BIBLIOGRAFÍA

- _____, (2005a), “Apuntes sobre codificación y costumbre en la historia del derecho colombiano”, *Opinión Jurídica*, 4(8), pp. 53-71.
- _____, (2005b), “Sociedad de emergencia. Acción colectiva y violencia en Colombia”, Defensoría del Pueblo - Oficina para la Coordinación de la Atención al Desplazado.
- _____, (2006), “Comparative Sociology of Law: Legal Fields, Legal Scholarship, and Social Sciences in Europe and the United States”, *Law & Social Inquiry*, 31, pp. 343-383.
- _____, (2008), *Jueces sin Estado*, Siglo del Hombre - Dejusticia, Bogotá.
- _____, (2009), *Normas de papel. La cultura del incumplimiento de normas*, Siglo del Hombre, Bogotá.
- _____, (2010). *Sociología crítica del derecho*, México: Fontamara.
- _____, (2012), “Constitucionalismo aspiracional: Derecho, democracia y cambio social en América Latina”, *Análisis Político*, 75, pp. 89-110.
- García Villegas, M. & Espinosa, J.R., (2011), “Un Estado aparte: debilidad institucional y realidad social en Riohacha”, en *Historias municipales de debilidad institucional*, Dejusticia, Bogotá.
- _____, (2013). *El derecho al Estado. Los efectos legales del apartheid institucional en Colombia*. Bogotá: Dejusticia.
- García Villegas, M. y Espinosa J.R. (2013), *El derecho al Estado. Los efectos legales del apartheid institucional en Colombia*, Dejusticia, Bogotá.
- García Villegas, M.; Espinosa J.R. & Jiménez F., (2013), “Instituciones y narcotráfico. La geografía judicial de los delitos de drogas en Colombia”, *Serie Documentos*, 5, Dejusticia, Bogotá.
- García Villegas, M.; Jaramillo, I.C. & Restrepo, E. (Eds.), (2006), *Crítica Jurídica. Teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos*, Universidad de los Andes - Universidad Nacional, Bogotá.

BIBLIOGRAFÍA

- _____, (2007), “Estudio preliminar”, en *Crítica jurídica. Teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos*, Universidad Nacional y Universidad de los Andes, Bogotá.
- García Villegas, M. & Revelo Rebolledo, J., (2010), *Estado alterado. Clientelismo, mafias y debilidad institucional en Colombia*, Dejusticia, Bogotá.
- García Villegas, M. & Rodríguez Garavito, C.A., (2003). *Derecho y sociedad en América Latina*, ILSA y Universidad Nacional, Bogotá.
- García Villegas, M. & Saffon, M.P., (2011), *Crítica jurídica comparada*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.
- García Villegas, M., & Uprimny, R., (2004), “Corte Constitucional y emancipación social en Colombia”, en B. de S. Santos & M. García Villegas (Eds.), *Emancipación social y violencia en Colombia*, Norma, Bogotá, pp. 163-204.
- _____, (2006), *El control judicial de los estados de excepción en Colombia*, Norma, Bogotá.
- Gargarella, R. (2005), *El derecho a la protesta, Ad-Hoc*, Buenos Aires.
- _____, (2011), “Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina”, en César Rodríguez, *El derecho en América Latina; un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires. pp. 87-108.
- Garland, D. & Sparks, R., (2000), *Criminology and Social Theory*, Oxford University Press, Oxford.
- Garzón, I. & Botero, A., (2012), “El debate público sobre cuestiones éticas y religiosas en Colombia: algunas lecciones habermasianas”, en *Tolerancia y derecho; un análisis de los derechos LGBTI*, Universidad de Medellín, Medellín, pp. 171-199.
- Gaviria, A., & Mejía, D. (Eds.), (2011), “Políticas antidroga en Colombia: éxitos, fracasos y extravíos”, Universidad de los Andes, Bogotá.

BIBLIOGRAFÍA

- Geertz, C., (1983), "Local Knowledge: Further Essays", en *Interpretive Anthropology*.
- Girola, L., (2009), "La cultura del «como si». Normas, anomia y transgresión en la sociedad mexicana", en *¿Se acata pero no se cumple? Estudios sobre las normas en América Latina*, LOM Ediciones, Santiago de Chile, pp. 21-56.
- Gordon, R., (1984), "Critical Legal Histories", *Stanford Law Review*, 57, p. 36.
- _____, (1998), "Some Critical Theories on Law and their Critics", en *The Politics of Law*, New York.
- Grattet, R., & Jenness, V., (2008), "Transforming Symbolic Law into Organizational Action: Hate Crime Policy and Law Enforcement Practice", *Social Forces*, 87.
- Gros, C. (1993), "Derechos indígenas y nueva Constitución", *Análisis Político*, 19, pp. 8-24.
- Gros, C., (1997), "Antropología en la modernidad", en *Indigenismo y etnicidad: el desafío neoliberal*, ICANH, Bogotá, pp. 15-59.
- Grossi, P., (2003), *Mitología jurídica de la modernidad*, Trotta, Madrid.
- Gusfield, J., (1963), *Symbolic Crusade: Status Politics and the American Temperance Movement*. University of Illinois Press, Urbana.
- _____, (1967), "Moral Passage: The Symbolic Process in the Public Designation of Deviance", *Social Problems*, 15, p. 175.
- Gutiérrez, F., (1998), *La ciudad representada, política y conflicto en Bogotá*, Tercer Mundo - IEPRI, Bogotá.
- Guzmán, F., (2000), *Apropiaciones: homosexuales y derecho en Colombia*, tesis de Licenciatura en Antropología, Universidad de los Andes, Bogotá.
- Habermas, J., (1998), *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid.

BIBLIOGRAFÍA

- Hägerström, A., (1953), *Inquiries into de Nature of Law and Morals*, Upsala.
- Halley, J.E., (1993), "Reasoning About Sodomy: Act and Identity In and After Bowers v. Hardwick", *Virginia Law Review*, 79, p. 1721.
- _____, (2005), "Razonar sobre la sodomía: acto e identidad en y después de Bowers c. Hardwick", en M. García Villegas, I.C. Jaramillo Sierra, & E. Restrepo Saldarriaga (Eds.), *Crítica jurídica: teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos*, Uniandes - Universidad Nacional, Bogotá.
- Handler, (1978), *Social Movements and the Legal System: A Theory of Law Reform and Social Change*, Academic Press, New York.
- Hart, H.L.A., (1961), *The Concept of Law*, Claredon Press, Oxford.
- Hierro, L., (2010), *La eficacia de las normas jurídicas*, Fontamara, México.
- Hirschl, R., (2004), *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Harvard University Press, Cambridge.
- Hobbes, T., (1989), *Leviathan*, Altaya, Madrid.
- Hoff, K. & Stiglitz, J., (2001), "Modern Economic Theory and Development", en G. Meier & J. Stiglitz (Eds.), *Frontiers of Development Economics*, Oxford University Press, New York, pp. 389-459.
- Hoyos, I.M., (2005), "Entre el delito del aborto y el derecho a abortar", en *La constitucionalización de las falacias. Antecedentes a una sentencia*, Temis, Bogotá, pp. 4-114.
- Hunt, A., (1993), *Explorations in Law and Society: Toward a Constitutive Theory of Law*, Routledge, London.
- Hutchinson, A., (1992), "Doing the Right Thing? Toward a post-modern politics", *Law & Soc. Review*, 26, pp. 773-787.
- Iglesias, E. & Valdés, F., (2001), "LatCrit at Five: Institutionalizing a Post-Subordination Future", *Denver University Law Review*, 78, 1249.

BIBLIOGRAFÍA

- Ignatieff, M., (2003), *Los derechos humanos como política*. Barcelona: Paidós.
- Israël, L. (2009), *L'Arme du droit*, SciencesPo - Les Presses, Paris.
- Iturralde, M., (2010), *Castigo, Liberalismo autoritario y justicia penal de excepción*, Siglo del Hombre, Bogotá.
- Jaramillo, I.C. & Alfonso, T., (2008), *Mujeres, cortes y medios: la reforma judicial del aborto*, Siglo del Hombre - Uniandes, Bogotá.
- Jenness, V., (2004), "Explaining Criminalization: From Demography and Status Politics to Globalization and Modernization", *Ann. Rev. Soc.*, 30, 147.
- Jenness, Grattet, Ryken and Valerie, (2008), "Transforming Symbolic Law into Organizational Action: Hate Crime Policy and Law Enforcement Practice", *Social Forces* 87(1), pp. 501-528.
- Jenness, V. & Smyth, M., (2011), "The Passage and Implementation of the Prison Rape Elimination Act: Legal Endogeneity and the Uncertain Road from Symbolic law to Instrumental Effects", *Stanford Law and Policy Review*, 22, pp. 489- 527.
- Jessop, B., (s.f.), "On Recent Marxist Theories of Law, the State and Juridico-political Ideology", *International Journal of the Sociology of Law*, 8(4), pp. 339-368.
- Jhabvala, F., (1987), *On Human Rights and the Socio-Economic Context*, Vol. 296, Martinus Nijhoff Publishers, Hingham, MA:.
- Julien, C., (1988), Editorial, *Le Monde Diplomatique*, enero.
- Kahn, P., (1999), *The Cultural Study of Law: Reconstructing Legal Scholarship*, Chicago University Press, Chicago.
- Kairys, D., (1998), *The Politics of Law: A Progressive Critique*, Basic Books, New York.

BIBLIOGRAFÍA

- Kalmanovitz, S., (1999), “Las consecuencias económicas de los fallos de la Corte Constitucional”, *Economía colombiana y coyuntura política*, pp. 124-130.
- Kaluszynski, M., (2010), “Sous les pavés, le droit /Le mouvement critique du droit : ou quand le droit retrouve la politique”, *Droit et Société*, (76), pp. 523-541.
- Keck, M., & Sikkink, K., (1998), *Activists Beyond Borders. Advocacy Networks in International Politics*, Cornell University Press, Ithaca, N.Y.
- Kelsall, & Staggs, M., (2009), “Symbolic, Shambolic or Simply Sui Generis? Reflections from the Field on Cambodia’s Extraordinary Chambers”, *Law in Context*, 27(1), 154.
- Kelsen, H., (1981), *Teoría pura del derecho*, Editora Nacional, México.
- Kennedy, David, (1995), “An Autumn Weekend”, en *After Identity*, Routledge, pp. 191-209.
- Kennedy, Duncan, (1976), “Form and Substance in Private Law Adjudication”, *Harvard Law Review*, 89, 1685.
- _____, (1997a), *A Critique of Adjudication*, Harvard University Press, Cambridge.
- _____, (1997b), *A Critique of Adjudication*, Harvard University Press, Cambridge.
- _____, (2001), “A Semiotics of Critique”, *Cardozo Law Review*, 22, pp. 1147-1189.
- _____, (2005), *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Uniandes, Instituto Pensar y Siglo del Hombre, Bogotá D.C.
- Khun, T. S., (1971), *La estructura de las revoluciones científicas*, Fondo de Cultura Económica, México, D.F.
- King, R. & Sunstein, C., (1999), “Doing Without Speed Limits”, *B.U.L. Review*, 79(155), pp. 162-168.

BIBLIOGRAFÍA

- Krielle, M., (1980), *Introducción a la teoría del Estado*, Depalma, Buenos Aires.
- Lane, P., (1998), “Ecofeminism Meets Criminology”, *Theoretical Criminology*, 2, pp. 235-48.
- Lascoumes, P., (1991), “Le Droit comme Science Sociale. La place de E. Durkheim dans le débats entre juristes et sociologues a la Charniere des deux dernieres siecles”, en *Normes juridiques et regulation sociale*, LGDJ, Paris.
- Lascoumes, P., & Serverin, E. (1986). Théories et pratiques de l'effectivité du droit. *Droit et Société*, (2), 127-150.
- Legrand, P. (1999), *Le droit comparé*, PUF, Paris.
- Lemaitre Ripoll, J. (2009), *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Uniandes, Bogotá D.C.
- _____, (2011a), *Derechos enterrados; comunidades étnicas y campesinas en Colombia. Nueve casos de estudio*, Universidad de Los Andes.
- _____, (2011b), *La paz en cuestión*, Ediciones Uniandes, Bogotá.
- Lemaitre Ripoll, J. & Albarracín, M., (2010), “El derecho a la dosis personal y la guerra a las drogas: un estudio de la liberalización de las políticas sobre el consumo en Bogotá, Colombia”, en A. Gaviria y D. Mejía, *Drogas ilícitas en Colombia. Su impacto político, económico y social*, Uniandes, Bogotá.
- Lenoble, J. & Ost, F., (1980), *Droit, Mythe et raison*, Facultés Universitaires de Saint-Louis, Bruxelles.
- Lerner, M., (1973), “Constitution and Court as Symbols”, *The Yale Journal*, 46.
- Lévi-Strauss, C., (1984), *Antropología estructural*, Buenos Aires.
- Lopes, J. R. de L., (2004), *As Palavras e a Lei*, FGV, São Paulo.

BIBLIOGRAFÍA

- López, C. (Ed.), (2010), *Y refundaron la patria... De cómo mafiosos y políticos reconfiguraron el Estado colombiano*, Corporación Nuevo Arcoiris, Congreso Visible, Dejusticia, Grupo Método y MOE, Bogotá.
- Loveman, B., (1993), *The Constitution of Tyranny, Regimes of Exception in Spanish America*, University of Pittsburgh Press, Pittsburg.
- Luhmann, N., (1983), *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- _____, (1987), *Teoria Politica nello Stato del Benessere*, Franco Angeli, Milano.
- Macaulay, S.; Friedman, L., & Mertz, E., (2007), *Law in Action*, Foundation Press, New York.
- MacKinnon, C.A., (1982), "Feminism, Marxism, Method, and State: An Agenda for Theory", *Signs*, 7, pp. 515-544.
- Mader, L., (1985), *L'Evaluation Législative; Pour une étude empirique des effets de la législation*, Payot, Lausanne.
- Madrazo, A., (2012, noviembre 6), Narcocorridos, cultura popular y guerra contra el narcotráfico, Presentado en *III Seminario sobre política de drogas en América Latina* (SePoDrA), Aguascalientes.
- Madsen, M. & Dezalay, Y., (2002), "The Power of the Legal Field: Pierre Bourdieu and the Law", en *An Introduction to Law and Social Theory* (Hart Publishing.), R. Banakar et M. Travers, Oxford.
- Marx, K. (1964), *Early Writings*, McGraw-Hill, New York.
- _____, (1978), "La cuestión Judía", en R. Tucker (Ed.), *Marx-Engels Reader*, W.W. Norton and Co., New York, London.
- Marx, K. & Engels, F., (1842, noviembre), "Proceeding of the Sixtith Rhine Province Assembly - Third Article - Debates on the Law of the Tefth of Wood", *Rheinische Zeitung* # 289, 300, 303, 305 y 307.

BIBLIOGRAFÍA

- _____, (2000), *Manifiesto Comunista*, Ediciones El Aleph.
- McCann, M., (1994), *Rights at Work: Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization*, University of Chicago Press, Chicago.
- _____, (2004), "Law and Social Movements", en *The Blackwell Companion to Law and Society*, Blackwell Publishing Malden, Massachusetts.
- Mejía Quintana, O., (1998), *Derecho, legitimidad y democracia deliberativa*, Temis, Bogotá.
- _____, (2011), "La Constitución del 91 revisitada. Dos décadas de una constitución sitiada", en O. Mejía & N. Encinales (Eds.), *Elementos para una historia de la filosofía del derecho en Colombia*, Bogotá, Ibáñez, pp. 178-202.
- Méndez, J.; O'Donnell, G., & Pinheiro, P., (1999), *The (un)rule of law in Latin America*, University of Notre Dame Press, Notre Dame.
- Merry, S.E., (2004), "Colonial and Postcolonial Law", en Austin Sarat, *The Blackwell Companion to Law and Society*, Blackwell Publishing, Malden Massachusetts, pp. 569-588.
- Merton, R., (1956), *Teoría y estructuras sociales*, Fondo de Cultura Económica, México, D.F.
- Meyer, J.W., (1991), "Institutionalized Organizations: Formal Structure as Myth and Ceremony", en *The New Institutionalism in Organizational Analysis*, University of Chicago Press, Chicago.
- Mezey, N., (2001), "Law as Culture", *Yale Journal of Law and the Humanities*, 13, pp. 35-67.
- Michaud, Y., (1978), *Violence et Politique*, Gallimard, Paris.
- Migdal, J. S. (2001). *State in Society. Studying How States and Societies Transform and Constitute one Another*. Cambridge: Cambridge University Press.

BIBLIOGRAFÍA

- _____, (2011). “El Estado en la sociedad. Una nueva definición del Estado. (Para superar el estrecho mundo del rigor)”, en *Estados fuertes, Estados débiles*, FCE, México.
- Minda, G., (1995), *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's End*, New York University Press, New York.
- Ministerio de Justicia, (1990), *Competencia especializada en materia de orden público*, Ministerio de Justicia, Bogotá.
- Minow, M., (1987), “Interpreting Rights: An Essay for Robert Cover”, *Yale Law Journal*, 96.
- Mockus, A., (1994), “Anfibios culturales y divorcio entre ley, moral y cultura”, *Análisis Político*, 21.
- Mockus, A., & Corzo, J., (2003), *Cumplir para convivir. Factores de convivencia y su relación con normas y acuerdos*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.
- Molano, A., (1993), *Así mismo - Relatos*, Los Cuatro Elementos, Bogotá.
- Moore, W.J., & Newman, R., (1985), “The Effects of Right-to-Work Laws: A Review of the Literature”, *Industrial and Labor Relations Review*, 38, pp. 571-585.
- Morand, Ch-A., (1982), “Essai de théorie de la loi à l'occasion d'une étude de mise en oeuvre”, en *Le droit en action*.
- _____, (1985), *L'Évaluation législative. Pour un étude empirique des effets de la législation*, Payot, Lausanne.
- Morgan, M., (1999), “Taking Machismo to Court: The Gender Jurisprudence of the Colombian Constitutional Court”, *Interamerican Law Review*, 30(2), pp. 255-342.
- Morgenthau, H., (1948), *Politics Among Nations*, Knopf, New York.

BIBLIOGRAFÍA

- Morris, C.W., (1938), "Foundations of the Theory of Sign", en *International Encyclopedia of Unified Science*, Chicago University Press, Chicago.
- Motta, C., (1998), "La Corte Constitucional y los derechos de los homosexuales", en *Observatorio de Justicia Constitucional. Balance jurisprudencial de 1996*, Siglo del Hombre, Bogotá, pp. 290-299.
- Múnera, L., (1998), *Rupturas y continuidades. Poder y movimiento popular en Colombia*, IEPRI-CEREC, Bogotá.
- Nadelmann, E., (1998), "Common Sense Drug Policy", *Foreign Affairs*, 77(1), pp. 111-126.
- _____, (2003), "Addicted to failure", *Foreign Policy*, 137, pp. 94-95.
- Neves, M., (1994), *A constitucionalizacáo simbólica*, Academica, São Paulo.
- Nietzsche, F., (1974), *El libro del filósofo*, Taurus, Madrid.
- Noreau, P., (2009), "De la force symbolique du droit", en C. Thi-berge (Ed.), *La force normative, naissance d'un concept*, LGDJ, Paris, pp. 137-150.
- Novoa Monreal, E., (1980), *El derecho como obstáculo al cambio social*. México: Siglo XXI.
- O'Donnell, G., (1992), *Delegative democracy?*, Helen Kellog Institute for International Studies, Notre Dame.
- _____, (1994), "Delegative Democracy", *Journal of Democracy*, 5(1), pp. 55-69.
- Olivecrona, K., (1971), *Law as Fact*, Londres.
- Oliveira, L., (1991), *Images de la démocratie. Droit de l'Homme et pensée politique de gauche au Bresil*, Ecole des Hautes Etudes en Science Sociales (EHESS), Paris.

BIBLIOGRAFÍA

- _____, (2003), "Legal Pluralism and Alternative Law in Brazil: Notes for a Balance", *Beyond Law*, 26, pp. 67-90.
- Onfray, M., (2006), *La puissance d'exister*, Grasset, Paris.
- Orozco, I., (1989), "La guerra del presidente", *Análisis Político*, 8.
- _____, (2005), *Sobre los límites de la conciencia humanitaria; dilemas de la paz y la justicia en América Latina*, Universidad de Los Andes, Bogotá.
- Ost, F. & Van de Kerchove, M., (1987), *Jalons pour une Theorie Critique du Droit*, Facultes Universitaires de Saint Louis, Brussels.
- Paris, M., (2006), "The Politics of Rights: Then and Now", en *Law and Social Inquiry*, 31(4), pp. 999-1034.
- Pashukanis, E., (1978), *Law and Marxism: A General Theory*, Ink Links, London.
- Patiño Santa, J., (1992), *Apertura económica y justicia*, Hojas de papel editores, Texas.
- Pavlich, G., (2000), *Critique and Radical Discourses on Crime*, Ashgate, Aldershot.
- _____, (2011), *Law and Society Redefined*, Oxford University Press, Oxford.
- Paz, O., (1956), *El arco y la lira*, Fondo de Cultura Económica.
- Pécaut, Daniel (1997), "Pasado, presente y futuro de la violencia en Colombia", en *Desarrollo económico*, vol 36, # 144.
- Pélisse, J., (2005), "A-t-on conscience du droit? Autour de legal consciousness studies", *Genèses*, (59), pp. 114-130.
- Perelman, C., (1979), *Logique juridique*, Dalloz, Paris.
- _____, (1984), *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, GDJ, Paris.
- Perelman, C. & Olbrechts-Tyteca, L., (1976), "Trattato dell'argomentazione", en *La nuova retorica*, Einaudi, Turin.

BIBLIOGRAFÍA

- Pérez Correa, C. (Ed.), (2012), *Justicia desmedida: proporcionalidad y delitos de drogas en América Latina*, Fontamara, México.
- Policía Nacional, (1989), "Criminalidad en 1988", en *Revista de la Policía Nacional*, 31.
- Portes, A., (2005), "Institutions and Development: A conceptual Re-Analysis".
- Portes, A., & Smith, L., (2010), "Institutions and National Development in Latin America: A comparative Study", *Socio-Economic Review*, 1, pp. 1-37.
- Powell, W.W. & DiMaggio, P.J. (Eds.), (1991), *The New Institutionalism in Organizational Analysis*, University of Chicago Press, Chicago.
- Presidencia de la República, (1989), *La lucha contra el narcotráfico en Colombia*, Imprenta Nacional.
- Pross, H. (1980), *Estructura simbólica del poder*, Gustavo Gili, Barcelona.
- _____, (1989), *Violencia social de los símbolos*, Anthropos, Barcelona.
- Rajagopal, B., (2003), *International Law from Below: Development, Social Movements and Third World Resistance*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Rappaport, J., (2000), "Redrawing The Nation: Indigenous Intellectuals and Ethnic Pluralism in Colombia".
- Rawls, J., (1978), *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, D.F.
- Restrepo, Ernesto, (1975), *Historia de la provincia de Santa Marta*, Imprenta Nacional, Bogotá.
- Restrepo, Esteban, (2011), *Advancing Sexual Health Through Human Rights in Latin America and the Caribbean*, Documento de trabajo,

BIBLIOGRAFÍA

- Ginebra. Recuperado a partir de <http://www.ichrp.org/files/papers/183/140_Restrepo_LAC_2011.pdf>.
- Rodó, Enrique, (1993), Ariel. *Motivos de Proteo*, Fundación Biblioteca Ayacucho, Caracas.
- Rodríguez Garavito, C., (2011), “Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America”, en *Texas Law Review*, 89, 1669.
- _____, (2012), *Etnicidad.gov*, Dejusticia, Bogotá.
- _____, (2011), *El derecho en América Latina*, Siglo XXI, Buenos Aires.
- Rodríguez Garavito, C. & Arenas, L.C., (2005), “Indigenous Rights, Transnational Activism, and Legal Mobilization: The Struggle of the U'wa People in Colombia”, en B. de S. Santos & C. Rodríguez (Eds.), *Law and Globalization from Below*, Cambridge, University Press Cambridge.
- Rodríguez, C. & Portes, A., (2012), *Las instituciones en Colombia; un análisis sociológico*, Ediciones Uniandes, Bogotá.
- Roelofs, J., (1982), “Judicial Activism As Social Engineering: A Marxist Interpretation of the Warren Court”, en *Supreme Court Activism and Restraint*, Lexington Books, Lexington, MA.
- Roland, G., (2004), “Understanding Institutional Change: Fast-moving and Slow-moving institutions”, *Studies in Comparative International Development*, 38, pp. 109-131.
- Rosen, L., (2008), *Law and Culture: An Invitation*, Princeton University Press, Princeton N.J.
- Rosenberg, G.N., (1991), *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* Chicago University Press, Chicago.
- Rousseau, J.J., (1964), “Du Contrat Social”, en *Oeuvres Complètes*, Gallimard, Paris.

BIBLIOGRAFÍA

- _____, (1993), *El contrato social*, Tecnos, Barcelona.
- Rubio, M., (1999), *Crimen e Impunidad. Precisiones sobre la violencia*, Tercer Mundo, Bogotá.
- Russel, Bertrand 1928, "Eastern and Western Ideals of Happiness", in *Sceptical Essays*, New York: W.W. Norton
- Sáchica, L.C., (1974), *Constitucionalismo colombiano*, Temis, Bogotá.
- Saffon, M.P., (2006), "Can Constitutional Court Be Counterhegemonic Power vis-à-vis Neoliberalism? The Case of the Colombian Constitutional Court", en *Seattle Journal for Social Justice*, 5(2), pp. 533-567.
- _____, (2009), *Back to grievance? Contributions of the 'Tocqueville paradox' to the contemporary discussion about causes of war*, University of Columbia.
- Sandoval, N., (2012), *Movilizarse ante la Corte: trayectorias y efectos de tres episodios de movilización legal constitucional de feministas, indígenas y víctimas de crímenes del Estado en Colombia*, Universidad de los Andes, Bogotá.
- Santos, B. de S., (1977), "The Law of the Oppressed; The Construction and Reproduction of Legality in Pasargada Law", *Law & Soc. Review*, 12.
- _____, (1986), "Uma cartografia simbólica das representacoes sociais: porolegômenos a uma concepcao pos-moderna do direito", *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 24, pp. 139-172.
- _____, (1991), *Estado, derecho y luchas sociales*, ILSA, Bogotá.
- _____, (1995), *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, Routledge, New York.
- _____, (1998), "Participatory Budgeting in Porto Alegre", *Politics & Society*, 26, 461.
- _____, (2002), "Can Law Be Emancipatory?", en *Toward a New Legal Common Sense*, Buttersworth, pp. 439- 495.

BIBLIOGRAFÍA

- _____, (2010), *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*, Plural Editores, La Paz.
- Santos, B. de S., & Carlet, F., (2010), "The Movement of Landless Rural Workers in Brazil and their Struggles for Acces to Law and Justice", en Y. Ghai & J. Cottrell (Eds.), *Marginalized Communities and Access to Justice: Routledge*, pp. 60-82.
- Santos, B. de S. & García Villegas, M., (2001), *El Caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Uniandes - Siglo del Hombre, Bogotá.
- Santos, B. de S., & Rodríguez, C. (2005), *Law and Globalization from Below. Toward a Cosmopolitan Legality*. Cambridge University Press, Cambridge.
- Santos, B. de S. y M.G.V. (1989), *Os direitos humanos na pós-modernidade*, CES - Centro de Estudos Sociais - Coimbra.
- Sarat, A. (1990), "«The Law is All Over»: Power, Resistance and Legal Consciousness of the Welfare Poor". *Yale Journal of Law and the Humanities*, 2, pp. 343-379.
- Sarat, A. & Scheingold, S., (2008), *The Cultural Lives of Cause Lawyers*, Cambridge University Press, Cambridge, M.A.
- Savater, F., (1978), *Panfleto contra El Todo*, Alianza, Madrid.
- Scheingold, S., (1974a), *The Politics of Rights: Lawyers, Public Policy, and Political Change*, Yale University Press, New Haven.
- _____, (1974b), *The Politics of Rights, Lawyers, Public Policy, and Political Change*, Yale University Press, New Haven.
- Scheingold, S. & Sarat, A., (2004), *Something to Believe In: Politics, Professionalism, and Cause Lawyering*, Stanford, University Press Stanford.
- Schlag, P., (2002), "The Aesthetics of American Law", *Harvard Law Review*, 115, pp. 1047-1118.

BIBLIOGRAFÍA

- Smart, C., (1989), *Feminism and the Power of Law*, Routledge, London.
- Stryker, R., (2007), "Half Empty, Half Full, or Neither: Law Inequality, and Social Change in Capitalist Democracies". *Annual Reviews of Law and Social Science*, 3, pp. 69-97.
- Swartz, D., (1997), *Culture and Power: The Sociology of Pierre Bourdieu*, University of Chicago Press, Chicago.
- Tamanaha, B., (2006), *Law as a Mean to an End. Threat to the Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge M.A.
- Teitel, R., (1997), "Transitional Jurisprudence: The Role of Law in Political Transformation", *The Yale Law Journal*, 106, pp. 209-280.
- Thomas, P., (1990), "Ambiguity: the management of dissent", en A.-J. Arnaud (Ed.), *Sociology of Law: Splashes and Sparks. The best of the 1st and 2nd high level seminar, 1989-1990*, Oñati International Institute for the Sociology of Law, Oñati.
- Thompson, E.P., (1975), *Whigs and hunters: The Origin of the Black Act*, Pantheon Books, New York.
- Tilly, C., (2002), *Stories, Identities, and Political Change*, Rowman and Littlefield Oxford.
- Tirado Mejía, A., (1998), "Violence and the State in Colombia", en *Colombia: The Politics of Reforming the State*, St. Martins Press, New York.
- Tocqueville, A., (1972), *El antiguo régimen y la revolución*, Fondo de Cultura Económica, México.
- Todorov, T., (1986), *Simbolismo e interpretazione*, Guida, Napoli.
- Tomlins, C., (2007), "How Autonomous Is Law?", *Annual Reviews of Law and Social Science*, 3, pp. 45-68.
- Touraine, A., (1994), *Qu'est-ce que la Démocratie?*, Fayard, Paris.

BIBLIOGRAFÍA

- Trubek, D. & Esser, J., (1989), “«Critical Empiricism» in American Legal Studies: Paradox, Program or Pandora’s Box?”, *Law and Social Inquiry*, 14, pp. 3-52.
- Tushnet, M., (1984), “An Essay on Rights”, *Texas Law Review*, 62.
- Tushnet, M., & Yackle, L., (1997), “Symbolic Statutes and Real Laws: The Pathologies of The Antiterrorism And Effective Death Penalty Act And The Prison Litigation Reform Act”, *Duke Law Journal*, 47(1).
- Uberhofen, M., (1997), *La corrupción en el derecho comparado*, Konrad Adenauer Stiftung, Buenos Aires.
- Uprimny, R., (1992), *La dialéctica de los derechos humanos en Colombia*, Fundación Universitaria Autónoma de Colombia, Bogotá.
- _____, (2001), “Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía”, *Revista de Derecho Público*, 12, Facultad de Derecho Universidad de los Andes.
- _____, (2006), “Should Courts Enforce Social Rights. The Experience of the Colombian Constitutional Court”, en F. Coomans (Ed.), *Justiciability of Economic and Social Rights: Experiences from Domestic Systems*, Intersentia Uitgevers, p. 355-388.
- _____, (2007), “Judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades, riesgos”, en *Justicia, política y derechos en América Latina*, Prometeo, Buenos Aires.
- _____, (2011a), “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”, en *El derecho en América Latina; un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires.
- _____, (2011b), “The Recent Transformation of Constitutional Law in Latin America: Trends and Challenges”, *Texas Law Review*, 89, 1587.

BIBLIOGRAFÍA

- Uprimny, R.; Guzmán, D. & Parra, J., (2012a), “La judicialización de los delitos de droga: ¿Des-proporción? Un análisis del caso colombiano”, en C. Pérez Correa (Ed.), *Justicia desmedida. Proporcionalidad y delitos de drogas en América Latina* Fontamara, México, pp. 105-137.
- _____, (2012b), *La adicción punitiva. La desproporción de leyes de drogas en América Latina*, Dejusticia, Bogotá. Recuperado a partir de <<http://bit.ly/QMDiJl>>.
- Uprimny, R.; Rodríguez, C.A. & García Villegas, M., (2006), “Las cifras de la justicia”, en *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Norma, Bogotá.
- Uprimny, R.; Uprimny, I.M., & Parra, O., (2006), “Derechos humanos y derecho internacional humanitario”, *Módulo de autoformación, Fundación Social, Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial «Rodrigo Lara Bonilla»*.
- Urrutia, M., (1976), *Historia del sindicalismo en Colombia*, Ediciones Uniandes, Bogotá.
- Valdés, F., (1997), “Under Construction: LatCrit Consciousness, Community, and Theory”, *California Law Review*, 85, 1087.
- Valencia, V.H., (1987), *Cartas de batalla*, CEREC, Bogotá.
- Vattimo, G., (1965), *Essere, storia e linguaggio in Heidegger*, Edizione di Filosofia, Torino.
- _____, (1985), *La fine della modernità. Nichilismo ed ermeneutica nella cultura post-moderna*, Garzanti, Milano.
- Vattimo, G. & Rovatti, P. A. (Eds.), (1983), *El pensamiento débil*. Cátedra, Madrid.
- Velásquez, F., (1989), “La legislación colombiana en materia de estupefacientes” en *Drogas, problemática actual en España y América*, Temis, Bogotá.

BIBLIOGRAFÍA

- Viehweg, T., (1964), *Tópica y jurisprudencia*, Taurus, Madrid.
- Wagner, A.; Tracey, S. & Benavides, F., (2005), *Contemporary Issues on the Semiotics of Law: Cultural and Symbolic Analysis of Law and Global Context*, Hart Publishing, Oxford/Portland.
- Watson, A., (2000), "Legal Transplants and European Law, presentado en *Ius Commune Lecture*, Maastricht.
- Wayne, W., (1997), "The two faces of judicial activism", en D. O'Brien, *Judges on Judging. Views from the bench*, Chatham House Publishers, New Jersey.
- Weber, M., (1958), *Essays on Sociology*, Oxford University Press, New York.
- , (1978), *Economy and Society*, University of California Press, Berkeley.
- , (1986), *Sociologie du droit*, PUF, Paris.
- , (1992), *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México.
- Williams, P., (1991), *The Alchemy of Race and Rights*, Harvard University Press, Harvard.
- Witteveen, W., (1999), "Significant, Symbolic and Symphonic Laws: Communication Through Legislation", en H. Van Schooten, *Semiotics and Legislation: Jurisprudential, Institutional and Sociological Perspectives*, Vol. 27.
- Wittgenstein, L., (1972), *Sobre la certidumbre*, Tiempo Nuevo, Caracas.
- , (1988), *Investigaciones filosóficas*, Grijalbo, Barcelona.
- Wolkmer, A.C., (1988), *Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil*. Sao Paulo: Acadêmica.
- , (1995), *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*, Acadêmica, São Paulo.

BIBLIOGRAFÍA

PUBLICACIONES PERIÓDICAS E INFORMES

Estados Unidos, Departamento de Estado, Informe sobre las violaciones de derechos humanos en Colombia durante 1997.

El Espectador , abril 29 de 1997.

_____, febrero 18 de 1999.

_____, junio 1 de 1999.

_____, junio 6 de 1999.

_____, marzo 24 de 2000.

El Mundo, jueves 31 de agosto de 1989.

_____, jueves 1 de septiembre de 1989.

_____, lunes 4 de septiembre de 1989.

_____, martes 5 de septiembre de 1989.

_____, noviembre 24 de 1989.

_____, diciembre 12 de 1989.

El Tiempo, febrero 5 de 1991.

Human Rights Watch, "World Report 1998".

Gaceta del Congreso , diciembre 24 de 1999, Año VIII, núm. 603.

Instituto Latinoamericano de Servicios Legales (ILSA), Revista *E/Otro Derecho*.

Reinventig Social Emancipation, investigación fue dirigida por Boaventura de Sousa Santos. Disponible en web: <<http://www.ces.uc.pt/emancipa/en/index.html>>.

Revista *Semana*, núm. 106, Bogotá, 1984

BIBLIOGRAFÍA

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional, Salvamento de voto a la Sentencia C-031 de 1993.

_____, Decisión T-436 de 2000.

_____, Sentencia C-075 de 2007

_____, Sentencia C-811 de 2007

_____, Sentencia T-856 de 2007

_____, Sentencia C-336 de 2008

_____, Sentencia T-1241 de 2008

_____, Sentencia C-798 de 2008

_____, Sentencia T-911 de 2009

_____, Sentencia C-029 de 2009

_____, Sentencia C-141 de 2010.

_____, Sentencia T-051 de 2010

_____, Sentencia C-577 de 2011.

Organización Internacional del Trabajo, Concepto T-568 de 1999.

NORMATIVIDAD

Constitución Política de Colombia.

Código Penal de 1980 (Decreto 110 de 1980).

Decreto 1056

Decreto 3664 de 1986.

Decreto 1194 de 1989.

Decreto 604

Decreto 597

BIBLIOGRAFÍA

Decreto 590

Estatuto de Desarrollo Rural.

Estatuto Antiterrorista.

Ley 30 de 1986.

Ley de Biocombustibles.

Ley General Forestal.

República de Colombia, Gobierno de Virgilio Barco, (1984-1990), “Estatuto para la Defensa de la Democracia”, Decreto 180 de 1988.

República de Colombia, Gobierno de César Gaviria, (1990-1994), “Estatuto para la Defensa de la Justicia”.

