

GEOPOLÍTICA DEL PODER

LEGALIDAD JURÍDICA versus LEGITIMIDAD SOCIAL

“La fe de la gente en la justicia y en los jueces se encuentra hoy en los mínimos históricos también porque se trata de un mundo misterioso en el cual se habla en un lenguaje inaccesible. Y lo que no se conoce provoca solo miedo y desconfianza... La justicia no es omnipotente. Los jueces no son divinidades. No pueden y no deben mejorar la humanidad o curar enfermedades éticas y culturales”

Francesco Caringella¹

“Los sueños democráticos han ido y vuelto, a veces surgiendo como visiones de lo que podría ser un mundo humano, a veces convirtiéndose en monstruosas pesadillas, a medida que la gente se desesperaba en la búsqueda de respuestas para las presiones de sus vidas. Pero aun cuando puedan ser momentáneamente sofocados, su existencia no puede nunca ser olvidada, pues el deseo de ser parte de una comunidad significativa es una necesidad humana que ningún hecho histórico ha superado por completo aún”.

Alan Wolfe²

Citando al periódico italiano *Corriere della sera*, que le pregunta a sus lectores si están tranquilos en el mundo del **totalitarismo judicial**, Caringella responde como lector, como hombre y como magistrado que **no**: *“la razón es clara: un poder sin límites es misterioso y peligroso...un poder ilimitado cuanto más anárquico es, encuentra en la ausencia de reglas su única regla”³.*

Michelangelo Bovero se pregunta si llegamos al *“crepúsculo de la democracia”⁴*; Norberto Bobbio se pregunta si sería exagerado decir que *“la democracia ha sido derrotada”⁵*, mientras Hannah Arendt nos habla de la *“crisis de la República”⁶* donde sostiene que el

¹ Caringella, Francesco: *10 lezioni sulla giustizia per cittadini curiosi e perplessi*, Mondadori, Milano

² Wolfe, Alan: *Los límites de la legitimidad, las contradicciones políticas del capitalismo contemporáneo*, Siglo XXI, México, 1980

³ *Op.cit*

⁴ Bovero et al.: *La democracia en nueve lecciones*, Trotta, Madrid, 2014

⁵ Bobbio, Norberto: *Democracia y secreto*, FCE, México, 2013

⁶ Arendt, Hannah: *Crisis de la República*, El cuenco de plata, Bs.As, 2015

secreto, los misterios del gobierno y el engaño como la deliberada falsedad y la mentira lisa y llana se han utilizado como medios legítimos o justificables para obtener fines políticos.

Por eso también nosotros nos preguntamos si existe el Estado de derecho o si fracasó la democracia en nuestro país a través del totalitarismo jurídico que apaña fines políticos del poder ejecutivo.

En su libro sobre la crisis de legitimidad del Estado, Wolfe sostiene que “quienes abogan por un menor gasto gubernamental en los programas sociales, saben lo que hacen, pues dada la función de acumulación del estado, la única manera en la que puede reducirse la actividad gubernamental es por medio del ataque al punto más democrático, que es la política de bienestar social. Lo que está en juego no es una abstracción llamada “gasto” o “política” sino las necesidades reales de la gente real”⁷.

Para Wolfe, el liberalismo es cada día menos aplicable. La única posibilidad de eliminar la contradicción entre acumulación y legitimación es “aplicarles a ambas los principios de la democracia”: democratizar las decisiones de inversión y distribución tanto como a las decisiones políticas.

Uno de los primeros en estudiar el problema de la legitimidad fue Max Weber en su monumental obra “Economía y sociedad”. Si recordamos las cinco concepciones weberianas de legitimidad en el ensayo de Joseph Bensam⁸, nos señala que la legitimidad puede ser entendida como 1) creencia en la bondad de un orden social o político; 2) como un reclamo desde el poder político, militar o religioso de acuerdo a elementos legales, racionales, carismáticos o tradicionales; 3) como sinónimo de justificación de un régimen o legitimación de dominación; 4) como promesa de un futuro mejor o carismática; 5) como autojustificación que hacen los gobernantes de su buena fortuna en aras de asegurar o monopolizar una distribución desigual de los beneficios sociales a su favor.

Finalmente, para Vincenti⁹ en su libro *Derecho y Mentira, o Diritto e menzogna*, los usos del derecho y de las formas jurídicas, de su servicio al poder, de su presentación pública y artificiosa, es una historia larga, y concluye que podría aseverarse que revela la acción política y normativa de Occidente. El deseo de seguridad, la propaganda retórica, el miedo y la ignorancia, junto a la ilusión inducida por el formalismo jurídico hizo posible la “aceptación sincera de la *res pública*”.

Bourdieu, que analiza la relación entre el campo jurídico y el campo del poder sostiene que el descubrimiento de la injusticia descansa en el “sentimiento de tener derechos” y el poder específico de los profesionales del derecho es su capacidad de desanimar la defensa judicial

⁷ Wolfe: *op.cit*

⁸ Bensam, Joseph: *Conflict and Control. Challenge to legitimacy of modern governments*, Londres, Beverly Hills, 1979

⁹ Vincenti, Umberto: *Diritto e menzogna*, Donzelli, Roma, 2013

de los derechos subjetivos¹⁰. Para el filósofo, la fuerza del derecho reside fundamentalmente en la supuesta independencia del campo jurídico que, como ideología, oculta en realidad, que la fuerza del derecho es al mismo tiempo el resultado y la fuerza del poder existente en las relaciones productivas o el poder socio económico.

La democracia en América Latina está jaqueada por la instrumentalidad del poder judicial y del poder mediático. Para algunos es un nuevo Plan Cóndor para reimplantar el neoliberalismo y retrotraer las conquistas de los derechos civiles y sociales ampliados por los anteriores gobiernos democráticos. Reiteramos las cuatro libertades señaladas como fundamento de la Declaración Universal de Derechos Humanos para que haya paz y democracia planteadas por Roosevelt en 1941. Son necesarias la libertad de expresión, la libertad de culto, la libertad para vivir sin temor y la libertad para vivir sin necesidades.

La batalla cultural en América Latina es justamente trabajar para la descolonización de varias construcciones simbólicas realizadas por el poder económico y social demostrando que no existe un solo significado ni de la democracia, ni de la justicia, ni de lo que es legítimo. Explicitar los derechos de los ciudadanos, así como defender la dignidad humana es la tarea que debemos encarar hombres y mujeres de la cultura y la educación.

SABER Y PODER

LA VERDAD NO ESTÁ POR FUERA DEL PODER NI SIN PODER.

MICHEL FOUCAULT¹¹

El error del intelectual consiste en creer que se pueda saber sin comprender y, especialmente, sin sentir ni ser apasionado (no sólo del saber en sí, sino del objeto del saber), esto es, que el intelectual pueda ser tal (y no un puro pedante) si se halla separado del pueblo-nación, o sea, sin sentir las pasiones elementales del pueblo, comprendiéndolas y, por lo tanto, explicándolas y justificándolas por la situación histórica determinada; vinculándolas dialécticamente a las leyes de la historia, a una superior concepción del mundo, científica y coherentemente elaborada: el "saber".

Antonio Gramsci¹²

Cada vez más los intelectuales y los científicos hablan entre sí, sin importarles si el pueblo comprende o entiende. Cada vez más hablan para que nosotros (nos legos), no

¹⁰ Bourdieu, Pierre, *Poder, derecho y clases sociales*, Desclée, España, 2000

¹¹ Foucault; Michel: *Un diálogo sobre el poder*; Alianza, Madrid, 1981

¹² Gramsci, Antonio: *El materialismo histórico y la filosofía de Benedetto Croce*, Nueva Visión, Bs. As, 1997

comprendamos, mientras que como decía Gramsci “El paso del saber al comprender, al sentir y viceversa, del sentir al comprender, al saber. El elemento popular "siente", pero no siempre comprende o sabe”¹³.

Médicos hablando entre ellos o ellas, abogados que todavía hablan en latín, o hablan de instancias superiores, etc., para que no entendamos en qué escalera tenemos que subir. O sea hablan entre ellos cargados de pedantería y sin preocuparse por el otro, si va a perder un juicio o va a perder la vida. Cuanto más jerárquico/a es más difícil, hablar en términos “científicos” para que sólo entiendan los símiles de su ámbito o especialidad.

Los científicos o intelectuales hablan entre ellos, otrora diríamos hablan en jeringonza, buscando la pedantería y los honores, en vez de hablarle al paciente o al que está en el juicio. Sin entender que no están haciendo un experimento en un tubo de ensayo, sino que están tratando con personas que quieren entender.

Decía Clark¹⁴ que “El desinterés intelectual y la objetividad científica pueden ser formas insidiosas y peligrosas de irresponsabilidad moral. La indiferencia, la ambigüedad y el oportunismo evitan los riesgos que engendran el uso de la inteligencia para lograr la justicia social y el progreso humano. ..”

Entenderíamos a los que hacen experimentos científicos con un tubo de ensayo, o una pipeta, pero estamos refiriéndonos a la sociedad, a los seres humanos, pero ahora buscan más la gloria y la fama como si fueran actrices o actores o cantantes.

LA DEMOCRACIA DOMA AL PODER O EL PODER DOMA LAS DEMOCRACIAS

Ya sabemos que Bertrand Russel¹⁵ sostenía en su libro **Poder**, en su último capítulo, quienes lo leyeron, como si la democracia domaría al poder. Más allá de las interpretaciones, no sólo que fue escrito desde uno de los países centrales.

Mientras que nosotros los latinoamericanos, sabemos por experiencia, que el poder siempre avasalló y destruyó nuestras democracias una y otra vez, y tuvimos muchas dictaduras, genocidios, y masacres.

Sin embargo, sostiene Russell que *“Los méritos de la democracia son negativos: no asegura un buen gobierno, pero previene ciertos peligros...”*

Sin embargo, la democracia, aunque necesaria, no es de modo alguno la única condición política que se requiere para domar el poder. En una democracia la mayoría puede ejercer una tiranía brutal y completamente innecesaria sobre la minoría”¹⁶

¿PLUTOCRACIA O DEMOCRACIA?

¹³ ibidem

¹⁴ Clark, Kenneth B: *El patetismo del poder*, FCE, México, 1976

¹⁵ Russell, Bertrand: *Poder: Un nuevo análisis social*, RBA, 2010

¹⁶ Op. cit

“¿No dice El espíritu de las leyes que éstas deben ser propias para el Pueblo que se hacen? ¿Qué es una gran casualidad que las de una Nación puedan convenir a otra? ¿Que las leyes deben ser relativas a lo físico del país, al clima, a la calidad del terreno, a su situación, a su extensión, al género de vida de los Pueblos? ¿Referirse al grado de Libertad que la Constitución puede sufrir, a la Religión de los habitantes, a sus inclinaciones, a sus riquezas, a su número, a sus costumbres, a sus modales?”

Simón Bolívar

En nuestra juventud, Pluto era un simpático perro, pero para los griegos, Pluto era el Dios de los ricos y la plutocracia era el poder de los ricos.

En Nuestra América, desde las primeras emancipaciones se han copiado modelos europeos y también americanos, tanto en lo económico como en lo institucional y político, empezando por nuestra propia Constitución.

El Gobierno está empeñado en la redistribución de la riqueza, en seguir ampliando y fortaleciendo los derechos ciudadanos en forma permanente, desde el matrimonio igualitario, que ya se sancionó, hasta los derechos a la vivienda, a la salud, a la educación. Para ello, debe aún democratizar al Poder Judicial ampliando el acceso a la justicia; debe instaurar definitivamente la ley de medios, que implica desmonopolizar el poder simbólico que construye o manipula el verdadero sentido de las transformaciones y que con la complicidad de algunos miembros del Poder Judicial, impiden su efectiva implementación; debe continuar construyendo la Patria Grande con el resto de los países de América Latina, que poseen la mayor cantidad de recursos naturales, pero también una cultura compartida, un lenguaje y una historia en común amenazada todavía por varios peligros que no tienen que ver con el riesgo país, sino con las amenazas del mercado del narcotráfico y el de la especulación financiera. Todavía tenemos el colonialismo subsistente como en el caso de las Islas Malvinas, negándose a cumplir las resoluciones de la Organización de Naciones Unidas y del Comité de Descolonización. Todo ello implica más democracia, más justicia social, más libertad y más soberanía.

He dado en llamar a este modelo – el *modelo de sustitución de importaciones de ideas*. Hasta hace poco se importaban capitales financieros así como productos que se pueden

perfectamente producir por nosotros, generando empleo en nuestras sociedades latinoamericanas. Pero aún subsisten tercamente los poderes culturales de quienes son los dueños del poder simbólico, horadando las conquistas logradas, tergiversándolas y queriendo seguir copiando recetas bárbaras, extranjeras, pretendidamente universales con las cuales hemos llegado hasta el infierno tan temido.

Ya en 1932, Benedetto Croce escribía, en la *Historia de Europa en el siglo XIX*:

“En Alemania, en Italia, en Polonia, en Bélgica, en Grecia y en las lejanas colonias de América Latina, existían esfuerzos y movimientos de naciones oprimidas contra dominadores y tutores extranjeros, o de naciones y de mutilados miembros de naciones obligadas a unirse políticamente con Estados que debían su origen y organización a conquistas, a tratados, a derechos patrimoniales de familias principescas; o de naciones que se encontraban divididas en pequeños Estados que, por tal desmembramiento, se sentían impedidas, debilitadas o impotentes en cuanto les tocaba desempeñar de la común vida mundial, a la vez mortificadas en su dignidad frente a las otras naciones unidas y grandes [...].

Como los antecedentes históricos y las condiciones presentes de los diversos pueblos eran diferentes, así como sus almas y sus costumbres, aquellas exigencias variaban también, según los diversos países, en el orden, la medida, las particularidades y el tono. En un país se daba la prioridad a la liberación del dominio extranjero o a la unidad nacional y, en otro, a la sustitución del absolutismo de gobierno por el constitucionalismo.

Aquí se trataba de simples reformas del electorado y de extender la capacidad política, y allí en cambio, de fundar por primera vez, o sobre nuevas bases, el sistema representativo; en unos países, que poseían ya por la obra de las generaciones anteriores, especialmente por la de la Revolución francesa y del Imperio, la igualdad civil y la tolerancia religiosa, se entablaban contiendas por la participación en el gobierno de nuevos estados sociales y en otras partes convenía dedicarse preliminarmente a combatir privilegios políticos y civiles de clases feudales y persistentes formas de servidumbre, y a quitarse de encima la opresión eclesiástica.

La idea de la nacionalidad, opuesta al humanitarismo abstracto del siglo precedente y a la obtusidad que hacia la idea de pueblo y patria mostraban hasta escritores como Lessing,

Schiller y Goethe, y a la poca o ninguna repugnancia que solía sentirse por las intervenciones extranjeras, quería promover a la humanidad a la forma concreta, que era la de la personalidad, tanto de los individuos como de los complejos humanos, unidos por comunes orígenes y recuerdos, costumbres y actitudes, de las naciones ya históricamente existentes y activas o de las que despertarían a la actividad; e intrínsecamente no oponía barreras a las formaciones nacionales cada vez más amplias y comprensivas, pues ‘nación’ es un concepto espiritual e histórico y, por lo tanto, en devenir, y no naturalista e inmóvil, como el de la raza. La misma hegemonía o primacía que se reivindicaba para este o aquel pueblo [...] era teorizada como el derecho y el deber de ponerse a la cabeza de todos los pueblos para convertirse en apóstol de la civilización”.¹⁷

No queremos apóstoles de otra civilización que no sea la que cada pueblo construye. No queremos nuevas o viejas teologías que, con intérpretes extranjeros o cómplices propios, nos expliquen que esa es la nueva Verdad. Queremos emprender nuestro propio camino para construir nuestros propios destinos.

Lamentamos que con tanta hipocresía los bárbaros se adjudiquen la defensa de los derechos humanos para invadir territorios y destruir culturas y civilizaciones milenarias. Lamentamos profundamente que, con conceptos, categorías e ideas foráneas –sean eurocéntricas o norteamericanas–, califiquen peyorativamente a gobiernos nacionales y populares de “fascistas o populistas”.

El modelo de América Latina con ideas nacionales y soberanas, que busca redistribuir la riqueza y ampliar la democracia, nada tiene que ver con el fascismo, con la historia totalitaria vivida y sufrida por los europeos, muchos de los cuales se refugiaron en nuestros países y son nuestros antepasados. Nuestra cultura, nuestra lengua, nuestras costumbres, están impregnadas de los inmigrantes europeos que con su laboriosidad y esfuerzo, muchas veces huyendo de la guerra, del hambre o de la persecución, son ya parte indisoluble de nuestra identidad nacional. Nuestra Verdad es la que estamos haciendo día a día para construir una sociedad más libre, más igualitaria y más soberana. Que los bárbaros se queden afuera.

¹⁷ Croce, Benedetto: *Historia de Europa en el siglo XIX*, Aguilar, Madrid, 1933.

La universalización de conceptos surgidos de otras historias, constituye otro “asalto a la razón”. Es el asalto a la razón histórica y humana por parte de la razón técnica instrumental capitalista e imperial. Lamentablemente, la razón instrumental, las leyes objetivas del capitalismo que busca el mayor beneficio para algunos, nada tienen que ver con lo humano y menos aún con los derechos humanos. Las estadísticas miden todo menos la vida. Esa “razón técnica” entra en contradicción con los valores humanos y se coloca por encima de ellos, instalando su superioridad a través de las bombas, los saqueos, las masacres, las violaciones de los derechos y de las personas. ¿Qué clase de apóstoles de la civilización son? Decía el presidente Perón que “la fuerza es el derecho de las bestias”. Lamentablemente, esa razón universal deificada y bestial está acompañada muchas veces en la actualidad por la razón ilustrada vernácula y su poder muchas veces inescrutable.

En el siglo XVIII se declararon los derechos del hombre y del ciudadano, comunes a todos. Como sostiene Ortega y Gasset, todo derecho afecto a condiciones especiales quedaba condenado como privilegio. En su libro *La rebelión de las masas* sostiene que en el siglo XIX la masa lo veía como un ideal. No ejercitaba los derechos ni los sentía propios, porque bajo las legislaciones democráticas seguía como bajo el antiguo régimen: “*el pueblo sabía ya que era soberano, pero no lo creía*”. Ya en 1946, Ortega y Gasset sostenía: “los derechos niveladores de la generosa inspiración democrática se han convertido, de aspiraciones e ideales, en apetitos y supuestos inconscientes.

[...] el sentido de aquellos derechos no era otro que sacar las almas humanas de su interna servidumbre y proclamar dentro de ellas una cierta condición de señorío y dignidad. ¿No era esto lo que se quería? ¿Que el hombre medio se sintiese amo, dueño, señor de sí mismo y de su vida? Ya está logrado. ¿Por qué se quejan los liberales, los demócratas, los progresistas de hace treinta años? ¿O es como los niños, que quieren una cosa, pero no sus consecuencias? Se quiere que el hombre medio sea señor. Entonces no se extrañe que actúe por sí y ante sí, que reclame todos los placeres, que imponga decidido su voluntad, que se niegue a toda servidumbre, que no siga dócil a nadie, que cuide su persona y sus ocios, que perfile su indumentaria: son algunos atributos perennes que acompañan a la conciencia de señorío. Hoy los hallamos residiendo en el hombre medio, en la masa”.¹⁸

¹⁸ Ortega y Gasset, José: *La rebelión de las masas*, Revista de Occidente, Madrid, 1933.

Efectivizar los derechos del hombre para todos y todas, tres siglos después, sigue escandalizando a los privilegiados por los regímenes democráticos aún existentes. Por esa razón hay que modificar muchas legislaciones. Que la masa o el pueblo apetezca, quiera y pueda consumir teatro, cine, libros, televisión, electrodomésticos, hacer turismo durante su ocio, tener vivienda, salud y educación es solo ejercer los derechos democráticos, los derechos humanos, declarados hace tres siglos. No es populismo, se parece bastante a ejercer la democracia. Parece que en la democracia hay ciudadanos de primera y de segunda.

Ortega y Gasset decía que conviene evitar las palabras “rebelión”, “masas”, “poderío social”, etc., que tienen un significado primordialmente político. La vida pública “*no es solo política, sino a la par y aun antes, intelectual, moral, económica, religiosa; comprende los usos todos colectivos e incluye el modo de vestir y el modo de gozar*”¹⁹.

Quienes nos dedicamos a enseñar, tomamos la lección del historicista Herder, no desesperamos en la fermentación de la época. Transformar la plutocracia en democracia no es una tarea fácil ni exenta de vicisitudes agresivas, pero seguimos con la misma energía para que nuestros jóvenes puedan enfrentar las miserias y las tormentas que les esperan.

A la ciencia de la experiencia de la conciencia²⁰, llamado *Fenomenología del Espíritu* Hegel nos explica a través de la dialéctica del amo y el esclavo, o del siervo y el señor, cómo la mediación produce la recuperación de la conciencia para sí, o la autoconciencia. Para él, el siervo será libre por su conciencia lograda a través de la transformación de la realidad, en la cual debe superar la resistencia de la misma, y a su vez por la relación de lucha con la autoconciencia del señor, mientras el señor está mediado por el siervo para gozar la realidad.

Otra vez la filosofía parecería un lenguaje críptico, inentendible para los legos, los que no se dedican a la filosofía, mientras que Benedetto Croce sostenía que la filosofía no era abstrusa o complicada cuando hablamos de la fenomenología los legos entienden que es una ciencia de los fenómenos.

¹⁹ Ortega y Gasset, José: *La rebelión de las masas*, Biblioteca de grandes pensadores, Gredos, Madrid, 2012.

²⁰Hegel, G. W. F: *Fenomenología del Espíritu*, FCE, , México,1966

No vamos a apostar en esta contienda sobre quién ganará la libertad, solo sabemos que las autoconciencias tienen una nueva arena donde luchan, que no son ni el Coliseo romano, ni la arena política parlamentaria solamente, sino que la arena se trasladó en gran parte a los medios de comunicación masiva. Dicha novedad hace aún más importante el rol de la educación para defender la democracia ya que, al decir de Montesquieu, *en una democracia, el amor a la república es el de la democracia: el amor a la democracia es el de la igualdad*.

El filósofo uruguayo José Rodó diferencia, como lo hará después Ortega y Gasset, entre formular ideas y propagar sentimientos, exponer una verdad y entañarla en la conciencia de los hombres para que tome forma real y activa. Para él, las revoluciones morales (como la que pretendemos, si queremos modificar la plutocracia por la democracia), no se realizan solo con revelar y propagar ideas; tienen como condición esencialísima “suscitar un entusiasmo, una fe, que cundiendo en el contagio psíquico de la simpatía y, manteniéndose triunfalmente en el tiempo, concluya con fijarse y consolidarse en hábitos y renueve así la fisonomía moral de las generaciones”²¹. Para que se haga carne en la acción, la idea debe trascender al sentimiento que es el resorte de la voluntad. Sin el sentimiento, para Rodó, la idea quedará aislada e inactiva en la mente. Concluye que los grandes reformadores morales *“son creadores de sentimientos y no divulgadores de ideas”*²². Para ello es necesario que el reformador transforme primero en sí mismo, la idea en sentimiento,

“que se apasione y exalte por su idea, con la pasión que arrostra las persecuciones y el martirio; y además que demuestre la constancia de ese amor por medio de sus actos, haciendo de su vida la imagen animada, el arquetipo viviente, de su palabra y su doctrina [...] El verdadero inventor de una idea con relación al mundo moral, es el que la transforma en sentimiento, la realiza en conducta y la propaga en ejemplo”²³.

Para quienes “creen en la razón humana”, en la supremacía y soberanía de la racionalidad y el cientificismo, los ideales de justicia parecerían irracionales o por lo menos vinculados al irracionalismo, aunque sabemos que nuestros comportamientos históricos se producen más por los ideales, las creencias y pasiones, por intencionalidades y voluntades, que por las ideas abstractas calculables y descifrables que responden a la causalidad. Como sostenía

²¹ *Ibidem*.

²² Rodó, José E. *Liberalismo y Jacobinismo*. Biblioteca Artigas. Montevideo, 1964.

²³ *Ibidem*.

Montesquieu, “entre griegos y romanos, la admiración por los conocimientos políticos y morales fue llevada hasta una especie de culto. Hoy, no tenemos estima más que por las ciencias físicas, nos ocupamos únicamente de ellas, y el bien y el mal políticos son entre nosotros más bien un sentimiento que un objeto de conocimiento”²⁴.

Pasamos entonces de la trascendentalidad de los meta relatos, la teología y la teleología, así como de la supremacía incuestionable de la razón y la lógica, a la acción de los hombres. El historicismo rechaza la concepción de que la Idea, o la astucia de la razón hegeliana o el desarrollo de las fuerzas productivas, son el motor externo prometeico responsable de la creación. Los hombres hacen la historia sin un fin último o destino prefigurado por algún Dios o Idea o Razón como verdad universal y abstracta. Se vuelve a plantear la relación entre lo particular y lo universal, entre la verdad abstracta universal y la verdad como armonía que se construye en la historia, pasando de lo verdadero y lo cierto, de lo racional a lo razonable, de lo evidente a lo verosímil.

Para Pierre Oléron, que distingue inteligencia de razón, diciendo: “el universo intelectual corriente está constituido de conceptos imprecisos (*flous*) cuyos contornos no pueden ser delimitados exactamente. No son rigurosos más que los conceptos construidos o reconstruidos en sistemas en los que el espíritu los abstrae de las sugerencias de lo concreto. Es lo que pasa en las matemáticas y la lógica formal: el rigor está asociado al vacío material. Los números constituyen conceptos precisos cuya definición carece de ambigüedad porque no designan ningún objeto específico”²⁵.

Esto mismo nos lo demuestra la imposibilidad de utilizar la lógica formal y la racionalidad científicista tanto en lo político como en lo jurídico, para interpretar las modificaciones y los cambios en la morfología social así como en la moral social general en distintas épocas y lugares.

El Derecho es una ciencia “hermenéutica” que debe interpretar los valores en una determinada época y en una cultura particular, las pasiones, las creencias, la intencionalidad, los afanes y deseos, así como la voluntad que forman parte esencial del ser humano, y que no se subalternan al racionalismo. En la dialéctica histórica no rige la causalidad ni la lógica

²⁴ Montesquieu: *Del espíritu de las leyes*, Losada, Buenos Aires, 2007.

²⁵ Recasens Siches, L.: citado por Arturo Ardao en *Lógica de la razón y lógica de la inteligencia*, Biblioteca de Marcha, Montevideo, 1998.

formal con su principio de identidad, de no contradicción, ni del tercero excluido. La historia no transcurre sobre la base de la lógica binaria matemática sometida al cálculo y no a la interpretación.

Vale la pena recorrer los planteos hechos por Luis Recasens Siches (sintetizados por Arturo Ardao) cuando distingue el campo de lo razonable, del logos humano o la razón vital e histórica, frente al campo de lo racional. En sus libros *Lógica de los problemas humanos*, *Experiencia jurídica*, *naturaleza de la cosa y lógica razonable* Recasens nos explica:

“Aparte de la lógica de lo racional, aparte de la lógica formal de la inferencia, hay otras regiones que pertenecen igualmente al logos, pero que son de índole muy diversa de aquella lógica racional en sentido estricto. Entre esas otras zonas o regiones del logos o de la razón, figura el ámbito del logos de los problemas humanos de conducta práctica, al que yo he llamado logos de lo razonable²⁶.

Yo querría plantear el problema del logos de lo humano, partiendo de un *factum* [...] Este hecho es la experiencia de los problemas prácticos de conducta interhumana, del cual la experiencia jurídica es una especie; y de que frente a tales problemas los hombres deliberan, argumentan, ponderan unas razones frente a otras; buscan no la verdad exacta, evidente o demostrable rigurosamente, indiscutible, obvia, sino una solución práctica aceptable, la más prudente que quepa encontrar, la que parezca adecuarse a las cuestiones planteadas, la que se repute como más satisfactoria, la que juzgue como más sensata, la que se estime como más justa”.

Recasens Siches propone realizar una nueva *crítica de la razón de lo humano, una crítica del logos de lo razonable, de la razón de los asuntos humanos, de la razón deliberante y argumentativa*, que prefiere llamarla finalmente “razón de lo razonable”.

Derecho elástico lo denomina Sampay, y dúctil lo denomina Zagrebelsky refiriéndose a la necesaria razonabilidad interpretativa, que entiendo que aparece cuando ya el derecho positivo no logra armonizarse con las transformaciones sociales a las cuales pretende normar (o ya reglamentó en otro tiempo) ni a los ideales de justicia reclamados por una comunidad particular, que fue modificando su *ethos* colectivo . Es un derecho que reconoce

²⁶ Ardao, Arturo: *Lógica de la razón y lógica de la inteligencia*, op. cit.

la historicidad esencial de su tarea. Es un derecho histórico que pretende acercar el derecho a la justicia, armonizando la norma con la realidad. No es ni el derecho natural, ni el derecho romano, ni el derecho positivo, basado en la lógica formal, por lo cual el/ la abogado y el jurista solo deberían inferir técnicamente o deducir lógicamente un texto, sin reparar en interpretar las intenciones y motivos del legislador y tomando decisiones armónicas con el *ethos* social.

En el momento en que América Latina encaró la transformación de la desigualdad y la injusticia social, transformando la plutocracia en democracia, vale la pena recorrer las alternativas propuestas por los filósofos del derecho, que buscan superar el positivismo para encarar con razonabilidad la posible armonía entre el derecho y la realidad mutante, que se transforma día a día buscando la ampliación de derechos ciudadanos y sociales. La jurisprudencia deberá buscar la prudencia necesaria para lograr esa armonía.

Los derechos de justicia planteados por Zagrebelsky se fundamentan en el reconocimiento de la historicidad del derecho y de los cánones de justicia en las distintas épocas. Al separar el Estado de derecho del Estado constitucional, se modifica también la labor de la jurisprudencia basada en la concepción positivista del derecho.

Refiriéndose a la distancia entre el Estado constitucional y el Estado de derecho, Zagrebelsky advierte que este último se basa en la concepción del positivismo jurídico expresado en la ciencia de la legislación positiva, que presupone una situación histórica concreta que concentra la producción jurídica en una sola instancia constitucional, que es la instancia legislativa. Ello implica que todo lo que pertenece al mundo del derecho, tanto los derechos como la justicia, se reduce a lo dispuesto por la ley. De esa manera, la actividad de los juristas termina siendo un mero servicio a la ley, una exégesis de la voluntad del legislador. Por eso sostiene que “una ciencia del derecho reducida a esto, no habría podido reivindicar ningún valor autónomo. Era pues apropiada la afirmación despectiva: tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura”²⁷. Extrae su cita de Julius Hermann von Kirchmann, quien sostiene que la jurisprudencia no es una ciencia sino

²⁷ Zagrebelsky, Gustavo: *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 2011.

un trabajo que se realiza a partir de los defectos de la legislación positiva. El objeto de los estudios del jurista son para el autor *“la ignorancia, la desidia, la pasión del legislador”*.²⁸

Efectivamente, Zagrebelsky toma la frase de von Kirchmann, que en 1847 ya sostenía que la jurisprudencia no era una ciencia, así como que carecería de una influencia sobre la realidad y de un valor científico y técnico para la resolución de los conflictos sociales. La falta de cientificidad de la jurisprudencia se debía, para von Kirchmann, a las características de su objeto, distinta de las ciencias naturales por su mutabilidad. Para él, dicha transformación se opone al progreso del derecho que se mantiene rígido. El mutante objeto no es solo un objeto de conocimiento, del saber, ya que se encuentra en el sentimiento y el corazón del hombre y en sus pasiones, por lo cual no hay criterio de verdad. La verdad o falsedad de las leyes naturales no influye en su objeto, así como la jurisprudencia con sus decisiones partidistas o pasionales no persigue la verdad. No hay para von Kirchmann, leyes de lo variable, lo singular y lo contingente, por lo tanto no hay ciencia en la jurisprudencia. Para él la ciencia jurídica utiliza categorías muertas para una realidad cambiante y nueva, provocando una distancia entre el sentimiento del pueblo y el derecho en las academias, así como con los jueces y juristas. Propone la eliminación de la jurisprudencia como actividad técnica de resolución de conflictos sociales, como en otros pueblos de la antigüedad.

La cientificidad de la jurisprudencia todavía está en debate. Sin polemizar con Von Kirchmann, ni entrar en ese debate, para Zagrebelsky, el residuo positivista a pesar de la distancia que existe entre la representación de la realidad y la realidad misma solo se explica por la fuerza de la tradición. Concluye enfáticamente: “el Estado constitucional está en contradicción con esta inercia mental”²⁹.

Faltaría el reconocimiento no sólo del tiempo sino del espacio o cultura de cada pueblo para comprender que no solo los derechos sociales son derechos de justicia, sino que la concepción del derecho dúctil o elástico y de la filosofía del derecho podría acercarse a la de justicia de acuerdo a cada época y a cada cultura.

Entonces, queremos acercar nuestra filosofía del derecho a la justicia, recordando la concepción de la verdad como armonía entre el pensamiento y la realidad que proponía

²⁸ *Ibidem.*

²⁹ *Op. cit.*

Vasconcelos. Para ello, sabemos que el **poder** niega el pensamiento popular y tampoco quiere naciones soberanas. Y volvemos a la pregunta de Kusch ¿no será que la opinión encierra toda la verdad, mientras que la ciencia no dice más que una parte de ella? ³⁰

Obviamente queremos tener una democracia, después de vivir varias dictaduras, hay que preguntarse qué democracia queremos o sea que estamos de acuerdo con ampliar la Corte Suprema con federalismo. No puede ser en una democracia federal como en nuestro país que cuatro personas dirijan todo el país con sus fallos espúrios y nos preguntamos los legos ¿Cómo se conforma la Corte Suprema y el Consejo de la Magistratura? El pueblo otra vez se pregunta, ¿qué está pasando?

Ana Jaramillo

³⁰ Kusch, Rodolfo: *La negación en el pensamiento popular*, Las cuarenta, Bs. As, 2008

