

Espacio y tiempo normativos para una concepción jurídica crítica decolonial latinoamericana*

Importancia para una geopolítica de liberación

Por David E. Giordano¹

1. Introducción

Desde una concepción de norma en clave crítico-decolonial y sus dimensiones de espacio y tiempo, se propone la vinculación del Geoderecho con el primer elemento, un concepto de tiempo como institución social, la configuración del concepto de ordenamiento jurídico acabada en la modernidad y su funcionalidad a lógicas imperiales. Por último, el registro de la Constitución de 1949 como conteniendo una concepción geopolítica específica que, a partir de ser la respuesta a las configuraciones políticas globales de segunda posguerra y su diseño global de dominación (Yalta/Potsdam) se incorpora la constitucionalización de una geopolítica de la liberación.

2. Topos de normatividad. Espacio y tiempo críticos-decoloniales. La subjetividad jurídico-normativa específica latinoamericana

El planteo de una epistemología jurídica latinoamericana implica, a nuestro entender un marco teórico de primer grado, de filosofía general, un marco teórico de segundo grado de epistemología jurídica, sus proyecciones hacia la definición de un sujeto, de un objeto, de un método y la fundamentación antropológica de ella. Una teoría jurídica latinoamericana, incardinada en los prismas anteriores, implicaría la revisión y reelaboración de una teoría de la norma, una teoría del orden jurídico y finalmente una teoría de la justicia. Todo ello, implica un replanteo de conocimiento jurídico en forma total. Esa misma tarea, si planteamos una teoría de la norma y del ordenamiento en claves críticas/decoloniales latinoamericanas, un dador de especificidad transita por dos categorías: espacio y tiempo.

Para la literatura jurídica, es un lugar común, que espacio y tiempo es una prolongación de la vigencia de una norma, más concretamente hace a su “campo de vigencia”, así: “la vigencia de las normas generales que regulan la conducta humana –especialmente las normas jurídicas– es una vigencia en el espacio y en el tiempo... El hecho de que una norma sea vigente siempre significa que su vigencia se refiere a cierto espacio y a cierto tiempo; es decir que se dirige a acontecimientos que pueden suceder en algún lugar y en algún momento”².

“Mientras la dogmática jurídica estudia el derecho vigente dentro de un determinado ámbito espacial general, tiende a coincidir con las naciones, una primera superación del punto de vista interno de la dogmática lo constituye la historia del derecho

* [Bibliografía recomendada.](#)

¹ Ganador del Segundo Premio del Concurso de Ensayos Jurídicos para Graduados.

² Conf. Kelsen, Hans, *Teoría general de las normas*, México, Trillas, 1994, p. 150.

y el derecho comparado que suponen una ampliación del objeto de reflexión —el derecho— en una doble dimensión espacial y temporal³.

Sostenemos, entonces, a esas dimensiones espacio/tiempo, enunciadas como esenciales del derecho en su inserción dentro de un determinado horizonte histórico, y los núcleos de sentido que son portadores.

La norma es el resultado de un enunciado o juicio que presupone un acto de conducta humana, situado en el tiempo y donde la norma ha de funcionar como un esquema de explicitación. En otras palabras, el enunciado de que un acto de conducta humana situado en el *tiempo* y el *espacio*, es un acto de derecho, es el resultado de una explicitación específica, a saber, una explicitación normativa.

Concebimos a las categorías de espacio y tiempo, entonces, como topos, arraigos de la normatividad y a su vez categorías dadoras de singularidad y concretización de subjetividad jurídica⁴.

Como instrumentos analíticos, espacio y tiempo, en el plano de lo jurídico, provienen de un escenario —el de la ley estatal— concebido en la negación de otras formas compuestas u heterogéneas, y que es explicado, exclusivamente, a partir de una visión monolítica, y que comprende a los Estados, con la capacidad de generar unidades para la medición de tiempo y espacio altamente homogéneos y comprensibles. Esto tiene un soporte cognoscitivo: el saber practognótico es, en lo humano, el nivel más elemental que encuentra una orientación en el espacio y en el tiempo aprendidas. Sostener como practognosis la acción humana implica partir de la complejidad que el derecho de cada comunidad se hace acreedora de rasgos y características particulares en el espacio y tiempo⁵.

³ Atienza, Manuel, *Introducción al derecho*, Barcelona, Barcanova, 4ª ed., 1991, p. 290.

⁴ Una primera relación, inmediata previa a la normatividad, a la relación con la alteridad, es con el mundo, como habitarlo, cual es la relación con el medio natural, esa pregunta por el habitar se traduce en un pensamiento y praxis acerca de los límites con el Otro, con los hombres y las cosas, y ha de resolverse en una topología, una pregunta por los espacios: espacios sociales, culturales, ecológicos, simbólicos, políticos, jurídicos. Ese habitar lo es en un mundo concreto, situada, en tiempo, pero también en espacio. Heidegger avanza el concepto de claro (*Lichtung*) que se entiende como un lugar (*Ort*) ligado esencialmente al habitar. La existencia en el lenguaje de Ser y tiempo, ahora es comprendido como un morar en la tierra, como un relacionarse con el mundo en el sentido de habérselas con los límites. La pregunta por el Ser ya no sólo se comprende en relación con el tiempo, sino también con el espacio. El concepto de claro, de *Lichtung*, que Heidegger propone, busca pensar, en cambio, en un espacio que no domina, sino que deja ser. El claro es sólo un sitio donde el ser adviene y que funge tan sólo como resguardo de su juego de darse y retirarse (que en Ser y tiempo era anticipado como relación con la muerte). Heidegger, Martin, *Construir, habitar, pensar*, en “La pregunta por la cosa. Sobre la doctrina de los principios transcendentales de Kant”, trad. del alemán, J. M. García Gómez del Valle, Madrid, Palamedes, 2009.

⁵ Aftalión, Enrique R. - Vilanova, José - Raffo, Julio, *Introducción al derecho*, Bs. As., Abeledo Perrot. El concepto de espacio y tiempo lo expone cierta doctrina, sino más cercanamente, como practognosis. Para Merleau-Ponty, la mayor parte de nuestra existencia está regida por una “practognosis”: “una comprensión-en-la-acción”. Así, momentos reflexivos son casi pausas vitales, pero ellos no regulan toda nuestra actividad. Tratadistas han explicado el vocablo acuñado por Merleau Ponty: “Si reflexionamos un poco sobre el conocimiento del hombre común... veremos que él es de dos tipos o clases muy distintos: uno es el saber que se encuentra implícito en un obrar más o menos eficaz; el otro es un conocimiento explícito en palabras cuando el hombre habla acerca de las cosas. Es lo que hemos denominado, respectivamente, practognosis y opinión (*doxa*, en griego). La palabra practognosis es algo difícil pero ineludible. Viene de dos palabras griegas: praxis (acción) y gnosis (conocimiento). La

3. Dimensión temporal/espacial del derecho: dimensiones globales

Hemos dicho que hay dos dimensiones que hacen a “compresión de la acción humana”: espacio y tiempo⁶. Estas dimensiones portan connotaciones específicas si lo abordamos desde un paradigma crítico decolonial. El Estado nacional-territorial está cerrado en la forma geométrica de la esfera. Este cierre es de hecho una “cerca”, una impenetrabilidad desde el exterior hacia el interior, y asimismo designa una unidad jurídica y la política. El ámbito de aplicación de las políticas coincide con el alcance del Estado, y el uno y el otro (del que solo es uno y no dos) reciben en el territorio su determinación física y externa. El asiento de Estado no es un producto azaroso, ni un lugar de intercambiables, sino un vínculo entre una asociación de hombres y moradores de la tierra. Esa unidad, bien fundada, se expresa en la síntesis constructiva de la política y la ley. Lugar de la política y el lugar legal coinciden perfectamente, política y la ley quedan homologadas⁷.

Como instrumentos analíticos, espacio y tiempo, en el plano de lo jurídico provienen de un escenario –el de la ley estatal– cuyo corolario de construcción del Estado-nación moderno es el espacio de legalidad definido por la Constitución que

he tomado de Merleau Ponty y significa, pues, un saber que se encuentra implícito en la acción particulares en espacio y tiempo.

⁶ Desde la decolonialidad: espacio y tiempo, en términos de la modernidad llevan un elemento inherente que es la colonialidad. Desde un campo crítico, concibo a la dimensión temporal del derecho, en estos términos: 1) El tiempo es más una institución social que un fenómeno físico o experiencia psíquica. 2) Consiste en que lo jurídico contribuye a la institución de lo social, esto más que sanciones y prohibiciones como cálculo y gestión el derecho, es un discurso performativo. “3) Es un resultado de una interacción dialéctica de las dos anteriores una temporalización social del tiempo y la institución jurídica de la sociedad. Ost, François, *El tiempo del derecho*, trad. M. G. Benítez Toriello, México, Siglo XXI, 2005.

⁷ Sobre derecho y espacio y la configuración del Geoderecho, ver Irti, Natalino, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2000. Losano, Mario G., Discurso de investidura como doctor Honoris Causa de la Universidad Carlos III de Madrid, 28/1/10, disponible en www.uc3m.es/ss/Satellite/UC3MInstitucional/es/TextoMixta/1371218895959.

El derecho no puede renunciar a ocuparse del espacio geográfico, tanto en el interior del Estado-nación, como en las relaciones entre los Estados o –hoy en día– en el espacio cósmico, todavía por delimitar. Quizá el ejemplo más clásico de la amalgama entre derecho y espacio sea el Tratado de Tordesillas, que dividía el mundo –sólo en parte conocido por aquel entonces– entre España y Portugal. Curioso documento sobre las relaciones entre derecho y espacio: una persona que no era el propietario –el Papa– atribuía a dos Estados soberanos el derecho de propiedad sobre un bien indeterminado, esto es, sobre tierras que en parte eran conocidas y que en parte estaban por descubrir. El derecho no se preocupaba de la geografía, así, se puede leer la formación de los Estados nacionales europeos como una verdadera epopeya geográfica; o geopolítica. En el siglo XIX, discutía si Alemania debía convertirse en un Estado unitario según un modelo groß-deutsch (o sea, que comprendiera tanto a Prusia como a las monarquías danubianas de Austria y de Baviera) o klein-deutsch (o sea, sin Austria y bajo la guía de Prusia). Respecto a la toma del nuevo mundo, Schmitt, Carl, *El nomos de la tierra*, Bs. As., Struhart & Cia, 2005, p. 116 y ss. Sobre Tordesillas y sus implicancias cartográficas-jurídicas, ver Sánchez Martínez, Antonio, *De la “cartografía oficial” a la “cartografía jurídica”: la querrela de las Molucas reconsiderada, 1479-1529*, en <https://nuevomundo.revues.org/56899>. García Soto, Carlos, *La Conquista de América: entre Bulas, Tratados y Capitulaciones*, en <http://prodavinci.com/blogs/la-conquista-de-america-entre-bulas-tratados-y-capitulaciones-por-carlos-garcia-soto>. Sobre cartografía y Estados nacionales ver Nadal, Francesc - Urteaga, Luis, *Cartografía y Estado: los mapas topográficos nacionales y la estadística territorial en el siglo XIX*, Barcelona, Universitat de Barcelona, 1990. Sobre cartografía y poder Harley, J. B., *Hacia una deconstrucción del mapa*, en Laxton, Paul (comp.), “La nueva naturaleza de los mapas: Ensayos sobre la historia de la cartografía”, trad. L. García Cortés y J. C. Rodríguez, México, FCE, 2005.

permite viabilizar un proyecto moderno de la gubernamentalidad. En esta línea de análisis debemos destacar una relación no siempre destacada el análisis jurídico habitual: Hay una relación entre derecho y geografía.

Pero para comprender la modernidad/coloneidad, desplegada como colonialidad en el espacio, se hace necesario el auxilio del Geoderecho. En este, encontramos la interconexión entre las relaciones internacionales, la geopolítica y el derecho. En este sentido, el Geoderecho busca incorporar variables extra-jurídicas, evaluar la consonancia entre Constitución y la estrategia nacional y aquellos objetivos fundamentales fijados por la propia Constitución. Esto presupone de una idea material de constitucionalismo programático que proyecta fines y programas a ser alcanzados en el futuro⁸.

4. Orden jurídico y ordenamiento jurídico. Orden y ordenación

Para Bobbio, en su teoría general del derecho plantea que una “teoría de la norma jurídica” y junto a la “teoría del ordenamiento jurídico” forman una completa teoría del derecho, al menos desde el punto de vista formal. Es menester diferenciar entre conceptos, siguiendo a Rivacoba y Rivacoba: “Orden jurídico es el conjunto armónico de relaciones de vida, reguladas por el derecho, que se dan en una sociedad o un grupo social, en un momento determinado. Se trata, pues, de una realidad social. El ordenamiento jurídico, en cambio, es el conjunto unitario y coherente –o sea, armónico, exento de contradicciones internas– de normas que rigen en un cierto momento dentro de un ámbito espacial determinado. Se trata de una entidad normativa, de naturaleza, por tanto, ideal. Entre orden y ordenamiento media, por consiguiente, la diferencia y relación de principio informante –el segundo– y realidad informada –el

⁸ Conf. Sandoval Góes, Guilherme, *Geopolítica y los centros mundiales de poder*, disponible en <https://es.slideshare.net/ramoncopa/el-geoderecho-y-los-centros-mundiales-de-poder-guilherme-sandoval-ges>. Hay un desarrollo conceptual de la llamada geojurisprudencia y del geoderecho. Geojurisprudencia es un término que acuñó Manfred Langhans-Ratzeburg - Begriff und Aufgaben der Geographischen Rechtswissenschaft (Geojurisprudenz), como un enfoque sistémico de las conexiones de la ciencia jurídica con la geografía y la geopolítica publicado en 1928 como volumen complementario de Zeitschrift für Geopolítica de Karl Haushofer. Losano señala que pretendía ser una ciencia que, para el derecho, quería representar un papel análogo al que cumplía la geopolítica para la geografía, definida como “la rama de la ciencia jurídica que intenta explicar o ilustrar los resultados de la investigación jurídica a través de un tratamiento geográfico y cartográfico”. La cartografía implicaba el ámbito de validez espacial de los fenómenos jurídicos. Para Langhans, la “geojurisprudencia” es una disciplina auxiliar del derecho y, como tal, forma parte del derecho, ya que es este último quien ha de determinar sus objetivos. Si el punto de partida de la geojurisprudencia es el derecho, entonces es posible identificar algunas sub-secciones de ésta en función de las clásicas subdivisiones del derecho. En particular, el “derecho público geográfico” se remite directamente a la geopolítica y a sus autores: aquí se cita ante todo a los padres de la geopolítica, Ratzel y Kjellén, junto con los iuspublicistas que habían demostrado mayor apertura hacia los temas geográficos. Ya Ratzel consideraba que “para muchos iuspublicistas, al igual que para muchos historiadores, el Estado está suspendido en el aire”; para él, sin embargo, el Estado estaba vinculado al suelo, y esta concepción, continuada por Haushofer, suscitó críticas y promovió nuevas investigaciones. La geojurisprudencia tuvo una fortuna limitada en los años de las dictaduras europeas, criticada por los juristas contemporáneos, terminó siendo olvidada por completo. Losano, Mario G., *Direito e geografia: o espaço do direito e o mundo da geografia*. Law and geography: the law's space and the world of the geography, trad. A. de J. Flores, “Direito & Justiça”, vol. 40, n° 1, jan./jun. 2014, p. 84 a 93.

primero—; y, por ello, el ordenamiento funciona, cobra vida y logra su finalidad en el orden”⁹.

Pero otra cosa bien distinta es el concepto de sistema: “hay que guardarse, asimismo, por otra parte, de confundir ordenamiento con sistema, ya que, mientras el primero posee carácter normativo, el segundo lo tiene cognoscitivo; aquél es un conjunto de normas y éste, de conocimientos; el uno constituye el derecho y pertenece al ámbito de la praxis, en tanto que el otro es obra de la ciencia sobre el derecho y se mueve en el plano de la teoría, o, en otras palabras, el ordenamiento proporciona la materia del sistema, y el sistema consiste en la reconstrucción científica del ordenamiento, reduciendo su contenido a conceptos y organizando o disponiendo, éstos según criterios teóricos determinados”¹⁰.

Así, teniendo en cuenta salvedades implícitas en las clasificaciones, se podrá hablar de “teoría del ordenamiento” que se encargará de desarrollar las características que tienen que ver con el modo de funcionamiento del derecho en tanto estructura. En que se presupone la pluralidad de elementos condicionados entre sí, que tiene capacidad para resolver en la aplicación del derecho, contradicciones e insuficiencias normativas con *capacidad de autorregulación*, en la medida que contiene dispositivos para su propia conservación y con poder para poner marcha un mecanismo coactivo para asegurar su eficacia, que a su vez es un sistema cerrado, el sentido de autosuficiencia que no hace depender su validez de otros sistemas normativos, ajenos.

Manuel García Pelayo ha trabajado la antinomia entre orden y ordenamiento y entre ordenamiento y organización, que nos es útil en lo que creemos puede suministrar un concepto de ordenamiento jurídico capaz de incorporar un concepto de pensar situado y por continuidad, un planteo teórico decolonial¹¹. Dice García Pelayo que superado el caos se inaugura el orden. El orden puede tomar dos formas ordenación u organización. Esto es la antinomia entre un orden inmanente a los objetos y un orden artificial y creado. Lo primero es ordenación, lo segundo es organización. En primer lugar, son los dos términos válidos para entender y sistematizar la realidad jurídica y social. La organización supone un sujeto extraño o destacado del objeto a organizar y del que en cuanto organiza se encuentra diferenciado, mientras que en la organización se encuentra inmerso sin diferenciación ni separación. La ordenación actúa con un objetivo consiente del sujeto ordenador y trasciende al objeto a organizar. En la ordenación la finalidad es inmanente al objeto mismo.

La organización supone una norma organizadora de carácter racional que ha de adaptarse al objeto, el orden normativo de la organización, sea que emergiera del contrato o de sí mismo.

Ordenación es un conjunto constituido por una pluralidad de componentes. En la ordenación no hay modelos previos de tal forma que la formulación sigue a la praxis mientras que en la organización claro está, se da una relación de prelación en la

⁹ De Rivacoba y Rivacoba, Manuel, *El ordenamiento jurídico*, “Revista de Ciencias Sociales”, de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales de la Universidad de Chile, Homenaje a Hans Kelsen, Valparaíso, dic. 1974, p. 225 a 228. Disponible en <https://sanasideas.files.wordpress.com/2013/04/manuel-de-rivacoba-en-parrafos-orden-y-ordenamiento-juridicos1.pdf>.

¹⁰ De Rivacoba y Rivacoba, *El ordenamiento jurídico*.

¹¹ García Pelayo, Manuel, *Orden, ordenación y organización*, Caracas, Fundación M. García Pelayo, 1998.

formulación. Se trata de dos elementos fluyentes que cada uno puede aparecer conteniendo elementos del otro. Esto no obsta a que un momento histórico o un proceso social se nos presente con caracterizaciones diferenciadas en la clasificación¹². Lo destacable es que sirven para la intelección de la sociedad y de la historia, la ordenación gremial, se opone a la organización mercantilista y manufacturera y la ordenación económica liberal se opone a la organización de la economía planificada. En el terreno jurídico se oponen la ordenación derecho consuetudinario y jurisprudencia a derecho legal: es la antinomia normativismo /decisionismo, ordenamiento jurídico y orden concreto.

La modernidad, desde el absolutismo en adelante, se caracterizó en un creciente aumento de la organización, y que los órdenes no se legitiman por el solo hecho de existir sino por cumplir los fines planteados por los hombres en la medida que tenga un potencial para crear un nuevo orden o crear nuevos órdenes diferentes de la tradición.

Por otro lado, dice García Pelayo, se dará un proceso de mutaciones de las ordenaciones en organizaciones, y la creación de estas para el cumplimiento de diferentes objetivos, pero particularmente se dará en el terreno económico y político-jurídico. Los gremios son sustituidos por las empresas, las milicias locales mutan en ejércitos regulares, el aparato del Estado se burocratiza.

La práctica organizacional se ha de configurar como una práctica de policía, “urbe more geométrico”, según la feliz expresión de García Pelayo¹³. Así, tenemos

¹² La Edad Media es una ordenación en su conjunto, el feudalismo era una ordenación adaptada en cada momento, a cada realidad concreta, esto no obsta a que haya formas de organización, v.gr., La vida en los monasterios. El sistema económico del liberalismo era una ordenación. Ahora, toda ordenación en la medida de que en algún punto requiere una adaptación al objeto conlleva una organización. Y una organización en la medida que tiende a perdurarse, o busca hacerlo, conlleva una ordenación.

¹³ García Pelayo establece diferencias de funciones y posicionamientos en los órdenes. Habrá funciones de los órdenes, entendidas como ciertos actos que dan resultados significativos en un positivo (funcionales) o negativo (disfuncionales). Habrá funciones internas nominalmente proclamadas y funciones efectivas se percibe en sus resultados y significaciones reales. En cada orden habrá, además, posiciones ordenadoras, que orientan o dirigen el orden intencionalmente y fácticamente, también se pueden designar como condicionantes, y posiciones ordenadas, operan en el marco de las anteriores. Ambas posiciones pueden coincidir en el mismo componente y será a la vez sujeto pasivo y activo o determinante y determinado. Un orden integra dos determinados momentos a ver de García Pelayo: a) Uno es el desarrollo o proceso interno que comprende el sistema de relaciones entre funciones, de ámbito limitado o resultados parciales y llevados a cabo por cada uno de sus elementos. b) Un resultado total o exterior (*out put*) que comprende el estado de cosas generadas en el desarrollo del orden. Este estado de cosas, son genéricamente designables como “finalidad” y pueden tener carácter intencional, planteado de antemano como resultado querido, esto es designable como “desiderátum”, o aquel estado de cosas puede ser sencillamente una consecuencia del funcionamiento del orden, por haberse desviado de la finalidad o no haberse planteado. Tanto el modelo de desarrollo como el de resultados últimos, puedes ser imaginados previamente a su operatividad o actualización empírica en cuyo caso se prevé un modelo conforme: I. Resultados a alcanzar. II Objetivos parciales o intermedios con sus funciones asignadas. III. El sistema de resultados parciales con sus funciones respectivas en integración con el resultado final. En este modelo se distinguen: a) Un modelo racional que se establece una finalidad desiderátum y mediante el cual un sistema de conexiones lógicas y teleológicas se prescriben posiciones y objetivos de sus componentes y funciones que dado el caso consiguen el desiderátum. Ese modelo se antepone a toda praxis puede denominárselo plan. b) Otro modelo que se ha descubierto mediante: la observación empírica, directa, de un orden dado construido espontáneamente sin que proceda un previo plan y por otro, la construcción intelectual de esas observaciones siguiendo las

como resultados dos modelos: el arquetípico o normativo y el que es construcción lógica surgido de la praxis y que ha decantado en normativo.

Desde la búsqueda de modelos normativos contextualizados en latinoamericana como manifestación del pensamiento concreto, y en esa medida filiado a lo decolonial o decolonialidad, es posible observar que no se ha dado una isomorfía entre el modelo normativo y el modelo u orden concreto. Es el supuesto de frustración por importación de modelos que son diferentes de las sociedades originarias. En este sentido, no todo caso de importación de modelos trae aparejada esa frustración, y aun en caso de carencia de una plena isomorfía¹⁴.

5. Kelsen expresión máxima de la modernidad y su concepción de estructura jerárquica del ordenamiento: Críticas decoloniales a la norma hipotética fundamental

Entendemos que ese modelo arquetípico o normativo ha sido consagrado por la modernidad colonialidad jurídica como su máxima expresión de normatividad en Kelsen. Pablo Lucas Verdu bien caracterizó los fundamentos filosóficos de la Teoría pura y del pensamiento de Kelsen como un “more geométrico” acuñado en la *Normpyramide* del ordenamiento jurídico¹⁵. Toda la estructura jerárquica del sistema reposa sobre un supuesto fundamental, aquello que el “primer órgano constituyente histórico” ha manifestado como voluntad suya. Dice Kelsen: “Si se quiere conocer la esencia de la norma fundante básica, es necesario ante todo tener conciencia de que

líneas metódicas de tipos ideales, o modelos lógicos o analógicos. Así esto resulta que: Es una estructura históricamente concreta (E H) cuyos componentes tiene funciones (f) entre sí por tener relaciones (®) que producen un resultado (R). Este modelo no precede a la praxis, sino que es resultado de ella por ella. Ahora ese modelo es concreto histórico se convierte en un modelo normativo cuando: I. El Resultado (R) es deseable es un desiderátum. II. La estructura EH se convierte en resultado (R) dado que los componentes tienen funciones (F) y se relacionas de determinada ®, por lo que siempre se tendrá el resultado R con elementos en mismas funciones y mismas relaciones (= f+ =®). Así un modelo históricamente concreto se transforma en arquetipo y normativo.

¹⁴ García Pelayo señala los casos de Yugoslavia, China o Cuba (hablando de la posguerra), se aplicaron modelos que han tenido adecuación al orden concreto, y desde un modelo previo lógico normativista como plan, pero diferentes en el orden concreto, en cambio, los modelos liberales surgidos de la praxis como ordenación –el modelo liberal económico, o la división de poderes, elevados a modelos normativos y aplicados a situaciones de tiempo/espacio diferentes–. Por otro lado, puede darse la plena vigencia de modelos diferentes coexistiendo, desarrollo de un modelo exterior normativista, lógico legal y arquetípico proclamado nominalmente y el orden de relaciones que opera en la real vida empírica. Ese orden real surgirá con influencias de paralelismo, interpenetración o de puntos de contactos tangenciales de las dos especies de órdenes

¹⁵ El pensamiento de Kelsen se monta sobre un constructivismo matemático, la consideración geométrica del derecho, ello en consonancia con la pureza metódica y dado que toda geometría que, por su abstracción, es pura. Dentro del contexto cultural del tiempo de Kelsen había una idea instalada acerca de la geometría. Así, Simmel el teórico de la sociología postuló una geometría de los fenómenos sociales de amplia influencia, desde Kelsen sino hasta la pintura, ejemplo de ello es el cubismo. En este sentido puede decirse que la geometrización jurídica kelseniana viene a ser la réplica secularizada, y depurada, de los ingredientes judeo-cristianos y de la metafísica iusnaturalista. La pureza metódica no depende, pues, de imperativos religiosos, morales, sino de magnitudes lógicas que se desarrollan, coherentemente, en el plano puramente formal trascendental como en la matemática un poderoso esfuerzo imaginativo, creador, formalizado. Kelsen elaboró un magnífico edificio de formas vacías. Conf. Verdu, Pablo L., *El orden normativista puro (Supuestos culturales y políticos en la obra de Hans Kelsen)*, “Revista de Estudios Políticos Nueva Época”, n° 68, abril-junio, 1990, p. 30 y siguientes.

la misma se refiere, inmediatamente a una determinada constitución, efectivamente impuesta, producida por la costumbre o promulgada expresamente, eficaz en términos generales, y mediatamente el orden coactivo producido conforme a esa constitución, también eficaz en términos generales, en tanto da fundamento a la validez de esa constitución y al orden coactivo producido de conformidad con ella... En tanto sólo mediante la presuposición de la norma fundante básica se hace posible interpretar el sentido subjetivo de los actos constituyentes, y de los actos realizados conforme con la constitución, como su sentido objetivo, es decir, interpretados como normas jurídicas objetivamente válidas, puede designarse a la norma fundante básica, tal como es representada por la ciencia del derecho, y si cabe recurrir *per analogiam* a un concepto de la teoría kantiana del conocimiento, como la condición lógico-trascendental de esa interpretación”¹⁶.

Son pertinentes entonces, la crítica del colombiano Sanín Restrepo: “es que en la construcción de su ‘ciencia’ jurídica Kelsen introduce toda una mitología en la cumbre de su teoría y que al hacerlo elimina todo vestigio de legitimidad, erradica de un solo golpe al autor del orden normativo. Así la norma fundamental no tiene verdadera existencia y solo funciona como eje (universal) inalcanzable de la validez. De acuerdo con esta teoría, la norma fundamental no es una decisión política creada por una voluntad política, sino un mero postulado trascendental que deshace la diferencia entre poder constituyente y poder constituido, que impide pensar el mundo por fuera de códigos definidos que realizan la realidad por fuera de la realidad. De nuevo nuestro sentido político queda postrado a lo que está dado por fuera del poder creativo de los sujetos políticos”¹⁷.

Esa, es la imagen simbólica que el derecho y el constitucionalismo contemporáneos. Se ha propuesto la figura de una pirámide, en cuyo vértice y de forma jerárquica se ubica la constitución, de la que se derivan el resto de las normas del ordenamiento jurídico. Se trata de un simbolismo, utilizado como recurso pedagógico para explicar las características del sistema jurídico como sistema jerárquico, lógicamente coherente y cerrado, válido para una sociedad homogénea, donde existe monopolio estatal de la creación y aplicación del derecho respaldado en última instancia por la violencia pública, se trata, en definitiva, de un simbolismo adecuado para las sociedades estatales, monoculturales y jurídicamente monistas, cada vez menos adecuadas para explicar su funcionamiento en sociedades atravesadas por diversas formas de derecho en un contexto de globalización económica financiera, de creciente solapamiento y movilidad de las fronteras culturales, de movilidad de flujos de población. Y si entonces pertinente lo dicho por Martyniuk: “Debe recordarse la tarea irresoluble que al presente significa encontrar una llave, un criterio de unidad, de orden y de identificación del sistema jurídico. La llave más relevante del siglo ha sido la de la *norma básica fundamental*, que el mismo Kelsen reconoció ficticia”¹⁸.

Es la *Vexata quaestio*, y se resuelve en una llave maestra, erigida a paradigma, a una postulación del universal absoluto. Una “teoría general” del derecho, tal como

¹⁶ Kelsen, *Teoría pura del derecho*, p. 209.

¹⁷ Sanín Restrepo, Ricardo, *La democracia en tu cara*, “Rev. Filosofía Unisinos”, 10(1), p. 92, jan/abr. 2009. Disponible en: <http://revistas.unisinos.br/index.php/filosofia/article/view/5007/2260>.

¹⁸ Martyniuk, Claudio, *Sobre la narración hermenéutica de la normatividad: tesis sobre la hermenéutica, la novela del derecho y la retórica*, en Courtis, Christian, “Desde otra mirada: textos de teoría, crítica del derecho”, Bs. As., Eudeba, 2ª ed., 2009, p. 61 y 62.

la definió Kelsen, en su elaboración busca descubrir la estructura y formas del derecho, independientemente de las mudanzas temporales y espaciales. La completud normativa kelseniana inunda la totalidad global remitiendo la validez en un ordenamiento jurídico a su producción en conformidad con la norma fundante básica que le es presupuesta. Así, la legitimidad se predica de todo el orden jurídico: “Y es que el *paradigma de la llave* parte de sostener la existencia de un objeto positivo: las normas jurídicas válidas. Conocer el derecho es conocer las normas individuales existentes. Pero percibir un enunciado como una norma jurídica implica conocer un criterio de distinción entre las expresiones que son normas jurídicas válidas y las que no lo son –o son otra cosa, como, por ejemplo, descripciones de normas–. Por tanto, distinguir el orden jurídico –es decir, las normas válidas– presupone usar una metanorma. Más allá de que esta metanorma resulte no positiva o sea definida como una práctica social difusa y compleja, lo cierto es que también se debe conocer la metanorma para un uso correcto en las distinciones de qué normas son válidas y qué expresiones no son normas”¹⁹.

Sustantivo que sustantiviza. Sustantivo, que recae sobre sí mismo, el lenguaje que recae sobre mismo lenguaje, nombre propio con propiedades basilares, que an-dróginamente se crea a sí mismo.

Al más abstracto de los discursos sobre el derecho, lo alimenta una idea de los disciplinamientos globales. La teoría del derecho se configuró impersonal y descontextualizada, como una “empresa trasnacional” sobrevolando la vacuidad y el desarraigo²⁰.

Se trata de un punto arquimédico de donde construir sobre lo cierto y descartar lo dudoso –vana intentona tanto del racionalismo como del empirismo– y que llevó a sostener a la norma hipotética como hipótesis lógica trascendental, ruptura con el campo de la metafísica como del científico natural y eje de racionalización que posibilita determinar el *deber ser* (Sollen).

Pero no es objeto de este trabajo sostener críticas ya históricas y trilladas sobre las inconsistencias del universo kelseniano. Sino a destacar sus dimensiones en reproducir lógicas imperiales.

Ante todo, no podemos dejar de ver una lógica de la colonización, bajo las condiciones epistemológicas de la constitución del sujeto trascendental. Desde el postulado de una teoría valorativamente neutral y desde un escepticismo ético Kelsen desarrolla su concepción de la norma fundamental utilizando una ética universalista como base metodológica, conteniendo por ese hecho presuposiciones valorativas²¹.

La norma fundamental de Kelsen no puede ser entendida solamente como mera norma nacional, esto es, como norma fundamental de un sistema jurídico determinado.

¹⁹ Martyniuk, *Sobre la narración hermenéutica de la normatividad: tesis sobre la hermenéutica, la novela del derecho y la retórica*.

²⁰ Así caracteriza López Medina la construcción de la teoría general del derecho. Ver López Medina, Diego, *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Legis, 2011.

²¹ Conf. Ferraro, Agustín, *Kelsen y la ética universalista*, “Doxa” 21-II, 1998, p. 130 y siguientes.

“La norma fundamental de un sistema jurídico se revela en el contexto del derecho internacional como una norma jurídica positiva: un principio jurídico del derecho internacional, el así llamado principio de efectividad, a través del cual un poder establecido, bajo ciertas condiciones, es declarado como orden jurídico por la comunidad jurídica internacional. Pero sólo puede reconocerse a la norma fundamental de un sistema jurídico como norma positiva del derecho internacional ‘cuando uno entiende al derecho internacional como un orden jurídico superior a los órdenes jurídicos de los Estados individuales, en una relación de delegación hacia éstos’; pero en este caso ‘no puede hablarse de una norma fundamental como fundamento de los órdenes jurídicos de los Estados individuales, sino ya sólo como base del derecho internacional’. Está claro que una concepción del derecho internacional como ésta es completamente incompatible con la idea de la soberanía de los Estados nacionales”²².

La pretensión universalista de Kelsen solo hace parte de un espacio/tiempo determinado por la creencia auténtica de sus comunidades epistémicas por “el punto arquimédico”. Desde él, se crea un sistema de conocimiento que lleve a la verdad única, global, y en esto es inescindible del eurocentrismo: “Tal punto arquimédico ha sido enérgicamente revaluado por las perspectivas críticas al pretender tomar una verdad relativa de alcance local y disfrazarla de universal, de tal manera que las poblaciones periféricas del mundo terminan por adoptar un sistema de valores exótico, que dista de tomar en consideración sus particularidades.

El eurocentrismo devenido en universalismo del positivismo metodológico tiene una implicación normativa igualmente sesgada: asociar la cosmovisión étnica con formas de gobierno universalizables”²³.

Esta lógica, expresión del refinamiento de la ciencia jurídica alumbrada por la Modernidad encuentra simetrías en los concretos momentos históricos y una pulsión a convertirse en instancias arquetípicas jurídicas globales. Bien resumen este proceso dicho en términos muy sintético, por los autores Hardt y Negri: “El nacimiento de las Naciones Unidas al final de la Segunda Guerra Mundial simplemente reinició, consolidó y extendió este desarrollado orden jurídico internacional, que fue al principio europeo, pero progresivamente se ha vuelto completamente global.

Las Naciones Unidas pueden ser, en efecto, comprendidas como la culminación de todo este proceso constitutivo, culminación que tanto revela las limitaciones de la noción de orden internacional como apunta, más allá de él, hacia una nueva noción de orden global”²⁴.

Lo que se hace necesario reconocer más allá de los vaivenes de la política internacional es que la noción de derecho definido por la Carta de la ONU también apunta hacia una nueva fuente positiva de producción jurídica, efectiva a escala global, un nuevo centro de producción normativa que puede jugar un rol jurídico soberano.

²² Ferraro, *Kelsen y la ética universalista*, p. 139 y 140.

²³ Ureña-Sánchez, Mario I., *El positivismo de Kelsen y Hart en el derecho internacional contemporáneo: una mirada crítica*, “Revista Colombiana de Derecho Internacional”, n° 31, jul.-dic. 2017, disponible en <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/download/19730/15752>.

²⁴ Hardt, Michael - Negri, Antonio, *Imperio*, Bs. As, Paidós, 2000.

“La ONU funciona como una bisagra en la genealogía que va desde las estructuras jurídicas internacionales hacia las globales. Por un lado, la totalidad de la estructura conceptual de la ONU predica sobre el reconocimiento y la legitimación de la soberanía de los Estados individuales, plantándose de este modo en el viejo marco del derecho internacional definido por pactos y tratados. Por otro lado, sin embargo, este proceso de legitimación es efectivo sólo en la medida que transfiere el derecho soberano a un centro supranacional real”²⁵.

Ya en 1910 y 1920 Kelsen propuso que el sistema jurídico internacional fuera concebido como la fuente suprema de cada constitución y formación jurídica nacional. Kelsen arribó a esta propuesta a través de su análisis de las dinámicas formales del ordenamiento particular de los Estados: Los límites del Estado-nación, sostuvo, constituyen un obstáculo infranqueable a la realización de la idea del derecho. Para Kelsen, el ordenamiento parcial de las leyes domésticas de los Estados-naciones debe apoyarse necesariamente en la universalidad y objetividad del ordenamiento internacional. Esto último no sólo es lógico sino también ético, puesto que pondría fin a los conflictos entre Estados de poder desigual y afirmaría una igualdad que es el principio de la verdadera comunidad internacional.

“La unidad del derecho y, conectada a ésta, la primacía del derecho internacional significa para Kelsen que el ordenamiento internacional incluye todos los demás ordenamientos, en particular los estatales, y está por encima de ellos. Entendido como ordenamiento jurídico originario, exclusivo y universal, el derecho internacional es, por tanto, incompatible con la idea de la soberanía de los Estados nacionales y territoriales y de sus ordenamientos jurídicos: esta idea debe ser ‘radicalmente erradicada’”²⁶.

El derecho interno de los Estados es un mero “ordenamiento parcial” respecto a la universalidad del ordenamiento internacional y es más bien la plena juridicidad y la validez de este último, lo que confiere validez a los ordenamientos estatales. De ahí que las normas internas nunca pueden estar en contradicción con las normas internacionales, so pena de nulidad. Y en lo que se refiere al fundamento de la obligatoriedad del derecho internacional, éste no puede buscarse en algo externo al mismo ordenamiento: su validez debe ser postulada en términos lógico-trascendentales, como imagen jurídica del mundo y, al mismo tiempo, como reflejo de la unidad moral del género humano. De esta forma: “La cumbre de la autorreferencia formalista de la teoría pura del derecho llega así a coincidir paradójicamente con la antigua idea teológica de *civitas maxima*... Asumiéndola como fundamentación última de su globalismo jurídico, Kelsen observa que esta idea ya estaba presente aún antes de que naciera el derecho internacional moderno, en la noción de *imperium romanum*; posteriormente ha atravesado toda la Edad Media y ha entrado en crisis sólo en los albores de la modernidad... la teoría pura del derecho está en condiciones de rescatar esta idea y ...Lo hace al entender el derecho internacional como ‘ordenamiento jurídico mundial o universal’. Y la primacía de este ordenamiento mundial puede conectarse con la idea de una ‘comunidad jurídica universal de los hombres’, que traspasa las distintas comunidades estatales y cuya validez está anclada en la esfera de la ética”²⁷.

²⁵ Hardt - Negri, *Imperio*.

²⁶ Zolo, Danilo, *El globalismo judicial de Hans Kelsen*, en “Los señores de la paz”, Madrid, Dykinson, 2005, disponible en www.juragentium.org/topics/thil/es/kelsen.htm.

²⁷ Zolo, *El globalismo judicial de Hans Kelsen*.

La opción de Kelsen a favor de la primacía del derecho internacional y en contra de la idea de la soberanía de los Estados nacionales es una elección ideológico-política, como tal cargada de decisiones metodológicas, de asunciones valorativas y de implicaciones éticas. Un pacifismo internacionalista que es difícil de concebir sin mirar la inspiración kelseniana en las nociones como las de *imperium romanum* y *civitas maxima*, lejanas a los ideales antiimperialistas y pacifistas y si filiadas, al menos en los hechos al reacomodamiento de un orden imperial de posguerra. Kelsen mismo, debe recordarse, participó de las reuniones en San Francisco que fundaron las Naciones Unidas, y pudo ver realizadas sus hipótesis teóricas. Por él, las Naciones Unidas se organizaron en torno a una idea racional; propusieron una base real efectiva para un esquema trascendental de validación del derecho situado encima del Estado-nación. La validez y eficacia del derecho podían ahora unirse en la suprema fuente jurídica, y con estas condiciones la noción de Kelsen de una norma fundamental podría finalmente ser realizada²⁸. De ahí, que postulamos que en Yalta/Potsdam, culmina un proceso político que inaugura el orden global internacional de posguerra, cristaliza las tradiciones discursivas que postularon la modernidad y se hacen visibles esas dos matrices de la centralidad imperial²⁹.

²⁸ La pretensión kelseniana de un humanismo pacifista hasta admisible como bienintencionada, contrasta con el pesimismo nihilista –nunca exento del acérrimo eurocentrismo– de su gran antagonista Carl Schmitt, el que, determinando los alcances de su elaboración teórica de su categoría paradigmática del derecho internacional dice en plena guerra fría: “Si me preguntan ahora, en este sentido del término *nomos*, cuál es, hoy día, el *nomos* de la tierra, les puedo contestar claramente: es la división de la tierra en regiones industrialmente desarrolladas o menos desarrolladas, junto con la cuestión inmediata de quién le da a quién ayuda de desarrollo y, por otra parte, quién acepta de quién ayuda de desarrollo. Esta distribución es hoy la verdadera constitución de la tierra. Su gran fuente documental es el artículo 4.0 de la doctrina de Truman, de 20 de enero de 1949, que estatuye expresamente esta distribución y proclama con toda la solemnidad el desarrollo industrial de la tierra como plan y fin de los Estados Unidos”. Schmitt, Carl, *El orden del mundo después de la Segunda Guerra Mundial*, “Revista de Estudios Políticos”, n° 122, 1962, p. 33, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2048059>.

²⁹ Comunismo y capitalismo se sienta en la triada Truman, Stalin, Churchill e inauguran el orden imperial de posguerra, la respuesta a esa configuración, sin apasionamientos, fue la Constitución de 1949 y en su contenido trasunta la llamada “tercera posición” luego de gran influencia en la conferencia de Bandung y la configuración de los países no alineados. La ONU se erigirá sobre el esquema organizativo de la Sociedad de las Naciones, con antecedentes específicos la Carta del Atlántico, suscrita entre Winston Churchill y Franklin Delano Roosevelt el 14 de agosto de 1941, en la cual se perfilaba la necesidad de crear una nueva organización internacional que sustituya a la Sociedad de las Naciones. En noviembre de 1943, Churchill, Stalin y Roosevelt declararon en Teherán su deseo de establecer las Naciones Unidas, y fue en la Conferencia de Dumbarton Oaks (agosto y octubre de 1944) que se establecieron los 12 capítulos que servirían de base para la creación de la ONU desde la perspectiva de las grandes potencias. En la Conferencia de Yalta se discutió informalmente sobre el voto en el Consejo de Seguridad y se estableció el derecho de veto en favor de sus miembros permanentes, bajo la idea promovida por Stalin y secundada por Roosevelt y Churchill, de que les correspondía a las grandes potencias establecer y mantener los acuerdos que sean necesarios para garantizar la paz mundial. También existió la tentativa de establecer un mecanismo que se ocupara de los territorios coloniales bajo mandato a propuesta del Secretario de Estado norteamericano, a lo que Churchill respondió: “Yo no aceptaré una sola palabra de un texto semejante”. Con lo anterior quedaba claro que la voluntad de las grandes potencias de crear la Organización de Naciones Unidas se canalizaba en principio sobre la apuesta política de no impugnar la continuidad del colonialismo, ni la discriminación racial, ni la desigualdad de derechos entre las personas, según pertenecieran a Estados independientes o a naciones y pueblos bajo dominio colonial, aun cuando hubiese voluntades y voces disidentes con respecto de estas condiciones, impuestas principalmente por Inglaterra que, y Francia, con extendidos imperios coloniales. Acordados por Churchill, Roosevelt y Stalin los asuntos realmente importantes en relación con la gestión de la posguerra y la creación de la ONU habían sido definidos en las Conferencias

También es una delineación espacio temporal, como ha sido sostenido, elemento de una concretización jurídica, que es imperial, en definitiva, una normatividad imperial colonial (modernidad colonial) que en espacio y tiempo consolidan los proyectos imperiales de occidente. Desde un reverso a una juridicidad espacial y temporal imperial, desde un lugar/tiempo de frontera emergente, en cierto sentido transmoderno, Juan Perón hace una lectura geopolítica de las relaciones de poder que surgieron a partir de la derrota de Alemania y Japón y de la consiguiente posguerra³⁰. Creemos que es la génesis de un espacio tiempo jurídicos tras-occidentales, y como tales portan sus anomalías, portan su hibridez, que a su vez constituyen un punto de partida del pensamiento político latinoamericano y tercer mundista que es reconocida internacionalmente.

6. Reflexiones finales

Postulamos una visión, aun en gestación, embrionaria, inacabada, sobre una visión de la juridicidad capaz de incorporar visión crítica-decolonial sobre lo jurídico. Esto alimenta el subsuelo de estas líneas. En esa tarea, destacar las dimensiones de espacio tiempo como elementos que llevan a la situacionalidad, a un concepto situado del derecho, nos parece tarea importante –primordial– en esta gestación buscada. Espacio como y tiempo como institución social son herramientas desde reconceptualizaciones que nos aportan un gran campo de análisis ampliando los abordajes tradicionales del derecho.

La comprobación de un isomorfismo (a partir de las conceptualizaciones de García Pelayo) alumbran las configuraciones entre modelos arquetípicos formalistas y aquellos que reconducen a una lógica de ordenamiento concreto, ayuda en esa tarea, eminentemente crítica, vale recordar de develar las incoherencias, vacíos y carencias de las formulaciones jurídicas. La dicotomía arquetípico formalista (ordenamiento) orden concreto clarifica esas disociaciones.

Esas razones aportan, juntos con muchos otros elementos, a las configuraciones de inspiraciones colonialistas –colonialidad diríamos– que se evidencian en la construcción kelseniana y la polémica postulación de la llamada norma hipotética fundamental. La teoría del derecho se configuró impersonal y descontextualizada, como una “empresa transnacional” sobrevolando la vacuidad y el desarraigo. El orden global internacional que se inaugura en Yalta/Potsdam, cristaliza las tradiciones discursivas que postularon la modernidad y se hacen visibles esas dos matrices de la centralidad imperial (comunismo/socialismo-liberalismo-capitalismo).

Experiencia histórica, como ejemplo, no único, no universal sino nuestro, sino particular en que hará reacción en términos jurídicos en la Constitución de 1949, continente del concepto político de la “tercera posición”, por fuera de lógicas imperiales y

Dumbarton Oaks y Yalta, se vio conveniente convocar a una reunión mucho más abierta en la que los demás países aliados pudiesen elaborar sus contribuciones para dar los toques finales a la constitución formal de la Organización de las Naciones Unidas y, por supuesto, dar legitimidad democrática a su creación. Así fue celebrada la Conferencia convocada en San Francisco, a la que finalmente asistirán delegaciones de 50 Estados de todos los continentes.

³⁰ Llamo trasmoderno en sentido postulado por Dussel (Dussel, Enrique, *Materiales para una política de la Liberación*, México, Plaza y Valdez, 2007).



que más tarde será de reconocida influencia en la llamada visión de países no alineados inaugurando a nuestro entender una geopolítica de liberación³¹.

© Editorial Astrea, 2021. Todos los derechos reservados.



³¹ Bolívar, Jorge, *Estrategias y juegos de dominación*, Bs. As., Catálogos, 2008. Chakrabarty, Dipesh, *The Legacies of Bandung. Decolonization and the Politics of Culture*, www.ohioswallow.com/extras/9780896802773_chapter_1.pdf. Nehru, Jawaharlal, Discurso en la conferencia de Bandung, en la conferencia afroasiática de países no-alineados realizada en Bandung, Indonesia, www.marxists.org/espanol/tematica/india/nehru/1955-iv.htm. Amin, Samir, *De Bandung (1955) a 2015: Viejos y nuevos desafíos*, "Revista América Latina en Movimiento", n° 504, 25/5/15, www.alainet.org/es/articulo/169988 y www.ciudadcapital.com.mx/?p=78061y.