

CRÍTICA Y DERECHO - 3

CORTE CONSTITUCIONAL PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

Teoría crítica constitucional

Ricardo Sanín Restrepo, autor

Teoría crítica constitucional

Rescatando la democracia del liberalismo

Ricardo Sanín Restrepo

CRÍTICA Y DERECHO n.º 3

CORTE CONSTITUCIONAL PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

Teoría crítica constitucional

Rescatando la democracia del liberalismo

Ricardo Sanín Restrepo

Quito - Ecuador



Sanín Restrepo, Ricardo

Teoría crítica constitucional: rescatando la democracia del liberalismo. Ricardo Sanín Restrepo. 1ª ed. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011. (Crítica y derecho, 3)

128 p.; 15x21 cm + 1 CD-ROM

ISBN: 978

Derechos de autor:

1. Derecho constitucional - Ecuador. 2. Democracia. 3. Filosofía del derecho. 4. Filosofía política. I. Título. II. Serie.

CDD21: 342 CDU: 342 LC: KHA 2921.S2 2011 Cutter-Sanborn: SA195

Catalogación en la fuente: Biblioteca Corte Constitucional

**Corte Constitucional
para el Período de Transición**

**Centro de Estudios y Difusión del Derecho
Constitucional (CEDEC)**

Patricio Pazmiño Freire

*Presidente de la Corte Constitucional
para el Período de Transición*

Juan Montaña Pinto

Director ejecutivo del CEDEC

Dunia Martínez Molina

Coordinadora de publicaciones del CEDEC

Ricardo Sanín Restrepo

Autor

Miguel Romero Flores

Corrector de estilo

RisperGraf

Diseño de portadas

Corte Constitucional

Av. 12 de Octubre N16-114

y pasaje Nicolás Jiménez, 2º piso.

Tels.: (593-2) 2565-177 / 2565-170

www.corteconstitucional.gob.ec

Imprenta: RisperGraf C.A.

Quito, Ecuador, noviembre 2011

Todos los derechos reservados. Esta obra no expresa ni compromete el criterio de los jueces de la Corte Constitucional. Se autoriza su reproducción siempre que se cite la fuente.

Índice

| | |
|-------------------------------------|----|
| Presentación | 9 |
| <i>Juan Montaña Pinto</i> | |
| Prólogo | 19 |
| <i>Costas Douzinas</i> | |
| Presentación del autor | 27 |
| <i>Ricardo Sanín Restrepo</i> | |

PRIMERA PARTE

LA DEMOCRACIA EN TU CARA

| | | |
|------|---|----|
| 1. | El fantasma de los universales | 33 |
| 1.1. | El mito trascendente de los universales | 33 |
| 1.2. | El velo es el fantasma | 39 |
| 2 | ¿Cómo funciona el significante vacío? El mundo sin ideología | 42 |
| 2.1. | Exclusión | 44 |
| 2.2. | Lo típico | 47 |
| 2.3. | La sutura | 48 |
| 2.4. | El síntoma | 49 |
| 3. | Los liberales y su universal, la historia clausurada | 50 |
| 4. | Soberanía y democracia, el sujeto se asoma | 52 |
| 4.1. | Afirmación decisionista | 52 |
| 4.2. | La elusión liberal: el principio del orden y el orden concreto | 54 |
| 5. | La paradoja del poder constituyente | 55 |
| 6. | El sujeto se hace mundo | 56 |
| 7. | El sol de Heráclito. Escapando de la prisión kelseniana | 59 |
| 8. | Conclusiones | 68 |
| 9. | Bibliografía | 70 |

SEGUNDA PARTE
EN NOMBRE DEL PUEBLO
(DESTRUYENDO A MARBURY Y MADISON)

| | |
|----------------------------------|----|
| Presentación | 73 |
| Conceptos preliminares | 75 |

Capítulo I

| | |
|--|----|
| 1. La convención de Philadelphia el lugar del pueblo y de las cortes . . | 76 |
| 1.2. Accountability | 78 |
| 1.3. El Estado nace de la Constitución | 78 |
| 1.4. Permanencia del derecho, demolición de lo político | 79 |
| 1.5. La revisión judicial y el federalismo | 79 |
| 2. Primeras crisis constitucionales | 80 |
| 3. Federalistas vs. Republicanos | 84 |
| 4. Los papeles de <i>El Federalista</i> | 85 |

Capítulo II

| | |
|--|----|
| El eclipse de la democracia | 87 |
| 1. Elecciones de 1800. La estrategia federalista en Marbury vs. Madison | 87 |
| 1.2. Respuestas a Marbury | 89 |
| 1.3. ¿Los jueces como agentes del pueblo? | 90 |
| 1.4. El nudo argumentativo de la teoría normativa | 91 |
| 1.5. Sobreviviendo a Marbury vs. Madison | 92 |
| 1.6. Kelsen e Iredell | 95 |
| 1.7. Hart Ely y la interpretación constitucional | 96 |
| 2. ¿Cómo debe ser la interpretación constitucional? | 97 |

Capítulo III

| | |
|---|-----|
| “En nombre del Estado” Marbury vs. Madison ¿Quién es el verdadero poder constituyente? | 99 |
| 1. ¿Demo-cracia o demo-arquía? | 100 |
| 2. ¿Quién es el verdadero constituyente? | 102 |
| 3. Bibliografía | 104 |

TERCERA PARTE
EL PADRE SÁDICO

| | | |
|----|--|-----|
| 1. | El derecho en el nombre del Padre | 107 |
| 2. | Construyendo el universo, las palabras de la censura | 110 |
| 3. | La dulce gracia de la obediencia a la ley | 114 |
| 4. | El texto jurídico como modelo atemporal y matemático | 116 |
| 5. | Las formas jurídicas de la modernidad | 118 |
| 6. | Derechos humanos | 120 |
| 7. | Bibliografía | 128 |

Presentación

Tanto en la teoría como la filosofía política contemporáneas, se ha producido la confluencia de algunos discursos clásicos de legitimación del liberalismo, entre los que se destacan: la universalización de los derechos humanos, una nueva visión de constitucionalismo y la progresiva democratización de las sociedades. Este discurso hegemónico, que tuvo su origen en la derecha liberal de los países centrales del capitalismo, sin embargo, y paradójicamente, ha permeado todos los niveles y tiene un éxito inusitado entre algunos sectores progresistas de América Latina, que en los últimos 20 años han considerado a la lucha por la ampliación de la democracia, como la militancia en favor de los derechos humanos y por la instauración de un nuevo constitucionalismo como elementos esenciales de la agenda progresista de la región.

Así, de la mano de los procesos de transición a la democracia, cambio político o pacificación de la región han entrado en vigencia nuevas constituciones progresistas que se caracterizan por darle un carácter normativo a la Constitución e incorporar un contenido sustancial muy relevante dentro del cual el discurso de los derechos y las garantías se transforma en pilar fundante de todo el proceso. Este discurso ha dado como resultado el nacimiento de una nueva utopía basada en la necesidad de hacer realidad esa revolución constitucional. Uno de los rasgos más importantes de este constitucionalismo repotenciado, y frente a la crisis del modelo parlamentario racionalizado y del legalismo jurídico, es el nuevo rol que juegan los jueces constitucionales quienes asumen o deben asumir la

responsabilidad fundamental de hacer efectivos los objetivos últimos del Estado relacionados con la garantía efectiva de la eficacia de los derechos de las personas.

Sin embargo, el auge y la hegemonía de este constitucionalismo renovado y supuestamente progresista ha implicado paralelamente la aparición de un importante movimiento de resistencia que aligerado bajo las toldas del posmodernismo plantea una crítica muy fuerte a los principales argumentos de la teoría liberal hegemónica. Los críticos posmodernos a este “paraíso de mermelada”, como lo llamaría el filósofo colombiano Estanislao Zuleta,¹ se basan sustancialmente en argumentos que recuerdan la falta de legitimidad democrática y el carácter elitista y sustancialmente conservador de la justicia constitucional desde sus orígenes en el caso *Marbury vs. Madison*;² así como el origen y la finalidad política de la construcción intelectual de los derechos humanos, incluyendo una postura profundamente escéptica respecto del uso no hegemónico del discurso de los derechos humanos. Y denuncian el neohistoricismo positivista fuera de época que hay detrás de los discursos neoconstitucionalistas;³ así mismo ven con profunda desconfianza el nuevo rol civilizador de la nueva ola de constitucionalización que se vive en el mundo entero, sobre este particular se discute retomando argumentos culturalistas sobre la imposibilidad de realizar exitosamente estos trasplantes teóricos de teorías transnacionales como el constitucionalismo a sociedades no occidentales como las asiáticas o africanas o profundamente desiguales y complejas como las de América Latina.⁴

1 Zuleta, Estanislao. “El elogio de la dificultad”. *Elogio a la dificultad y otros ensayos*. Cali, Fundación Estanislao Zuleta, 1994.

2 Sobre los fundamentos históricos y el carácter contramayoritario de la justicia constitucional, véase Gargarella, Roberto. *La justicia frente al gobierno*. Quito, CEDEC / Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011.

3 Este discurso optimista de la historia de los derechos humanos se basa en la idea de que el reconocimiento de los derechos humanos en 1948, a instancias de Eleanor Roosevelt es el punto de quiebre definitivo entre un pasado de ignominia e ignorancia y un futuro prometido y promotor donde a partir de la aplicación de unos fundamentos éticos universalmente válidos se conseguirá el fin del sufrimiento humano y el comienzo de un progreso inusitado de libertad e igualdad entre todos los hombres.

4 Véase Bonilla, Daniel, ed. *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*. Bogotá, Siglo del hombre editores, 2009.

El texto de Ricardo Sanín, que publica ahora el Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional de la Corte Constitucional, se inscribe en esa tradición radical posmoderna y crítica al liberalismo y a la modernidad liberal, y fundamentalmente desde la filosofía del derecho pone en entredicho las verdades mágicas del optimismo constitucionalista que se ha entronizado en nuestra región y que, en lugar de la clásica revolución, postulan la posibilidad de un cambio social democrático por las vías pacíficas de un constitucionalismo supuestamente “radical, humanista y ontológicamente valioso”.

La propuesta teórica de Sanín denuncia el fantasma liberal para lo cual, en sus propios términos, se interna en la caverna donde se hacen las palabras y el sentido de lo jurídico para ayudar a derrumbar las bases tanto del positivismo kelseniano, en su versión latinoamericana, como de ese nuevo constitucionalismo judicialista que establece un monopolio de los jueces constitucionales en la interpretación jurídica. El autor considera que los autores liberales confunden la teoría jurídica con la Constitución y esta con el Derecho constitucional. A cambio propugna por entender la Constitución y el constitucionalismo en un sentido que combina a Foucault y a Carl Schmitt, en el sentido de denunciar al derecho y a la Constitución como herramientas de una biopolítica al servicio de las elites y recuperar al mismo tiempo el concepto de poder popular en el quehacer jurídico, como unidad política del pueblo o acto de voluntad popular. En ese sentido defiende la primacía del principio democrático y de la soberanía popular frente a la visión contramayoritaria del constitucionalismo contemporáneo, que le otorga la responsabilidad de la defensa de los intereses de las personas al ordenamiento jurídico.

Siguiendo a Schmitt, Ricardo Sanín cree que el poder no proviene de ninguna estructura ontológica universal, llámense derechos naturales, derechos humanos o Constitución, sino que es la voluntad del pueblo la que le da contenido y forma a ese sistema político y a esa norma por fuera y por encima del texto constitucional y su interpretación. En ese sentido, el problema de la Constitución y de la teoría constitucional no es y no se genera, como cree Kelsen, en la validez de las normas, y particularmente de la *grundnorm*, sino que es una cuestión práctica donde lo importante es la pregunta acerca de quién, cómo y cuándo se ejerce la voluntad popular

creadora del derecho, es decir, es una cuestión de la legitimidad de la decisión constituyente.⁵

Para el autor colombiano, el constitucionalismo y la entrega que este hace de la defensa de los derechos a los jueces no es más que una falacia ideológica,⁶ pues, lejos de haber formulado una nueva utopía emancipatoria, la adopción entusiasta a este nuevo constitucionalismo en realidad encubre el viejo mito platónico, mesiánico y aristocratizante, que en su miedo a la multitud le entrega el poder a una pequeña camarilla de sabios elegidos, en este caso los jueces, quienes en el modelo neoconstitucionalista ostentan la capacidad de administrar la vida social a partir de su poder de ordenar a todos los “poderes”, particularmente al poder constituyente sobre cómo debe ser y comportarse la sociedad, en un muestra de decisionismo acrítico que tan solo obedece a los imperativos de la política.⁷

Este tipo de disquisiciones, por cuya forma de escritura, puede parecer críptica y enormemente retórica, sin embargo, tiene una enorme potencialidad crítica y práctica en un contexto como el ecuatoriano. En Ecuador, donde a la crisis social y política derivada de la debacle del modelo político oligárquico empresarial defendido por los adalides del neoliberalismo criollo, las soluciones a la crisis se han planteado en diferentes planos: desde el abandono del Estado hasta su restauración autoritaria; desde la adopción entusiasta a los postulados del neoliberalismo sustentado en el formalismo ético, hasta la implantación de un neoconstitucionalismo progresista.

Las limitaciones del liberalismo monopólico y del anarquismo de derechas “a la ecuatoriana” son evidentes y se demostraron clara y rápidamente durante la crisis social y política vivida en Ecuador entre 1999 y 2006: el país se desestitucionalizó, el Estado ecuatoriano moderno, creado entre los años sesenta y ochenta de la mano del desarrollismo cepalino prácticamente desapareció, y el mercado fue incapaz de sustituir eficazmente al moribundo Estado en la adjudicación de bienes y servicios sociales para la mayoría

5 *Ibid.*, p. 77.

6 Aquí utilizamos la ideología en su acepción clásica marxista, entendida como aquel conjunto de ideas o conceptos que tenemos sobre la realidad respecto a lo económico, la ciencia, lo social, lo político, lo cultural, lo moral, lo religioso, etc. y que pretenden la conservación del sistema.

7 Sanín, Ricardo. *Teoría crítica constitucional*. Bogotá, Ediciones de palma, Gustavo Ibáñez, 2009, pp. 67 ss.

de la población. Como consecuencia de ello, los niveles de vida, servicios sociales, bienestar y empleo cayeron a niveles nunca vistos en la historia nacional, al punto de que casi tres millones de ecuatorianos debieron salir del país en busca de un futuro mejor, más allá de las fronteras nacionales.

En ese contexto, y debido al descrédito definitivo de la vía armada de solución al conflicto social y de las revoluciones tradicionales; algunos sectores progresistas del país plantearon como opción válida, y nosotros con ellos, la incorporación del Ecuador a la senda y a los optimistas postulados de la revolución constitucional de la mano de los planteamientos garantistas y neoconstitucionalistas.

La idea central era y es construir una nueva institucionalidad estatal, un Estado refundado, a partir de una Constitución normativa, que además de serlo, en el sentido canónico del término, lo fuere también porque incorpora soluciones a los retos que implica la construcción de un orden jurídico en sociedades clasistas, racistas, sexistas y desiguales como la ecuatoriana; desafíos relacionados con la imposibilidad de mantener un modelo de desarrollo basado en la monoexportación de materias primas y en la consideración de la naturaleza como una mercancía; o en dar soluciones viables y duraderas a las exigencias del reconocimiento de la pluralidad cultural, política, nacional y étnica; o en la búsqueda de la materialización de los derechos humanos como valores centrales del modelo político; y en solucionar la carencia histórica y la ausencia de democracia real a partir de la estructuración de un modelo alternativo sustentado en la participación protagónica de los sectores populares y de la sociedad civil organizada en las decisiones fundamentales del Estado; también se planteó como necesaria la construcción de una nueva institucionalidad centrada en la existencia de una función o poder de control constitucional fuerte e independiente que fuera capaz de controlar la natural tendencia de los demás poderes a la acumulación arbitraria de poder.

Sin embargo, el potencial de esa teoría, y las ilusiones que ha generado en nuestro país y en toda la región, paradójicamente se enfrenta cotidianamente y pierde peso ante un positivismo renovado,⁸ que se aprovecha

8 Como se sabe, el historicismo pretende que todo pensamiento humano es histórico y que la historia es necesariamente progresiva y progresista. Eso ha hecho que, siguiendo a Hegel, todo ideal emancipatorio se transforme en lo real y la aceptación absoluta de la realidad implica la muerte del espíritu crítico inherente al neoconstitucionalismo.

tanto las contradicciones externas del nuevo modelo y en particular la falta de resultados tangibles del discurso neoconstitucional y particularmente los jueces en su tarea de control al poder; como también en cuanto a las aporías internas del propio modelo que en su afán de sacar del ámbito de lo decidible democráticamente el destino de los derechos, paradójica y contrariamente a lo que postula Ferrajoli,⁹ en su afán de establecer criterios de racionalidad instrumental al proceso de adjudicación del derecho y los derechos, se los termina entregando a los vaivenes de la política judicial; con lo que en realidad es el mercado político y presupuestario el que termina definiendo si una persona tiene o no derechos.

Uno de los problemas del nuevo modelo ideológico, político y jurídico que adoptó el Ecuador, es su excesiva complacencia con los modos tradicionales de entender y hacer la política y por ello de alguna manera el sistema es vulnerable por el lado más débil, esto es respecto de la eficacia del control contramayoritario. En definitiva, más allá de la retórica jurídica, la verdad es que el nuevo modelo constitucional, inaugurado en el 2008, con la disculpa de asentarse en la realidad del país, ha terminado siendo esclavo de la lógica de la razón de Estado; lo cual ha incidido en cierto achatamiento del potencial transformador y utópico del proyecto neoconstitucionalista.

Es más, podría ser conveniente analizar el problema ético planteado retomando la primera parte de la famosa frase de Hegel, según la cual “todo lo racional es efectivamente real”. Diríamos que en el contexto actual latinoamericano y ecuatoriano el postulado neoconstitucionalista de limitación del poder y garantía correlativa de los derechos, a pesar de no verificarse en la vida concreta, sería real porque la efectivización de los derechos resulta ser un imperativo histórico ineludible, en las actuales condiciones de desarrollo de nuestra sociedad y en consecuencia el incumplimiento de los derechos, a pesar de poderse verificar en los hechos no sería real por estar por fuera de la racionalidad trascendental hegeliana. Sin embargo, utilizando los mismos argumentos hegelianos, el pragmatismo y la *real politik* serían racionales y, por tanto, legítimos siempre que estén vinculados a la efectivización del interés superior del

9 Este es el principal fundamento de la propuesta de Luigi Ferrajoli. Sobre el particular véase Ferrajoli, Luigi, “Los derechos fundamentales”. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid, Editorial Trotta, 2001, pp. 50 a 55.

Estado, también llamado razón de Estado; por consiguiente, desde el punto de vista hegeliano podríamos decir que la supremacía de la política sobre los derechos sería legítima.

Aunque todavía es pronto para dar una sentencia definitiva, en el caso ecuatoriano, algunas decisiones de los jueces parecen indicar que estamos en esta vía, puesto que hasta ahora el mandato de primacía de los derechos y la vinculación sustancial de la actividad pública a la realización efectiva de los derechos, no se ha cumplido como muchos quisiéramos; más bien, en este período inicial de vigencia de la Constitución los jueces parecieran estar fungiendo como adalides y defensores del Estado y sus razones, antes que en garantes de los derechos de las personas. Sin embargo, lejos de supuestos beneficios para el Estado, el hecho de no tomarse en serio los postulados centrales del modelo garantista defendido por la Constitución y convertirlo en simple retórica política no solo que ha impedido en la práctica reinstitucionalizar el Estado a partir de una lógica de los derechos y resolver los problemas concretos de la población y de la naturaleza, sino que impide o retarda el necesario proceso de descorporativización de la sociedad ecuatoriana. Pero, lo que es más grave, ha dejado nuevamente huérfanos y sin proyecto a los sectores más progresistas del espectro político, quienes debemos cargar con los costes que implica el proyecto de cambio sin saber a ciencia cierta quién lo conduce, para dónde va, y si las suyas serán promesas definitivamente incumplidas o solo postergadas a favor de los imperativos fácticos del momento político.

El resultado concreto es que ya no habría ilusión pues el pragmatismo la *real politik*, así como la verdadera cara del constitucionalismo, aquella cara conservadora y elitista, que si creemos a Ricardo Sanín nunca ha dejado de existir, habrían hundido antes de zarpar, las esperanzas de cambio de todos los pasajeros del proyecto emancipador que implican las nuevas constituciones latinoamericanas. La solución según nuestro autor, y aunque parezca paradójico, es justamente aquella representada en propuestas críticas como la de Gargarella¹⁰ o del mismo Ricardo Sanín, quienes con independencia de que estén en las antípodas ideológicas,¹¹ a fuerza de mostrarnos el lado oscuro del constitucionalismo, ambos nos hacen

10 Roberto Gargarella, *op. cit.*

11 Como se sabe, Gargarella es un liberal radical, mientras que Sanín es un radical posmoderno.

volver la cabeza hacia la necesidad de acompañar este proceso de constitucionalización del derecho y de la política en América Latina con una agenda de instauración de una *democracia*, donde la vigencia de los derechos no esté exclusivamente en manos de la voluntad de unos jueces, todavía anclados en el positivismo decimonono, sino que también dependa de la voluntad del pueblo y de la participación popular. Solo una real participación y el control popular de las decisiones tomadas por los jueces y legisladores pueden salvar al modelo de la autocomplacencia y de la retórica que hoy lo inundan.

No obstante, si nos fijamos bien, después de tanto caminar nos hemos percatado de que estamos en el mismo punto, puesto que volvemos nuevamente a la antinomia histórica que ha marcado el desarrollo del constitucionalismo desde sus orígenes: estamos otra vez en presencia de la contradicción entre constitucionalismo y democracia, entre el deseo y la urgencia de limitación del ejercicio del poder y de controlarlo mediante la adjudicación judicial y la ineludible necesidad de democratizarlo para hacerlo legítimo.

La solución a esta contradicción de principios, según algunos progresistas ecuatorianos, paradójicamente está, como en la parábola bíblica del hijo pródigo, en la vuelta al liberalismo, a partir de la insistencia y profundización del discurso que considera a los derechos constitucionales y los derechos humanos como espacios de libertad y ámbitos indecidibles por la mayoría; la solución según otros vinculados al pensamiento crítico, entre ellos Sanín, es la denuncia del liberalismo y la militancia en la democracia sustancial. El problema del liberalismo y de su hermano menor el constitucionalismo, y aquí otra vez volvemos a las paradojas éticas, es que dadas las condiciones de nuestras sociedades, el constitucionalismo tiende tendencialmente, como hemos visto, a entraparse en la lógica del mercado que todo lo ve en los términos maniqueos del costo-beneficio; mientras que la democracia en nuestra realidad se está transformando en la dictadura de la mayoría, o lo que es peor en palabras de Bourdieu, en la lógica del capital simbólico, que es la misma que está detrás de la idea del Estado de opinión defendida por Álvaro Uribe.

Sin embargo, antes de caer en la desesperación y a falta de otra cosa que hacer, podríamos intentar un ejercicio de especulación retórica. En nuestro caso, veamos qué pasaría si le diéramos la vuelta a la fórmula

hegeliana y la ponemos al revés como planteara Marx. Si decimos que “todo lo real es racional”, la conclusión terminaría siendo paradójicamente la misma, puesto que el pragmatismo y la *real politik* en relación con el cumplimiento de la Constitución serían racionales, por supuestamente necesarias en nuestro contexto social y político, y por ende reales, porque obedecen a la comprensión exacta de las condiciones dialécticas del momento histórico que vivimos, donde el eje central de la disputa política es la consolidación definitiva del recambio de elite y no tanto la realización efectiva de los derechos constitucionalizados.

Pero por fortuna hay otra realidad no ya la que plantearían Hegel o Marx si hubiesen vivido hoy en Ecuador, sino la que propone la filosofía crítica y el pensamiento posmoderno, en particular a partir de la crítica al poder y al derecho y particularmente a la visión liberal de los derechos como facultades previas a la sociedad y al Estado. La reconstrucción del derecho se tiene que dar a partir de darnos cuenta de la inescindible relación que existe entre derechos y movilización social. Para Sanín, si el derecho es reconocido, y específicamente si los derechos son reconocidos es porque estos tuvieron éxito a la hora de convertirse en demandas efectivas, de tal manera que la proliferación y eficacia de los derechos no se puede dar en el escenario de los conceptos abstractos, sino en el de las luchas sociales particulares.

Y esto llevado al caso ecuatoriano significa que el constitucionalismo y la democracia no están ni en el texto de la Constitución ni en las decisiones mayoritarias, sino en la lucha social concreta y en la presión que los ciudadanos hagamos frente a los poderes estatales, y para eso es útil la lectura crítica de la teoría crítica constitucional de Ricardo Sanín.

Juan Montaña Pinto

Director Ejecutivo del Centro de Estudios
y Difusión del Derecho Constitucional

Prólogo

Poder constituyente, pueblo y resistencia

¿Es el poder constituyente sinónimo de soberanía? ¿Es el pueblo y su “soberanía” una creación del derecho y de la Constitución? ¿O es más bien el pueblo un poder o una *potentia* que obra por fuera de los conceptos, categorías y procedimientos jurídicos? ¿Es la democracia un conjunto de procedimientos que garantizan el principio de representación o se trata de una forma de vida, de la energía del desacuerdo y el antagonismo? Estas son algunas de las preguntas que agudamente nos propone Ricardo Sanín en su libro, preguntas que son tan antiguas como Platón y tan contemporáneas como las más recientes insurrecciones populares de las plazas Tahrir en Cairo, la Puerta del Sol en Madrid y la Sintagma en Atenas.

El libro de Ricardo rastrea la trayectoria filosófica y los vínculos políticos que articulan la democracia, el derecho y el poder constituyente del pueblo. Se trata de deconstrucción en su forma más elevada y pura, toma las riendas de conceptos jurídicos fundamentales, de aquellos “universales” que se arrogan el poder hegemónico y muestra allí su inmersión y dependencia en intereses unidimensionales y netamente particulares. La estrategia deconstructiva es doble: Ricardo muestra tanto las concreciones históricas que han permitido que un concepto particular ocupe el espacio del universal vacío, y a la vez persigue las estructuras conceptuales duales examinando paradigmáticamente las jerarquías y las asimetrías del poder que ellas promueven.

Estamos ante un libro cuya sofisticación teórica y especificidad histórica permite abrir nuevos campos de comprensión, tanto de la política del derecho como de cualquier ejercicio de la política en sí misma.

En el corazón radical del libro de Ricardo se encuentra una fluida conversación con las revueltas y movimientos populares del siglo XXI que a su turno han transformado el significado mismo de la política alrededor del mundo. Las oleadas de insurrección que provienen de África, el Medio Oriente y Europa han desmentido cualquier reivindicación sobre el fin de la historia y han enterrado la ingenua afirmación según la cual la democracia liberal de baja intensidad y el capitalismo neoliberal son la etapa culminante de los movimientos mundiales.

Las multitudes egipcias, españolas, sirias y griegas se han tomado las calles y las plazas ofreciendo una auténtica prueba empírica de las aseveraciones de Ricardo acerca de la centralidad del poder constituyente. La teoría y la praxis, la recolección de temas filosóficos y la proyección de eventos que cambian el mundo son inseparables. De manera que se tiene que admirar a Ricardo como un visionario que ha insistido con tenacidad a través de los años en recordarnos cómo el poder constituyente y el pueblo no pueden ser entendidos por fuera de la escena política, no obstante los esfuerzos reiterados y ahora desesperados de políticos, periodistas, abogados y sus lacayos académicos de cercenar el evento popular de las claves tradicionales del lenguaje político y jurídico. El poder constituyente, como lo reprimido, siempre retorna... y Ricardo no se cansa de repetirnos esta verdad.

Como una pequeña contribución al examen riguroso y exhaustivo que Ricardo emprende sobre el fantasma del poder constituyente, en lo que resta de este escrito pretendo recordarles del derecho a la resistencia y la revolución que, al igual que el poder constituyente, ha sido desterrado y declarado imposible, pero que siempre vuelve.

* * *

¿Cuál es el vínculo que existe entre revolución, justicia y derechos? La teoría de la justicia es el más antiguo fracaso del pensamiento humano. Desde Homero, Platón y la Biblia las mentes más brillantes y los espíritus más iluminados han tratado de definir la justicia y han fracasado. La paradoja de la justicia reside en que mientras su fundamento ha sido eclipsado por

la incertidumbre y la controversia, la injusticia siempre ha sido percibida con claridad, convicción y urgencia. Reconocemos la injusticia cada vez que nos topamos de frente con ella. Sin embargo, cada vez que una teoría se pone en práctica, tarde o temprano crea un sentimiento de injusticia que conduce a la resistencia, la rebelión y a la revolución. La vida comienza con la injusticia y se rebela en su contra. El pensamiento sigue contemplando a la justicia y termina siendo otro caso más de injusticia.

Ernst Bloch, el filósofo marxista que mayor interés demostró hacia el derecho natural, concluyó que la humanidad exhibe un sentido perdurable de resistencia y rebelión. Tanto el historicismo como el humanismo marxista han sufrido un ataque devastador por parte de Luis Althusser, el post-estructuralismo y la filosofía de Alain Badiou. El progreso ya no está garantizado por la necesidad histórica y las apuestas revolucionarias han sido dirigidas a la probabilidad del advenimiento del “Evento” el cual genera sus propios sujetos militantes. De manera que las preguntas fundamentales son:

- 1) **¿Cómo se logra proyectar desde las ideas la epifanía y preparar a los sujetos que serán fieles a su verdad como necesidad para la concreción del “evento”? ¿Cómo se vincula el evento con los imperativos y motivaciones morales? Permítanme volver a los orígenes.**

El más antiguo de los documentos griegos que haya sobrevivido a las durezas del tiempo es un fragmento de Anaximandro que dice: “Ahora bien, allí mismo donde hay generación para las cosas, allí se produce también la destrucción, según la necesidad; en efecto, pagan las culpas unas a otras y la reparación (*didonai diken*) de la *adikia* (desarticulación, fractura, injusticia), según el orden del tiempo” la *adikia* arcaica impone su deuda a los sujetos y utiliza la historia para su reembolso. ¿Qué significa todo esto?

Persigamos la respuesta dada por Sófocles en su soberbia “Oda al hombre”, la primera canción coral de Antígona.

Polla ta deina kouden anthropou deinoteron pelei (332).

Innumerables maravillas (*deina*), terribles maravillas caminan por el mundo. Pero ninguna tan maravillosa y aterradora (*deinoteron*) como el hombre.

Para Heidegger, la traducción de la palabra clave “deinon” posee dos significados: de un lado el poder violento del hombre, presente en el conocimiento, en el arte y en el derecho (*techne*), y del otro el poder abrumador de *dike* (dice) que es la estructura y el orden del Ser.

Techne confronta la *dike*, el hombre despedaza la intensa exención del ser y produce de ella a los seres. En esta confrontación entre libertad (lenguaje y acción) y necesidad (el orden del mundo) la humanidad abre las grietas de su historia.¹ Pero el monumental poder de *dike* jamás puede ser dominado plenamente. Ella arroja (*pantoporos*) a todo hombre de mundo a un espacio sin pasadizos ni recursos (*aporos*). El desastre y la muerte son la condición inexorable de la existencia humana creada por el indivisible conflicto entre la libertad y la necesidad. La ruina se agazapa tras cada logro como su condición esencial. El fragmento citado lo llama *adikia*, desarticulación, fractura, injusticia. *Adikia* es la fundación de *dike*. El sentido de injusticia no es otra cosa que el juicio de la historia y el resarcimiento de la *adikia* original. Pero hay más, la desarticulación siempre se dará como un exceso de cualquier restitución posible y circulará infinitamente “de acuerdo con el orden del tiempo”. *Adikia* es a la vez la perpetua lucha entre *techne* y *dike*, entre poder constituido y constituyente pero también su propio límite, es lo que mantiene la necesidad y la libertad separadas.

Por consiguiente, la dialéctica entre justicia e injusticia no conduce a su síntesis. La injusticia no es el revés de la justicia; lo injusto no es la contradicción de lo justo, ser víctima de una injusticia no es el opuesto lógico de cometer una injusticia. *Adikia* es la comisura entre la justicia y la injusticia pero también el interminable y fallido intento de clausurar dicho vacío.

2. ¿Cuál es el sentido moderno de la injusticia? ¿Cómo induce al sujeto revolucionario? Finalmente, ¿qué papel despliegan las ideas normativas en este proceso?

Quizá la más grandiosa máxima moderna expresa que “todos los hombres nacen y permanecen libres e iguales en dignidad y derechos”, la innovación

1 Heidegger discute la Oda al hombre en su *Introducción a la metafísica*, publicada por Editorial Gedisa, 2002.

normativa de la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano consistió en anudar la máxima clásica de *justice suum cuique tribuere* (darle a cada quien lo suyo) y el mandamiento cristiano de igualdad universal, presente por primera vez en la afirmación de San Pablo acorde con la cual “no hay hombres libres o esclavos, hombres o mujeres, griegos o judíos, todos somos uno en Cristo”. La Declaración separó el *suum* de las estrictas jerarquías sociales premodernas; y desató la igualdad cristiana de su asociación exclusiva con la religión y la espiritualidad. La revolución le concedió estos derechos formales y materiales, de manera retórica por supuesto, a “todos los hombres”.

La cruda confrontación entre la jerarquía teleológica y la ontología individualista solamente puede ser resuelta mediante la revolución. La revolución no consiste simplemente en un cambio sociopolítico radical, se trata de un principio normativo, la expresión moderna de *techne*. El derecho a resistir la opresión es una de las máximas de la declaración, se trata de la forma más elevada de libertad. Los derechos humanos solamente pueden emerger mediante la revolución, siendo la resistencia su sustento vital. La transfusión del poder constituyente a un derecho constitucional significó una novedad normativa radical tan relevante como la proclamación universal de la igualdad.

No obstante, entre 1789 y 1989 la primacía del derecho a la revolución sobre derechos sustantivos fue invertida y el llamado a la justicia se convirtió en injusticia. Kant fue el primero en desestimar el derecho a la revolución y etiquetarla como una contradicción de términos, a su juicio el derecho no puede tolerar su propia demolición. La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 repite el gesto francés pero erradica cualquier noción acerca de la resistencia. Es más, su preámbulo consagra que los derechos de la declaración son otorgados como fórmula para prevenir la revolución, mientras que su artículo 30 prohíbe de manera tajante cualquier amenaza al sistema político o legal. A su turno, los artículos 15, 16 y 17 de la Convención Europea de Derechos Humanos recalcan en el mismo tipo de conservatismo. Muchos historiadores han demostrado de manera contundente que la Convención fue la creación de conservadores y demócratas cristianos europeos, que en medio de su derrumbe moral, vieron en los derechos humanos la única manera de restaurar su hegemonía ideológica.

Los derechos humanos se inauguraron como hitos normativos de un inmenso cambio revolucionario. No obstante, los derechos humanos positivos se han convertido en un mecanismo de defensa que elimina cualquier posibilidad de resistencia y revolución. La erradicación del derecho a la revolución, dentro del paquete de derechos humanos está dirigida a suprimir cualquier transformación radical y se vuelve así la póliza de seguros del orden establecido. Sin embargo, dicha maniobra estaba destinada a fracasar estruendosamente. La novedad emerge una y otra vez mediante una directa confrontación con el antiguo *dike*. Pero las nuevas formas de *dike* y sus concepciones de justicia pronto degeneran en *adikia*. Como lo demuestra Ricardo, el orden del mundo no es otra cosa que una subespecie de su dislocación, de su entropía. Esta confrontación perpetua trae siempre consigo la resistencia y la revolución por medio del sentido de injusticia engendrado por la *adikia*. El derecho a la revolución es tanto el fundamento como la garantía de la lucha perpetua entre la justicia y la injusticia, y por esto mismo no se puede simplemente barrer debajo de las puertas del tiempo. La revolución es la condición esencial y permanente de la ciencia y el arte modernos. En términos políticos, la revolución se ha convertido en la normatividad fantasmal, podríamos llamarla el derecho al “evento”, que retorna constantemente y es, por tanto, el más importante mandato de la modernidad.

El igualitarismo legal, que ha sido la forma en que el capitalismo ha entendido la conjunción egalitaria, ha incrementado exponencialmente la brecha entre ricos y pobres. La igualdad de oportunidades significa que el lado débil de la retroalimentación depende simbióticamente de las ganancias del lado fuerte. El síntoma de la *adikia* revive instantáneamente el letárgico derecho a la resistencia y aviva el fuego de la *techne* de la rebelión. El derecho aniquila el derecho a la resistencia pero este retorna permanentemente como lo reprimido, tal es el caso de Túnez, Egipto, España y Grecia. El derecho a la resistencia es el núcleo imposible y prohibido del derecho, lo real que sostiene la legalidad y los derechos.

La idea de comunismo y el llamado normativo que prepara a sus militantes significa precisamente el fracaso de la legalidad egalitaria. La inequidad a nombre de la igualdad legal transforma una norma condicional en un axioma absoluto que dice que las personas son libres e iguales, donde la igualdad no es su objetivo o efecto, sino la premisa de toda

acción. Lo que quiera que niegue esta simple verdad crea un derecho y un deber a la resistencia. La igualdad de los derechos legales ha producido una crónica inequidad cultural y material. La *adikia* de la modernidad tardía subordina la capacidad productiva axiomática de la igualdad a una pálida versión normativa. Dicha igualdad axiomática es la que moviliza a los sujetos militantes en la modernidad tardía.

La igualdad axiomática de Alain Badiou (donde cada quien cuenta como uno dentro de todo grupo relevante) es la frontera imposible entre los derechos y la cultura,² significa que la atención a la salud es debida a quien lo requiera independientemente de sus medios, significa que los derechos a la residencia y al trabajo pertenecen a todas las personas, donde quiera que estén, indiferente de su nacionalidad y que el activismo político puede ser emprendido por cualquier persona sin que haya lugar a distinción por motivo de su ciudadanía e incluso en confrontación directa a las prohibiciones del derecho de los derechos humanos.

El estado neoliberal es un nudo ciego entre las funciones del capitalismo y el músculo del mercado. La hipótesis de la *adikia* y su respuesta comunista que conllevan implícitos la perpetua lucha entre *techne* y *dike* no pueden simplemente esperar el decaimiento del estado capitalista. De igual manera, el comunismo no puede sobrevivir si abandona su directa oposición al capitalismo estatal. El comunismo genérico existe en el aquí y en el ahora, se manifiesta cuando los militantes resisten en las favelas latinoamericanas, en las calles de Atenas y en la Plaza Tahrir proclamando la igualdad singular de todos en contra de las diferencias inequitativas producidas por los Estados modernos. Su acción revive el derecho a la disidencia y a la rebelión como la forma más elevada de libertad. En este proceso los derechos pasan de ser simples títulos y posesiones individuales a una nueva concepción donde somos “seres en los derechos” dándole a cada quien lo que se debe a todos. Puede ser entonces que la idea del comunismo salve a los derechos.

Costas Douzinas
Universidad de Londres

2 Badiou, Alain. *Metapolitics* (verson, 2007), chapters 6, 7 and 8.

Presentación del autor

El presente libro consta de tres partes integradas por una preocupación central: la aniquilación sistemática de la democracia por parte del constitucionalismo liberal contemporáneo.

La primera parte, “la democracia en tu cara”,¹ intenta emancipar al sujeto político del lugar subordinado y definido por significantes vacíos que instala el liberalismo en universales que proyectan el mundo normativo a partir de un ocultamiento de su lugar mítico y netamente ideológico. El esfuerzo allí se concentra en demostrar cómo el esquema trascendental kantiano, reflejado en la *Grundnorm* kelseniana es una negación irreparable de la democracia pues recluye al sujeto político (poder constituyente) democrático (pueblo) en un círculo vicioso controlado por la suposición de un oráculo que contiene el lenguaje, pero no es lenguaje en sí, que neutraliza y reniega la política como creación democrática por medio de un megatexto jurídico que secuestra y paraliza al demos de la democracia, lo normaliza y lo devuelve como una copia al carbón de lo normativo. El desenlace lógico es que el objeto (norma fundamental) no es creado por el sujeto (pueblo), sino que la norma define al sujeto o, en otras palabras, que el poder del constituyente se diluye tras el monumento de un ente objetivo llamado norma fundamental. Esta norma fundamental repele la idea misma de democracia como precondition de su existencia. Es esta una aberración que no pretendo exorcizar desde fuera de sus

1 Publicado originalmente en la revista de Filosofía de Unisinos. Universidade do Vale do Rio dos Sinos/Brasil, mayo 2009.

propias proposiciones, sino, primero, llevarla hasta sus últimas consecuencias, donde ella misma se derrumba ante sus contradicciones inmanentes y dejará un esqueleto vacío y, segundo, al enfrentarla con el fundamento radical, constitutivo, e incluso con la literalidad liberal de la democracia, la teoría de Kelsen se verá forzada a desplazar sus sentidos hasta detectarse enteramente cómo la teoría de la *Grundnorm* nada tiene que ver con la democracia. Además, se trata de un reto franco y abierto a los liberales a tomarse la democracia en serio, a preguntarse, realmente, de qué están hablando cuando invocan la democracia como conducto central de su ideología, a poner las cartas sobre la mesa, a someterse a sus mismos extremos filosóficos. Finalmente, lo que mueve al texto entero es la convicción de que, al separarse la democracia de proyectos centrales del liberalismo, como la explicación kelseniana, desaparece de un soplo su suposición y el espacio político/jurídico se reabre para los sujetos políticos.

La segunda parte del libro es una remodelación casi total del artículo “En nombre del pueblo, destruyendo a *Marbury vs. Madison*” aparecido en 2006.² De la versión original se guarda el esquema histórico del caso, pero esta nueva versión va más al centro de este fallo como hito del constitucionalismo. Demostraré cómo el fallo de la Corte Suprema representa el momento clave de una agenda liberal que se ha movido sistemáticamente hacia la cooptación estatal de la democracia y de la separación cada vez más brutal entre Constitución y pueblo a partir de la reducción de la Constitución política a una mera norma formal y la apropiación de un poder constituido (juez constitucional) del lugar del poder constituyente y que por ende implica la arrogación del lugar de enunciación del lenguaje político. La tesis fuerte es entonces que *Marbury vs. Madison* es lugar inevitable para entender cómo se destruye la democracia y el poder constituyente, pero además ofrece un horizonte de comprensión de cómo la profesión del abogado ha sido protagónica en una marcha frenética hacia una sofisticación y complicación tal de los contenidos constitucionales, que ellos son un material completamente desligado de la experiencia democrática, es decir, la posición del abogado como un pontífice (dueño de las claves del texto) que bloquea el lenguaje de la Constitución y que nos fuerza a buscar nuevas formas de aproximarnos a ella.

2 *Revista Criterio Jurídico*, Universidad Javeriana, Cali, 2006.

Finalmente, “El padre sádico”³ hace un recorrido mayor, que le da cohesión a las dos primeras partes. Arranca con una indagación por la función ideológica del derecho en la tradición occidental. En ella no se despoja al derecho de sus contenidos liberales y su pretensión básica y fundamental de sistematicidad, completitud y coherencia del orden jurídico, sino que antes bien, se atraviesan esos contenidos para demostrar que el derecho es el lugar de lo “Absoluto” el “nombre del padre” donde nace el orden de lo simbólico. Orden que crea cada fantasía que vivimos como realidad, desde la fantasía de una sociedad transparente hasta la del sujeto autónomo y universal de los derechos humanos. Se desplegará entonces la capacidad absoluta del derecho de nombrar, de incluir y excluir donde toda formación del ser y la capacidad de representación del sujeto está definido por el derecho. No hay sujeto fuera del derecho, no hay política fuera del derecho, no hay lenguaje fuera del derecho. Ante esta aparición totalitaria de lo jurídico, se propone como antídoto específico la crítica al discurso de los derechos humanos liberal de Costas Douzinas, allí la descompresión de este ser jurídico absoluto permitirá ver otras formas políticas, la democracia recobrará su tono original popular y el sujeto escapará de la prisión de lo dado.

Anticipando el eterno y facilista reproche a la teoría crítica por parte de la ortodoxia liberal: ¿Dónde está la propuesta? Espero ofrecer, en la combinación de las tres partes del libro, una propuesta crítica que desarticule los presupuestos básicos del constitucionalismo liberal, de una manera que este no los pueda cooptar y reintroducir a su gramática. El reto del liberal será rearmarse a partir de sus propias contradicciones, saliendo de la cueva del formalismo que aquí se denuncia, prescindiendo de la cómoda posición de lo dado, la cual ya no existirá. La propuesta está tanto en la crítica como en su forma. Su mera composición literaria es una perturbación profunda a la restricción del texto canónico jurídico y de su lógica de convalidación y perpetuación. Se trata de recuperar la imaginación política y arrebatarla de las garras de una tradición que se defiende a sí misma proyectando la creencia que no hay nada nuevo que decir, que las cosas no pueden ser de otra manera.

3 Inédito, 2009.

Este libro no es una compilación, un tratado o un comentario que extienda la tradición, y cuya fuerza de repetición infinitesimal fije unos contenidos inamovibles. Se trata de cancelar el modo como se propaga la ideología liberal a partir de la repetición sorda y adoctrinante de sus contenidos, de una generación a la otra, a la otra. Es decir, a diferencia de la tradición liberal y de su armadura teórica, no se trata de un trabajo analítico que parta de axiomas definidos e incuestionables, y que procure un sellamiento sistemático de sus dogmas, sino, antes bien, deshace esos axiomas, los desmitifica y los descompone hasta rebajarlos a su entidad política particular; los reduce hasta que aparezca su verdadera “presencia” la cual permite a todo sujeto político intervenirla. Se trata entonces de saber que tras la poderosa e intimidante voz del mago liberal se oculta un ser particular y finito, una ideología precaria, armada con materiales perecederos y sumamente frágiles.

A diferencia del liberalismo que pretende hablar desde una verdad blindada en sí misma, y fuera de toda posibilidad de transferirla a la disputa política, como autor no reclamo un lugar neutro de la enunciación, confieso mi posición política, hago visible mi propósito, lo que permite al lector tratar el texto fuera del monólogo magistral liberal. Veo en la hermenéutica no un mecanismo que tienda a la perfección del sistema, sino un agujijón que promete perforarlo y al hacerlo el sistema no tendrá otra opción que mostrar sus vacíos y contradicciones. Ante todo combato la ilusión de imposibilidad, de que la realidad es inexorable y no puede haber otra por fuera del texto jurídico programado por un pontífice.

Primera parte

La democracia en tu cara

1. El fantasma de los universales

1.1. El mito trascendente de los universales

¿Por qué palabras tales como libertad, democracia y Estado de derecho tienen un impacto de tan largo alcance en la tradición moderna? ¿Por qué ellas siguen siendo el núcleo de la actividad “normativa” que organiza y determina cada trazado de la superficie de la realidad política? ¿Por qué han de ser inevitables como la fuerza inmanente que empuja todo proceso narrativo y le asigna un lugar particular a cada sujeto e institución? La tradición liberal tiene su historia particular, en ella se da buena cuenta de un proceso evolutivo que un día se frenó en el hoy, un hoy múltiple, un hoy elástico que explica el tiempo a partir de los tentáculos que se extienden desde su matriz ciega, que explica la totalidad de la historia y del presente, un punto de corte donde la historia misma se detiene y desaparece en una nueva sustancia, esta sustancia ordenadora son los universales. Los universales son sacados de palabras claves tales como libertad, democracia o Estado de derecho, ellos cierran la historia con su consolidación ideológica, son las fundaciones mismas del liberalismo, que lo hacen refractario y lo explican en su totalidad. Estos universales tienen un relato particular mitológico que termina absorbido dentro de su propia constitución, allí donde el relato termina y comienza la realidad. Con estos universales el tiempo es una recitación de ellos mismos, de cómo ellos llegaron a habitar

este mundo, a explicar este mundo y a ser este mundo. La historia de las luchas, frustraciones, revoluciones, la historia misma de las historias paralelas o contradictorias terminan con una sutura, con un fin que es el universal. El universal es producto de una instancia histórica particular, pero que a la vez la frena y la explica; la paraliza y la oculta, todos somos sus vástagos, nuestro lugar está predestinado por ellos.

¿Cuál es la virtud intrínseca de estos universales? ¿Cómo y por qué funcionan? De acuerdo con el liberalismo, primero se trata de conceptos racionales de los cuales se desprenden estatutos positivos, lo cual supone, segundo, que cada categoría o subproducto que se derive de ellos (justicia constitucional, democracia representativa) llegan a ser lo que son pues traen incorporado el código genético de sus palabras claves, se trata de derivaciones lógicas y pacíficas que extienden y prolongan el contenido único de sus universales. Lo cual implica, tercero, que dichos universales no requieren otra convalidación que la que otorga su propia estructura interna y que cualquier problema de validez de sus subproductos se resuelve al retrotraer la cadena a su origen. Para el liberalismo, entonces, todo problema se resuelve en el terreno de la validez.

Todo esfuerzo tendiente a convalidar estos universales dentro de sus propios confines es falaz, tautológico, esta falsedad no es solo lógica como se demostrará, lo cual de por sí desnuda toda pretensión de racionalidad moderna, sino que tiene una función ideológica específica, cual es la postulación de la política mediante la implantación de la hegemonía jurídica como cierta especie narrativa que permite contener y explicar la historia y todos sus sustratos sociales, y de ello se deriva la imposibilidad de innovar el mundo por fuera de las fronteras precisas que ordena el derecho. Con todas sus variaciones y cambios de tonalidad, la modernidad liberal no puede, ni quiere escapar de una ordenación de la vida a partir del grano sagrado de la validez de sus universales y de la completitud de sus derivaciones prácticas, aquí descansa toda la estructura del mundo moderno.

El artificio es sencillo, sus consecuencias son complejas. Para el liberalismo los universales explican el sistema, el sistema es el todo de la vida social, que a la vez es toda posibilidad de conocimiento y el límite del lenguaje. Los universales contienen el sistema desde su cúspide, son la premisa mayor petrificada, explican todo el edificio en términos de validez

formal. Todo ello adherido a creencias tradicionales ya superadas en otros ámbitos del conocimiento (p. ej., la mecánica cuántica), según las cuales la constitución misma de la realidad es la suma de las partes, el todo es la suma de las partes, lo que es equivalente y simétrico al postulado que el “todo” explica el funcionamiento integral de las fracciones, y la aritmética de las fracciones constituyen un todo, como si cada parte o fragmento operase animado por un indivisible que lo domina y prescribe plenamente, como si cada partícula tuviese un papel predeterminado y lo ejecutase solo en la medida en que otras partículas ejecutan su pequeño libreto y así todo funciona dentro de un escenario armónico y total.

Los universales liberales no solo ordenan cada uno de los discursos y derivaciones hasta sus más íntimos resquicios y condensan el enlace de todos los discursos nacidos de su tradición y garantizan que actúen de forma simétrica y pareja, sino que el plan universalista va más allá, se trata de marcos que son neutrales y acabados en sí mismos, que no resisten ningún tipo de reto, ni ético, ni estético, ya que ellos marcan el inicio del lenguaje, en ellos el lenguaje se programa como elemento puro y simplificado que otorga sentido a todo el sistema que, curiosamente por su virtud, se sobreentiende a sí mismo.⁴ Lo ético es su consecuencia, lo estético su producción, por tanto, el lenguaje tiene el mero propósito hermenéutico de comprobar la pertenencia de un particular al universal. El universal es el afuera inasible para el lenguaje pero que crea el lenguaje en su totalidad.

Esta lógica circular y autorreferencial es el hueso duro de la modernidad. Universales como democracia están instalados a modo de ordenadores de la realidad, como hipertexto que subyace a cada producción de lo social, que lo organiza y justifica hasta sus elementos granulares. Estos universales son el umbral del lenguaje, en su forma quieta y pura se genera el lenguaje mismo, son el “todo” de donde proviene lo singular, así, todo sentido que se encuentre disperso, que deba ser recuperado tiene que retraerse a sus orígenes, al punto cero de su emisión, de modo que resulta obvio que la hermenéutica que enseña el liberalismo no se sale un ápice de la mera reconstrucción de sentidos a un origen liminal.

Ya, una mirada más incisiva a este funcionamiento armónico de paridades y correspondencias devela su imposibilidad. El concepto hegeliano

4 Douzinas, Costas. *El fin de los derechos humanos*. Bogotá, Legis, 2008.

del universal consiste precisamente en que el universal jamás es el marco neutro de una multitud de contenidos particulares, no es un contenido ya realizado y que activa el proceso desde sus orígenes y de acuerdo con una constitución inscrita en su alma. Sino que por su propia naturaleza el universal divide, separa, destroza toda entidad individual, escinde lo particular, y solo en la medida en que rompe cualquier propósito armónico se afirma como universal. La relación jamás es simbiótica sino, por el contrario, antagónica: el universal siempre se afirma en la forma de algún contenido particular que pretende encarnarlo directamente. En otras palabras, el sentido mismo de lo universal no existe por fuera del lenguaje, no es posible hasta que un particular tome su lugar, se apropie de su espacio vacío y lo llene desde un mundo que ya ha sido vivido a partir de la contingencia y finitud de un particular que ha triunfado en una macabra e inacabada lucha por el lenguaje.

Piénsese en el ejemplo que nos ofrece Slavoj Žizek del concierto de violín; de acuerdo al filósofo esloveno el universal llamado “concierto de violín” supone que existe un marco pleno de referencia que ha orientado y captado todo el desarrollo particular de los variados intentos por llamarlo, por invocarlo.⁵ La estética occidental, que es idéntica en sus recursos y economía a la narrativa normativa moderna-liberal, pretende que exista un universal llamado “concierto de violín” a partir del cual se desgrane cada ejecución particular, entiende que dicho universal encierra una verdad específica que debe ser atendida con el máximo rigor, de lo contrario la música no sería música y cualquier intento por fuera de sus bordes estrictos sería un sacrilegio a su forma pura. Desde Bach y Mozart a Bartok, pasando por Beethoven hasta llegar a Tchaikovsky se trata de variaciones concretas que se derivan de la universalidad del concepto, que conducen en cada acorde y variación los elementos concisos del “concierto de violín”. Pues bien, lo que realmente sucede es que cada caso específico pretende llenar el orificio vacío del universal, cada caso es un intento fallido e incompleto por reclamar el lugar de lo “absoluto”. “En cada caso, el concepto universal es perturbado de un modo específico”.⁶ Cada caso es una forma particular de atrapar el universal. De modo que cada intento

5 Žizek, Slavoj. *El sujeto espinoso*. Buenos Aires, Editorial Paidós, 2007.

6 *Ibid.*

perfora el universal y lo rehace, altera sus dimensiones, lo infla y transforma en otra cosa. Finalmente, detrás del concepto universal solo hay casos particulares, fracturados y disímiles, donde es claro que el “concierto de violín” jamás existió por fuera de los intentos particulares de vencer su resistencia y que el concepto de lo “universal” como tal, es una simple decisión hermenéutica retrospectiva, es una ilusión impuesta violentamente, empujada a sus precipicios por los diferentes casos particulares que en una lucha agónica pretenden llenar su lugar. El universal queda atrapado en las redes de sus intentos fallidos, ese es el concepto mismo de “significante vacío”.

Resulta claro que la exclusión es una de las funciones primordiales de los universales dentro del espacio liberal. Cualquier contenido particular que no se inscriba dentro de los detalles exigidos por el universal queda desplazado del lenguaje como un elemento espurio condenado al afuera, desde conceptos básicos como “bárbaro” hasta “terrorista” provienen de este simple ejercicio de la razón.

Como demuestra el ejemplo del “concierto de violín” la imposibilidad de realizar el universal no proviene de obstáculos externos que se niegan a ser domesticados, no se trata de una disonancia entre lo universal y lo particular que exigiría el sacrificio de lo particular, el obstáculo es interior. Es el atolladero de sus múltiples ejemplificaciones lo que forma el universal, y no viceversa. Son los casos particulares, disgregados, inconexos los que deciden el contenido del concepto universal. El fracaso del universal no es entonces un fracaso de los intentos particulares, sino el fracaso de universalizar un particular que lo deja expuesto a su propia finitud. El fracaso de la tradición liberal moderna radica, entonces, en la exclusión sistemática y cruel de contenidos particulares que no encajan dentro del pretendido universal, proviene de tomar a un particular que suplanta al universal como regla y medida de todo otro particular para así desterrar a aquellos particulares que no estén en armonía con el significante vacío. Ahora bien, todo lo anterior no significa que, dada la falacia de lo universal este no funcione, por el contrario, funciona demasiado bien, de eso se trata toda la mecánica liberal: de sembrar un sentido de realidad a partir de ilusiones básicas que llenan de contenido nuestras vidas; la ilusión es el escenario donde vivimos, donde nuestros mundos quedan desolados y partidos, definidos y

clausurados, precisamente el gran truco es hacernos sentir esa ilusión como algo inevitable, intransferible, invencible.

Como sostiene Zizek, siguiendo a Hegel, el género universal es siempre una de sus propias especies, solo hay universalidad si existe una brecha, un agujero en medio del contenido particular de esa universalidad, es decir, en la medida en que entre las especies de un género, haya siempre una especie faltante, a saber: la especie que encarnaría adecuadamente ese género.

Por tanto, toda esta trama moderna de perseguir frenéticamente el modelo, de ser su siervo no ha sido cosa distinta que la imposición, en últimas ideológica y violenta, de mantener una parte privilegiada en el lugar del universal que, como tal, se nos presenta como la máquina que surte todo el movimiento, que explica todo el lenguaje y del cual se deriva toda la verdad. En este proceso, en el cual un particular tan anémico y frágil como los demás, de pronto se revela a la luz como el único contenido universal verdadero, lo que ha sucedido es una lucha política por enunciar la verdad desde un sesgo particular. El “Estado” liberal como modelo único destierra toda diferencia, anula toda posibilidad de organización política autónoma por fuera de sus invencibles barreras, esta ilusión se soporta a sí misma no solo como modelo excluyente, sino, lo que es peor, como modelo acabado, como premisa intocable de la verdad, como fórmula matemática axiomática, irrefutable. Aquí, es preciso recordar a Hegel nuevamente, no es que sea imposible un Estado que satisfaga totalmente su concepto, es posible, pero ya no sería un Estado sino una comunidad religiosa. Lo que hay que cambiar es el concepto mismo de Estado, es decir, la norma con la que medimos la existencia de los Estados reales. El concepto “universal” de “Estado” no es una verdad tras la verdad, anterior a todo tiempo, infranqueable, inaccesible y completa, es simplemente la máscara puesta allí por un contenido particular que se alzó con el concepto. Claro, ello enuncia un sentido de realidad preciso y en gran proporción funda nuestros mecanismos de creencias, pero el punto acuciante es saber qué pasa cuando el velo sea levantado y tras la apariencia de la realidad ilusoria liberal se revele nuestra vida fundada en un fantasma que se impuso ocultándose tras su propia construcción espectral.

Toda existencia positiva del universal está soportada en la incapacidad misma del concepto de realizarse completamente, la contradicción está

adherida al concepto mismo e impide que la totalidad se realice plenamente desde adentro. Lo que no nos cuenta la fábula liberal, entonces, es que sus universales fueron impuestos violentamente y que su supervivencia depende de la invisibilidad de su lugar mítico y su funcionalidad de una red ideológica que se oculta tras la fantasía de la razón. Desterrar esta fantasía es mirar a la criatura de frente, sin suposiciones (*Grundnorm*) ni arandelas netamente autorreferentes, que solo conducen a doblegarse ante el mito primordial (validez); es descubrir que detrás de la función existe una ánima ideológica, una economía del poder que se sustenta en ella misma; es descreer de esencias que se dispersan como gas tóxico, recorriendo sus huellas y limpiando su tétrico lugar de nacimiento.

1.2. El velo es el fantasma

La máxima kantiana (que ha ordenado el mundo moderno/liberal), según la cual, “las condiciones de posibilidad de nuestro conocimiento son al mismo tiempo las mismas condiciones de posibilidad del objeto de nuestro conocimiento”; supone una transmisión pacífica y sin recortes de lo subjetivo a lo objetivo; supone que el objeto de nuestro conocimiento es invariable y se encuentra siempre a la espera de ser descubierto en su transparente integridad; supone que cualquier esguince o fracaso para captarlo es una deficiencia del conocimiento atribuible al sujeto. El objeto es lo absoluto, es el énfasis de realidad indestructible. La fórmula kantiana implica la justificación básica de los universales, su existencia y su función; pretende develar en el mismo tramo el lugar de la subjetividad como un lugar supeditado a un uso particular de la razón que esté definido por el objeto/universal del cual obtiene el conocimiento, cualquier desvío subjetivo de las reglas de la razón inscritas en el objeto/universal mismo significan la imposibilidad del objeto y la eliminación automática del sujeto (racional).

Pero qué tal si leemos esta relación, no a partir de la falacia de los “universales” completos y quietos, sino de su lugar violento, frágil y particular. Los universales como significante vacío, como lugar donde acontece la exclusión, el trono vacío por el cual luchan sentidos particulares de la realidad, posición mítica y etérea donde la guerra se hace lenguaje. De ser así, la máxima debe ser invertida radicalmente: “la imposibilidad de nuestro

conocimiento es al mismo tiempo la condición de imposibilidad del objeto de nuestro conocimiento”. Lo vacío es el objeto, como mera conjetura, como lugar violento de la ilusión vivida como realidad. Siguiendo a Zizek “la limitación de nuestro conocimiento (su incapacidad para captar todo el ser, el modo en que nuestro conocimiento queda inexorablemente enredado en contradicciones e inconsistencias) es al mismo tiempo la limitación del objeto de nuestro conocimiento. Las grietas y los vacíos de nuestro conocimiento de la realidad son simultáneamente las grietas y vacíos del edificio ontológico “real” en sí mismo”. De otra manera quedamos atrapados en un sentido singular de la realidad, la libertad solo podría ser una especie de libertad, un programa, una directriz cerrada que nos someta a sus condiciones, definida desde una cúpula intocable e invisible, de cuyo contenido solo podríamos copiar, imitar.

Es esta la inflexión que hace la física cuántica cuando se encuentra el obstáculo de establecer si la luz es constituida a partir de partículas u ondas. De haber sido fiel a la tradición moderna que le dictaba que se trataba de un problema sin solución, pues el aparato subjetivo estaba limitado, era incompleto y se chocaba de frente con una aporía que no dependía del objeto sino de la fragilidad de los instrumentos de medición subjetivo, la física estaría nadando en círculos, encerrada en una tradición obsoleta. En cambio, en un gesto de osadía e imaginación, la cuántica le trasladó el problema al objeto, a la cosa misma, vació en el objeto la inconsistencia y la imperfección. Cuando la cuántica sostiene que la luz es tanto partículas como ondas (en franca contradicción con la física moderna) se disuelve el atolladero ontológico, con ello desmantela la universalidad, y la realidad objetiva pierde su estatus ontológico, se desmorona cualquier entidad “absoluta” quedando tras los escombros una realidad construida ideológicamente, una realidad virtual sostenida por mitos que se descomponen y son forzados a salir a la luz. La barrera de la complementariedad lejos de frustrar la capacidad imaginativa, la impulsó en direcciones insospechadas para una tradición escuálida y descolorida.⁷

7 Una disciplina que se retuerce en sus propias posibilidades formales jamás abandona su celda. Es el caso de la mayoría de la formación filosófica en nuestras facultades de derecho, donde abundan los apóstoles de la tradición formalista que encuentra pecaminoso somarse, aun cuando sea por curiosidad, a la filosofía de la ciencia o a la estética o a cualquiera otra experiencia

Algo muy similar ocurre cuando el expresionismo, el dadaísmo y el surrealismo objetan la universalidad del arte y sus pretensiones de modelos estéticos ineludibles. Allí, en el fantasma de la universalidad, el arte se emancipa, asesina en su terreno a la ley del padre universal y con ello emprende un camino sin retorno. Con ese gesto excesivo de reconocer un mundo de particularidades en pugna, emergen las preguntas fundamentales. ¿Quién decide? ¿Existe lo bello? ¿Qué es arte? El modelo no queda desfigurado, desaparece. Tras sus ruinas nace una nueva posibilidad estética, saturada de complejidades pero visible, convulsiva, es cierto, pero en su desenfreno creativo destroza la unidad y restaura el poder creativo del sujeto, es este el punto crucial, los universales modernos destinan, asignan al sujeto, lo amarran a una vivencia particular, si se invierte la fórmula, a la Hegel, a la mecánica cuántica o al arte de lo relativo el sujeto queda emancipado.

Un buen ejemplo de cómo funcionan los universales en la práctica cotidiana es el del estudio de la democracia en nuestras facultades de derecho. La concepción liberal entiende la democracia como un sistema de normas y de instituciones que se fundan, finalmente en el sistema del derecho y en el respeto a la ley, el defecto de esta lógica es que es binaria y no entiende de contradicciones, inconsistencias fenómenos aleatorios, cambios bruscos, ambigüedades, gradientes, ni disfuncionalidades. Se trata de un marco rígido que determina, salvo algunas excepciones, toda concepción jurídica del abogado colombiano, en donde no se formulan las preguntas centrales de la democracia, sino que se trabaja con ella como presupuesto dogmático, como un universal que ofrece las respuestas formales a toda su complejidad. No se trata entonces de la democracia como problema agudo de la filosofía política o de la democracia en acción y sus cruzamientos con conceptos centrales como “pueblo”, sino de la democracia como premisa insular dentro de una lógica cerrada. El problema es que se acepta una “única” concepción de la democracia a rajatabla y con ella se pretende resolver toda

vital que haya demostrado ser fructífera a la hora de desplazar las líneas de la validez y mostrar otro mundo posible, estos acólitos de la modernidad mantienen su texto sellado y sus alumnos encerrados en un preciosísimo lógico que los condena al espacio de un único silogismo sin salida y completamente desconectado de cualquier posibilidad de crítica, los mantiene como sujetos predestinados, oscuros, sometidos a lo dado, a reconocer las dimensiones de su prisión y a jactarse con ellas.

una constelación de problemas prácticos, llevándola a sus últimas consecuencias formales sin problematizar ni un residuo de su conformación como palabra clave o hegemónica. Lidar con un concepto históricamente incompleto, saturado de contradicciones y rico en matices como si fuese una mera postulación formal autoevidente conduce a una posible perfección lógica, pero deja intacta su estructura semántica y conduce a convalidar y perpetuar hechos infames. Si uno transforma un concepto histórico y normativo en un conglomerado de perfección lógica no puede escapar de la secuela formal de aceptar todas sus consecuencias, sin posibilidad alguna de mirar al margen de dicha perfección formal. El problema es sencillo, si uno trata un concepto normativo como uno formal no puede oponerse a sus efectos, queda encerrado dentro de su refinamiento racional, queda atrapado en lo dado. De ser consecuentes con el valor formal de la democracia liberal estamos condenados a tratar un problema como el desplazamiento forzado como mero problema estadístico, estamos condenados a aceptar que la carnicería perpetrada por Israel sobre Gaza es una simple cuestión de defensa de la soberanía nacional. La maniobra tiene que ser entonces cuestionar profundamente esas premisas, desacomodarlas, contrastarlas, someter siempre su narrativa retrospectiva a lo que esa misma narrativa oculta y excluye, se trata de abrir las rejas de la razón a los objetos oscuros y arcaicos, desconectarlas de su posición de premisa, de lo contrario seguiremos siendo ecos vacíos que se dedican a certificar lo existente.

Como resulta evidente, toda universalidad no es otra cosa que un particular usurpando una zona específica que actúa como centro duro de la verdad y que comienza a operar como sustituto de lo universal ausente. Siguiendo a Ernesto Laclau, el significante vacío es un singular que emula con éxito lo absoluto del lugar ausente del lenguaje. La unidad final solo puede simbolizarse con un significante vacío hegemónizado por algún contenido particular: ahora bien, la lucha por este contenido es la lucha política.⁸

2. ¿Cómo funciona el significante vacío? El mundo sin ideología

Después de la caída del Muro de Berlín y el anuncio rimbombante de la unificación global y del fin de las ideologías, la lucha por la hegemonía

8 Laclau, Ernesto. *La razón populista*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2005.

política es la lucha por el significativo vacío en términos que experimentamos como apolíticos. El giro de tuerca en la solución final del liberalismo consiste en la eliminación absoluta de la ideología, en situarla por fuera de una racionalidad que se sostiene a sí misma. Así, el pecado irremisible consiste en pensar el mundo en términos ideológicos. La posmodernidad crea en nosotros la ilusión de que todo lo vivimos como apolíticos, y que estamos vinculados al mundo de una manera que excluye cualquier diferencia ideológica, la ilusión se hace efectiva, bien a través de un sistema rígido de reglas jurídicas que parece haber incorporado y disipado el discurso político, donde lo ideológico está pulcramente mutilado o bien a partir de la idea de una totalidad económica que trasciende los antiguos ejes del estado nación y que se afirma como única realidad global capaz de vencer todo obstáculo y simplificar la vida de todos en el planeta.

Encontremos dentro de este rol de reducción de la complejidad la forma como los elementos que antes estaban cargados de vivacidad política y, por ende abiertos a la transacción y lucha ideológica se adecentan y se convierten en un engranaje pasivo y delimitado normativamente por la nueva realidad global. A este fenómeno autores como Ranciere lo llaman el “ideológico X”, su entidad consiste en desterrar la ideología y convertir cada término en un elemento que funciona racionalmente, en este caso la racionalidad implica la ausencia total de lo político. Se trata finalmente de universalizar la ideología liberal como no ideológica.⁹

La gran obra de prestidigitación de la ideología liberal es presentarse a sí misma, no con la debilidad y concupiscencia de las ideologías, sino con la fuerza inalterable de la ciencia y de la técnica. Así, demuestra que su triunfo aplastante significa que la ideología muta en un sistema coherente y completo que está por fuera de toda posibilidad crítica, es un lugar impermeable que no admite cuestión en contra. Allí, el lenguaje se reduce a unas claves transparentes y unívocas que desechan la hostilidad lingüística de la política.

Ahora bien, siguiendo a Zizek, es claro que las ideologías dominantes estructuran por completo el sentido de la realidad del sujeto, haciendo que el sujeto viva en la fantasía del final de las ideologías. En otras palabras,

9 Ranciere, Jacques. *Disagreement: Politics And Philosophy*. Duluth, University of Minnesota Press, 1998.

cada plano de certeza en la vida del sujeto está determinado hasta la médula por la ideología, el triunfo de la ideología es hacerle creer lo contrario al sujeto. Al matematizarse, el liberalismo se sustrae de la crítica de sus ideologías al hacerlas sentir como no ideológicas, el abismo entre el triunfo de la ideología de los derechos humanos y su desastre práctico es la mejor expresión del cataclismo posmoderno. Por ello afirma Sloterdijk que “la ideología dominante en la posmodernidad es el cinismo”.¹⁰

Nuestra época, este hoy elástico, está marcado por la aparente ausencia de disparidad ideológica, en donde la ideología deja agujeros simbólicos, dichos agujeros se representan en el hecho que el individuo adscribe a la ideología de manera ciega, pues si bien ignora los componentes del credo, tiene una fuerte convicción en que sus gobernantes sí los conocen, de acuerdo con Žizek, lejos de ser un caso excepcional, esta es la manera como se articulan los consensos políticos en el mundo.

El “ideológico X” oculta un contenido particular no reconocido dentro de la estructura de un concepto que pretende ese lugar de la universalidad, un caso típico es el de los derechos humanos, tras su ánimo universal se oculta el ideológico X del hombre blanco propietario y por ello las luchas ideológicas exitosas se han dirigido a remodelar la estructura del ideológico X.

Se puede sintetizar la manera en la que el “ideológico X” se hegemoniza y pretende encubrir sus trazos ideológicos, la forma en la cual, finalmente, se universalizan las palabras claves del liberalismo:

2.1. Exclusión

Como vimos previamente la universalización del significante vacío implica un conjunto de exclusiones. El ejemplo clásico es el de los Derechos Humanos,¹¹ es el giro oculto “patológico” como constitutivo de la forma misma del universal. El gran peligro del universalismo liberal en cuanto a

10 Sloterdijk, Peter. *Critique of cynical reason*. Duluth, University of Minnesota Press, 2002.

11 Lo que se ha reconocido con posterioridad es que las luchas efectivas por ampliar la estrecha dominación de los Derechos Humanos ha sido una lucha por redefinir el universal desde las zonas perimétricas, en ese sentido un concepto rígido que no fue diseñado para incluir a las mujeres, a las minorías étnicas y a las diversas formas de experimentar la sexualidad es redefinido desde afuera.

los derechos humanos es que, de un lado exige el aplanamiento de la identidad individual a los tipos precisos del universal, así mientras que la identidad individual es un cúmulo y entrecruzamiento casi infinito de planos psicológicos, sensuales, estéticos que hacen del ser humano una identidad imposible y con un alto contenido simbólico, los derechos exigen que para su entrada en el teatro de la operatividad ese sujeto sea comprimido a un código singular normativo, hacen de esa travesía única una experiencia de reducción, de adelgazamiento a una definición procesal precisa e ineludible, la teoría de los derechos exige domar toda esa riqueza y monumental diversidad a un código semiótico definible, es el cierre de identidades y su conversión en esencias previas, predefinidas que están claramente por fuera del sujeto y que corresponden a experiencias vitales ajenas al individuo.

La ilusión de “ser humano” es creada dentro del universal y sus estrechos parámetros. Toda pasión y angustia, cada lucha particular y tono individual de ver y sentir la vida quedan absorbidos en una densa maraña de fracciones semánticas, envueltos en ritos donde la palabra escinde al sujeto y lo fija en una igualdad desaborida y frustrante. Pero atención, no se trata del noble sacrificio de igualarnos para poseer derechos y hacerlos visibles. El verdadero fracaso del mito de los derechos universales es que se debe sacrificar toda individualidad para pertenecer, para “ser”. Lo verdaderamente abominable es que el sujeto debe ser transformado en un lenguaje unívoco, en un espacio transparente para que los derechos le sean atribuibles, cualquier disonancia de la riqueza y multiplicidad singular con las pequeñas cavidades del universal implican la expulsión del singular, significan su “no ser” su borramiento del planeta racional del léxico de los derechos. Evidentemente, el marco cerrado del modelo burgués/liberal de los derechos se ha ampliado, pero como demuestran autores como, Fitzpatrick, en ello hay un elemento corrosivo de cooptación y asimilación de la diferencia.¹² Por ejemplo, la forma de vivir diversos tipos de sexualidad (travestismo, masoquismo etc.) es asumida por la doctrina de los derechos liberales como prácticas económicas que carburan el aparato capitalista y de ese modo son reservados y defendidos como

12 Fitzpatrick, Peter. *Critical beings: law, nation, and the global subject*. Surrey UK, Ashgate Publishing, 2004.

una posibilidad de “trastienda”; pero si la expresión gravita sin ningún impacto económico, por ejemplo la lucha de los “tamiles” en Sri Lanka o de los desplazados en Colombia, su inclusión es simplemente estadística, y la invisibilidad y exclusión le siguen como referente natural, su “ser” es un no ser, se convierten en objetos oscuros, fantasmales, mendigos del lenguaje formal cuya presencia es sentida como no humana.

Otro ángulo de esta misma dimensión es incluso más horroroso, se trata de convertir, explícitamente, al aislado a las maneras culturales centrales eurocéntricas con la muletilla del multiculturalismo. Ello se logra cuando desde una lectura de una cultura privilegiada se completa el mapa de lo que debe significar ser diferente o pertenecer a una minoría. Cuando la Corte Constitucional colombiana asume la interpretación de dos textos desiguales como la Constitución (texto privilegiado y asumido como propio) y la tradición indígena (texto sometido y ajeno) define la diferencia a partir de una experiencia cultural propia, inconexa en sí misma, incompleta y antagónica, sin embargo pretende, desde su presunción de “hoy” elástico y auto explicativo, determinar un lenguaje ajeno, que concibe como lenguaje ilegible y por ello trata desesperadamente de convertirlo a sus propias claves (ya mediadas por el mismo trabalenguas que en primer lugar propició la exclusión), con ello estrangula la diferencia, la reduce a un simple ejercicio de comprensión desde una tradición imperfecta. La tarea, en vez de limitarse a garantizar la no intervención de esa cultura dominante, exige la conversión a cánones de esa misma cultura para poder defenderla, sin medir que cuando se defiende ya se defienden los cánones occidentales desde la cual se le mide.

Así, la función primordial del ideológico X es entonces repartir las aguas del lenguaje, desde la exclusión interna de minorías hasta las invasiones militares son sustentadas por una división o demarcación de lo que pertenece a la red del universal y lo que simplemente está afuera como elemento adulterado e inválido.

En palabras de Ernesto Laclau: “Lo universal resulta de una escisión constitutiva en la cual la negación de una identidad particular transforma esa identidad en el símbolo de la identidad y la plenitud como tal.”¹³

13 Ernesto Laclau, *op. cit.*

2.2. Lo típico

En términos psicoanalíticos, lo típico es el contenido particular donde se construye el contenido simbólico de una concepción ideológica, se trata del lugar donde el contenido particular personifica la noción universal, es el elemento de la fantasía, el soporte mítico de la idea universal.¹⁴

En la “seguridad-democrática” del presidente Álvaro Uribe, el caso típico con el que las personas identifican el éxito de la doctrina es la simple frase “se pudo volver a la finca”, antes del gobierno Uribe esto era impensable. Entiéndase que el poder de lo típico de esta frase es tan poderosa que explica la realidad de millones de colombianos que ni siquiera tienen finca; sin embargo, el efecto simbólico de la doctrina es tan fuerte que incluso las personas cuyo eje de realidad está completamente alejada de ese intersticio de realidad, la acogen como propia. “Hay seguridad” porque una pequeña porción de la clase media-alta pudo volver a viajar por algunas carreteras de Colombia, esta realidad específica, discreta y aislada es experimentada como total, pues el caso típico del pequeño burgués bogotano o caleño se convierte en una realidad fantasmática compartida por seres que, a pesar de estar lejos de la realidad, se ven abrazados y contenidos por este caso típico.

Otro caso típico, y que señala la transferencia de la ideología oficial a la sociedad, es un aviso adhesivo que apareció masivamente hace algunos años en almacenes, restaurantes, baños públicos y parabrisas de los carros. Su mensaje es muy claro y tiene varias versiones: “aquí no se habla mal de Colombia” o “si usted habla mal de Colombia usted es el enemigo”. No hay que forzar mucho la inteligencia para entender que se trata de una ley del silencio que condena a todo crítico al mutismo, donde todo sentido con el que podamos horrorizarnos y actuar debe ser relegado al ostracismo. Es nada menos que la censura confiada al mesero, al taxista y a la dueña de la *boutique*, que a la vez que emplean el eslogan se convierten ellos mismos en víctimas de la censura que ayudan a imponer. Es la política oficial que asigna la creencia en una realidad bastante distinta de la que nos circunda día a día, es hacer de un país con una violencia macabra en un país de plastilina. Ya no se requieren “Comités” de salvación y la

14 Laclau, Ernesto. *The time is out of joint*. London, Verso, 1996.

“Policía secreta” está diseminada en cada individuo. Cuando una sociedad elimina de tajo la simple posibilidad de discrepar, la suerte está echada del lado de los dictadores y reyezuelos. Con esta simple mímica de propaganda se perpetúa el silencio como cómplice perfecto de la brutalidad y el olvido. Lo típico en este caso es que para ser un verdadero patriota debemos callar y tragar entero, lo típico en este caso exige entonces que todos formemos un inmenso ejército (en el sentido literal del término) que controle el silencio, que imponga al renegado la mordaza. Si no estoy mal, aquí termina toda posibilidad democrática.

Lo típico está lejos de ser una simple ilustración o ejemplo del estado de cosas, el caso típico enuncia el lugar de la verdad. Las batallas ideológicas se ganan o se pierden en los términos de la decisión acerca de cuál será el contenido conceptual que va a contar como típico. Así mientras que uno pueda probar en que en Colombia creció desmedidamente el desplazamiento forzado, las desapariciones y los crímenes contra detractores del régimen durante la “seguridad democrática” quienes sostienen la idea fantasmática se aferran al caso típico como explicación satisfactoria, autoevidente y completa del éxito rotundo de la “seguridad democrática”. El caso típico construye la realidad y soporta todo el peso del fantasma ideológico que yace tras el universal, en este caso el universal es simbolizado por la “seguridad democrática” siendo su caso típico la posibilidad de traslado de una ínfima porción de personas dentro de una ínfima porción del territorio o, aun peor, el silencio absoluto.

2.3. La sutura

“Es otro nombre de este cortocircuito entre el universal y el particular, el cortocircuito por medio del cual un contenido particular hegemoniza al universal”.¹⁵ Es este el momento donde el particular asume la forma del universal, en este momento se torna en un concepto neutral e independiente, lo decisivo del momento de “sutura” es privilegiar definitivamente al particular e investirlo como símbolo de identidad y unidad de todo un sistema.

Siguiendo a Laclau y a Žižek, el orden del significante como tal es político, el lugar del significante vacío es a la postre el resultado de una

15 Slavoj Žižek, *op. cit.*

lucha por la dominación de un concepto clave que emerja como concepto contenedor y definidor de un sistema que se comienza a explicar y a tener funciones propias a partir de este significante. De ahí que podamos afirmar dos cosas: primero que no hay política por fuera del orden del significante y, segundo, que el espacio propio de la política es la brecha entre la serie de significantes ordinarios y el significante vacío amo que funciona como encarnación directa y está en el lugar mismo de la plenitud ausente.

La hegemonización “sutura” el universal vacío con un contenido particular, lo simbólico clausura el particular en forma de universal, a partir de este momento mágico de cierre, toda lucha de un particular ordinario será lanzada a conectar dentro del significante amo, que a su vez, a partir del mismo momento pretende monopolizar todas las claves del lenguaje, desde su estructura hasta sus usos. En términos kantianos se trata del papel del “esquematismo trascendental” pues se convierte la noción universal vacía en una ilusión que se relaciona directamente con nuestra experiencia de lo real. El logro de la “sutura” es que el significante cala profundamente en nuestra realidad hasta definirla otra vez, al darnos un nuevo escenario para reconocerla y habitar dentro de ella. La sutura de los derechos universales es promover un modelo de vida hacia el cual debe tender toda demanda particular, es la virtud cívica convertida en consumo.¹⁶ En el caso preciso de la seguridad democrática se trata de sellar su sentido con la complacencia del silencio como ingrediente elemental de su funcionamiento. La sutura, al representar la fase final de hegemonización del ideológico X lo sustrae del mercado político, lo ubica en un lugar inasible al lenguaje, pues el universal determina ya todo el lenguaje y es el límite mismo de la realidad que experimentamos, sin posibilidad alguna de salirse de sus bordes encerrados en sí mismos.

2.4. El síntoma

La diferencia entre el síntoma psicoanalítico y síntoma médico radica en que en el último caso el síntoma señala la existencia de un mal más profundo, la fiebre, por ejemplo, es el síntoma de que algo está funcionando

16 Fukuyama, Francis. *El fin de la historia y el último hombre*. Barcelona, Editorial Planeta, 1989.

mal en otro nivel (una infección, por ejemplo), es lo que indica que los esfuerzos terapéuticos deben trasponer el síntoma (que solo indica o señala) para llegar al origen del problema.¹⁷ En psicoanálisis, por el contrario, el síntoma es lo que mantiene unida la “cosa en sí”, es el nudo, la matriz misma donde se encuentran todas las líneas de la argumentación dominante. Si uno lo desanuda, la cosa en sí se desintegra. En psicoanálisis se cura apuntando al síntoma, cuando uno deshace la pretensión del síntoma, queda expuesta la herida ideológica que yace tras suyo. Toda la validez que se soporta en ese pequeño mito se desmorona inmediatamente. Cuando demostramos que un país no es la imagen que muestra el síntoma, es decir, el hecho de que un puñado de personas puedan viajar con seguridad por un pequeño trazado de carreteras no significa un bienestar común, que con ello ningún indicador social ha mejorado, que los índices de pobreza son mucho peores que cuando comenzó a funcionar el síntoma, el síntoma que sostiene el fantasma se deshace y con él el fantasma mismo de la universalidad. Cuando el silencio se rompe abruptamente, en un grito de dolor, en un “no cuenten conmigo”, se ve con claridad que el silencio es la costra que permite la barbarie, que es más bestial y odioso que el dedo que oprime el gatillo. Lo que resulta detrás de esta fantasía es que hay una distorsión entre esa realidad privilegiada e hiperinflada con la universalidad misma que trata de impostar, que es falso el esquema de equivalencias entre el universal (significante vacío) y la realidad que pretende crear. Cuando penetramos en las costuras del síntoma de inmediato percibimos como el universal es siempre “falso” en su existencia concreta (hegemonizada por un contenido particular que involucra una serie de exclusiones).

3. Los liberales y su universal, la historia clausurada

El problema con los representantes más serios del liberalismo tales como Jürgen Habermas o John Rawls, es que creen que la Modernidad es un proyecto inacabado y que debe realizar sus potenciales, afirman que los universales occidentales tales como “justicia” se han encontrado en el camino con escollos externos a la misma fabricación de la narrativa

17 Lacan, Jacques. *The ethics of psychoanalysis*, London, Routledge, 1994.

moderna que han impedido su realización. Pretenden hacernos creer que elementos perturbadores como la discriminación racial o la violencia son objetos exteriores a la “idea” occidental que impiden o postergan su concreción. El fracaso de esta posición es que no advierte que esos elementos perturbadores no son en realidad exteriores a la narrativa, sino parte inseparable de la misma, pierden la comprensión dialéctica del modo como aparecen los obstáculos empíricos externos que impiden la realización son en verdad inherentes a la misma idea de ese proyecto.

Ven una vida en blanco y negro, en donde el proyecto moderno está cargado de valores apreciables cuya realización se ve interrumpida o retardada por objetos oscuros que provienen de un exterior escabroso, es la nueva versión occidental de lo civilizado y lo bárbaro, la justicia “civilizada” se ve amenazada por la “discriminación” bárbara que nada tiene que ver con la propia formación y función social del concepto de “Justicia”. Ven la historia entonces como planos opuestos que se intervienen mutuamente desde una lógica de adentro/afuera, como si cada plano se constituyera a partir de un lenguaje propio y completamente extraño al otro. El error crucial consiste en que no ven lo evidente: la “discriminación” no viene de un afuera virgen, no está construido en un lugar por fuera del proyecto moderno, la discriminación es parte activa del proyecto, es inseparable de sus narrativas, el Estado-nación hubiese sido impensable sin una altísima dosis de discriminación racial. Se trata de particulares que están en constante pugna, alimentándose cada uno de la carne del otro, el obstáculo a la modernidad no es externo a la modernidad, “ES” la modernidad misma, colapsada por dentro, incapaz de movilizar alguno de sus particulares que quedan inmersos dentro de su propia finitud e imperfección. El mismo enunciado de “modernidad” o “proyecto liberal” carga su propio lastre. No se trata de verdaderos universales capaces de ordenar toda tradición y designar el momento y lugar de toda partícula a ellos adherida, se trata de partículas ellas mismas demacradas y frágiles, se trata de un gesto excesivo de poder que intenta socavar a los demás particulares para cobrar el lugar de la verdad; no hay ninguna calidad mística en ellas, un elemento *forcluido* y cerrado al cual no podamos penetrar, se trata de contingencia y discurso, de ocultamiento y clausura. El paso hegeliano fundamental consiste en trasponer el límite externo y convertirlo en interno, se trata de entender que la modernidad también es un

particular que trata desesperadamente de encarnar un universal vacío, que el concepto mismo de “Modernidad” está atravesado y signado por su propia particularidad y en ello está su límite intrínseco.

El hecho de que el universal siempre sea incompleto e incapaz de formular un espacio totalmente clausurado radica en que su progenie es netamente particular. El universal siempre está signado por las contradicciones irreductibles del particular, por su sesgo indefinido y su proceso dialéctico de hegemonización, está cortado en el hecho que su estructura simbólica proviene de capas superpuestas de visiones y exigencias individuales, de múltiples sujetos que a pesar de que su máxima aspiración sea retratarse en el espejo universal, en ese mismo acto lo adulteran y transforman. No existe tal *terra ignota* llamada universal, cada intento de captarla, de nombrarla, la altera y difiere indefinidamente. Cuando en el campo de batalla conceptual, un particular entra en oposición con otro particular asume su forma, absorbe parte de sus contenidos. Existe entonces una grieta profunda entre el particular y el universal que intenta suplantar, una grieta inscrita en su misma fisonomía, si bien, como sostiene Laclau el relato predetermina lo que experimentamos como realidad, el relato no se construye a partir de su autonomía, el relato siempre está en oposición a algo, bien sea otro relato o la fantasía misma que crea, la grieta está en la serie de exclusiones que se reintroducen silenciosamente al objeto; está en los presupuestos ideológicos que se niega a reconocer como tal; está en el exceso sintomático que se resiste a desanudarse y se opone a ser incluido.

4. Soberanía y democracia, el sujeto se asoma

4.1. Afirmación decisionista

Todos los hitos del liberalismo deben ser revaluados bajo una nueva luz, una vez que el artefacto liberal en últimas debe refugiarse en mitos y procesos autorreferenciales para poder mantener en pie un edificio sostenido por simples contenidos particulares. Lo que pretende lograr la tradición liberal es ocultar sus palabras claves a todo tipo de crítica, llevarlas a un lugar inaccesible a las palabras o mejor aún, llevarlas al lugar donde las palabras mismas se hacen, donde devienen de sí mismas. En últimas, esta

tradicción tiene que acudir a la mitología para subsistir como razón, tiene que acudir desesperadamente a un último resort de validez que reside en la palabra misma, sin emasculaciones con su tradición o sus determinaciones ulteriores, es allí donde encontramos la verdadera cara de la ideología impuesta violentamente como razón.

Carl Schmitt (1998) atraviesa este fantasma fundamental del liberalismo, se interna en la caverna de los dioses, allí donde se “hacen las palabras” y demuestra que detrás de la perfección lógica de la modernidad yace una metafísica neurótica y una mitología renegada. El caso ejemplar es su afirmación decisionista, según la cual, el gobierno de la ley depende en última instancia de un acto de abismal violencia (de imposición violenta) solo fundado en sí mismo: el acto original que funda lo simbólico, que origina la palabra de la ley es un acto que se resiste a la validez, pues “es” la validez misma. Cualquier estatuto positivo al que este acto se refiere para legitimarse es puesto de modo autorreferencial por el acto mismo.¹⁸ No existe un punto de origen ahistórico que permita contenerlo dentro de otro acto, cualquier esfuerzo es fútil, de allí nace nuestra mitología fundacional de la “norma supuesta” o “*grundnorm*” kelseniana.¹⁹

Schmitt cuestiona el fundamento de la Ilustración convertida en política liberal. No existe mayor variación en los últimos doscientos años: un conjunto de normas neutrales universales o reglas estratégicas que regulan plenamente la economía de los intereses individuales, sea por medio de un normativismo legal a la Kelsen, como un estatuto de intersubjetividad a la Habermas o como utilitarismo económico. El resultado es idéntico, se pierde de vista el lugar de generación genuina del poder, se hace invisible al soberano y el conflicto se hace innombrable. De acuerdo con Schmitt, no es posible pasar directamente desde el orden normativo puro a la vida social real, se requiere de un acto de voluntad, una decisión basada enteramente en sí misma, que imponga o inaugure el orden y defina su hermenéutica.

18 Slavoj Žižek, *op. cit.*

19 Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires, Editorial Eudeba, 1965.

4.2. La elusión liberal: El principio del orden y el orden concreto

Como sostiene Zizek, cualquier orden normativo, tomado en sí mismo, queda pegado al formalismo abstracto; no puede salvar el abismo que lo separa de la vida real. “No obstante (y este es el núcleo de la argumentación de Schmitt) la decisión que cruza la brecha no impone un cierto orden concreto, sino primordialmente el principio formal del orden como tal”.²⁰ No hay ningún contenido positivo que pueda presuponerse como marco de referencia aceptado universalmente. Hobbes fue el primero en postular explícitamente esta distinción entre el “principio del orden” y cualquier “orden concreto”.

Los universales liberales subvierten esta distinción, privilegiando un orden concreto como principio del orden, fijando un fetiche (Estado, libertad) como origen ideológico que actúa como principio formal y concreto del orden. El problema consiste en sustituir la mera fuerza como decisión original, por un paquete de premisas que representan el orden mismo, con ello se desdibuja el fenómeno constituyente del orden y se le reemplaza por conceptos derivados del mismo, como marcos neutrales que delimitan toda referencia al orden. Es decir que se trastoca, en términos racionales modernos, la causa con el efecto²¹ y se extirpa la “causa” con consecuencias demoledoras. Como se verá, esta es la ruta perfecta para arrancar definitivamente de la democracia el poder del pueblo, la manera en que el pueblo queda borrado de la historia, pero más allá, es la forma en que el sistema se blindada y se convierte en un orden de intransigencia política, que elimina toda posibilidad de diálogo por fuera del monólogo disfrazado que impone.

Todo contexto está “siempre ya” constituido retroactivamente por una decisión, no existe un estado puro previo a la decisión, el proyecto no

20 Slavoj Zizek, *op. cit.*

21 La huida de Kelsen hacia la imputación como nueva fundación de una ciencia jurídica en nada altera el panorama, continúa siendo una teoría normativa que funciona dentro de marcos de referencia implícitos a la norma misma y que no cuestiona sus premisas, que se restringe únicamente al reconocimiento de la validez de la norma. Siguiendo la línea de argumentación de la norma “puesta” y “supuesta”, en la que los positivistas ven la afirmación de la obra autónoma del hombre, se esconde la imaginación trascendental kantiana como vehículo que intercede de manera pura entre sujeto y objeto, dejando la primacía de una razón derivada de los objetos y la sujeción de los sujetos a una sola forma de entendimiento.

se pone en marcha en un principio, en el punto cero del principio, su faz se define retrospectivamente por un acto de decisión que reconoce un hecho pasado como el original. En términos de Heidegger se ocupa forzosamente el auténtico destino histórico, se asume libremente el destino impuesto que consiste en una elección abismal no basada en ninguna estructura ontológica universal.²²

Lacan nos permite explicar que la ambigüedad necesaria del concepto de “excepción” en Schmitt, representa simultáneamente la intrusión de lo Real (de la pura contingencia que perturba el universo del automatón simbólico) y el gesto del soberano que (violentamente, sin fundamento en la norma simbólica) impone un orden simbólico normativo.²³

5. La paradoja del poder constituyente

Lo realmente incisivo en el concepto de “excepción” de Schmitt es entonces el gesto violento de afirmar la independencia del acto abismal de la decisión libre, respecto de los contenidos positivos. Lo relevante y definitivo es la brecha entre el acto de decisión y su contenido, la percepción de que lo que realmente importa es el acto como tal, con independencia de su contenido.²⁴

La definición de soberanía de Schmitt está a tierras de distancia de la de Kelsen, pues aquel niega la posibilidad de definirla como el poder legal supremo y autónomo que a la vez encaje dentro de un perfecto silogismo, pues ello representa, nuevamente, una lógica circular y tautológica que se agota en su enunciación. Precisamente es el soberano, en la excepción, quien rompe este círculo frenético. Como lo explica William Rasch el soberano no está parado como una divinidad solitaria supervisando sus dominios, más bien está tanto adentro como afuera del derecho, tanto dentro como fuera del sistema normativo que crea pero que a la vez lo determina.²⁵ Es en este sentido que se refuerza el hecho que los universales son imposibles en su autoprocedencia, pues cualquier sentido de lo universal proviene de la brecha, de la paradoja de ser un enunciado parado

22 Heidegger, Martin. *El ser y el tiempo*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2001.

23 Jacques Lacan, *op. cit.*, 1994.

24 Slavoj Žižek, *op. cit.*

25 Rasch, William. *Sovereignty and its discontents*. London, Birkbeck Law Press, 2008.

en el umbral que separa el adentro y el afuera de lo normativo y de lo constitutivo. Por tanto, el universal no puede formular los imperativos que dicten una diferencia tajante entre lo político y lo jurídico, la decisión sobre las diferencias no está, ni adentro ni afuera de la diferencia, “es” la diferencia misma, es la brecha constitutiva de ese adentro y ese afuera.

Tal como afirma Zizek, el Dios propiamente moderno es el de la predestinación, una especie de político schmittiano que trazó la línea de separación entre nosotros y ellos, entre amigos y enemigos, por medio de un acto abismal de decisión puramente formal.

6. El sujeto se hace mundo

La pregunta que se hacen teóricos de la talla de William Rasch y Ernesto Laclau es ¿Qué pasa si tomamos la democracia literalmente? (Rasch, 2008) ¿Qué sucede si separamos la democracia del proyecto liberal e insistimos en apuntar al corazón mismo de su ontología?²⁶ La filosofía política del liberalismo ha rodeado la literalidad de la democracia con una espesa capa de amortiguadores que va desde la existencia de derechos humanos hasta la justicia constitucional; desde la propiedad privada hasta la asistencia social. Mediante estas sombras móviles se quiere llegar a definir la verdadera democracia, allí se pierde la literalidad de la democracia y se le amarra o sujeta a fenómenos que son ajenos a su conformación ontológica, y más próximos a la lógica de la narrativa liberal y sus creencias fijadas en universales.

El verdadero democrata entiende que la soberanía como acto original del poder es (tiene que ser) popular. Si la democracia, como mera relación analítica desliga la soberanía popular de su nombre, ¿sobrevive la democracia a esta separación?

La definición paradigmática de Schmitt, según la cual el soberano es aquel que decide sobre la excepción, plantea la paradoja fundamental de la política. La obligación implícita e ineludible de alguien que crea en la democracia, consiste en ponderar por encima de todo, que el pueblo “es” el soberano que decide sobre la excepción, la democracia es el gobierno del pueblo, que todo el poder político proviene del pueblo, y toda la

26 Ernesto Laclau, *op. cit.*, 2005.

organización jurídica es creada por el pueblo. Que el acto abismal de la constitución del poder solamente puede tener un autor: el pueblo. Cualquier otro elemento adicional es una representación añadida o de segundo grado: los frenos y contrapesos, la democracia representativa, la libertad de expresión son todos elementos subsidiarios y tangenciales, pues si se toma la democracia en serio, en su valor constitutivo y fundamental ella significa el poder del pueblo. Quienquiera que se aleje de este dato constitutivo termina discutiendo sobre algo bien distinto a la democracia. Si sostengo que el valor fundamental y excepcional de la democracia es un sistema de frenos y contrapesos, que soslaya el poder original del pueblo, me encuentro en una referencia a un fenómeno totalmente distinto a una democracia. Si sostengo que el pueblo es demasiado torpe para dejarle a su destino y debe ser “educado” antes de poder decidir “libremente”, estoy haciendo un juicio de valor que aplaza la democracia y la sustituye por una especie de jacobinismo que está por fuera de los confines mismos de la democracia.

Es más, se puede sostener que los ángulos más agudos del liberalismo que enuncian su versión de democracia resultan la mayoría de las veces contradictorios entre sí. Tómese la libertad del mercado, por ejemplo, el “milagro” chino ha demostrado que un sistema de capital funciona de manera más fluida bajo un régimen que suprima todas las libertades políticas.

Desde De Tocqueville (1998), pasando por Schmitt, hasta llegar a Agamben (1998) y Rasch se ha demostrado que la identidad simétrica entre democracia y libertades individuales es una mitología liberal que funciona a partir de la sumisión de la democracia popular. Así, mientras que el esquema liberal garantiza las libertades individuales ancladas en la propiedad y otros derechos de la misma ralea, la democracia está adherida axiomáticamente a los derechos colectivos y la igualdad pública del pueblo. Según Andreas Kalyvas, una constitución puede ser más democrática sin ser liberal y un sistema de libertad netamente privada funciona mejor sin la democracia.²⁷ Lo que se percibe ya, en grandes oleadas, es que la democracia es el disfraz perfecto que permite legitimar el liberalismo y

27 Kalyvas, Andreas. *Popular sovereignty, democracy, and the constituent power*. New York, Constellations, 2005.

ocultar su verdadero credo. No obstante, no existe ninguna relación necesaria entre liberalismo y democracia, al contrario, parece que lo necesario es la interrupción de su lógica aparente.

Se trata entonces de tomar la democracia literalmente, una dirección que, a pesar de ser evidente, poco ha sido explotada en la filosofía política contemporánea.

La paradoja proviene entonces de una serie de unidades que son requisito y obstáculo a la vez de la afirmación schmittiana, pues decidir sobre la excepción o generar el acto de violencia fundante implica que el poder es a la vez constituido y constituyente, que dicho poder crea tanto la norma como la excepción, y que para crearla acude tanto a la violencia jurídica como a la política. La posición de soberano es tanto un adentro como un afuera de la ley, es causa pero a la vez efecto; pero por encima de todo, estas series de diferenciaciones son a su vez decisiones excepcionales y, por tanto, soberanas. De acuerdo con Giorgio Agamben (1996), la política (democrática) es la negociación entre este afuera y adentro y no una emancipación total o actividad plenamente reglada o regulada legalmente. Una sociedad transparente, armoniosa y libre de luchas solo sería posible gracias a la alienación total de los planos político/jurídico (Rasch, 2008).

Para Schmitt la Constitución significa por una parte “la condición completa de unidad y orden político” y por otra “la unidad política del pueblo”. Rasch nos advierte que no debemos confundir la “Constitución” con el “derecho constitucional”, pues la constitución, tanto como unidad de un orden político y como acto directo de institucionalidad del pueblo, no puede ser reducida a un simple estatuto o compilación, tampoco se puede comprender la Constitución como un orden jurídico que se convalida a sí mismo desde adentro, desde sus propias apropiaciones o propiedades normativas. Quien aborde el estudio de la Constitución desde una perspectiva simplemente normativa y fije su atención enteramente en cómo los fenómenos inscritos en un texto se interpolan y complementan, pierde todo agarre, todo sentido del fenómeno y termina siendo una especie de boticario del poder que se encarga de ejecutar las fórmulas de validez establecidas, sin posibilidad de romper la membrana que lo separa de la verdadera energía de una Constitución. La Constitución como sistema cerrado de normas marca un ámbito analítico atascado, por ello el derecho

constitucional que ha impartido la academia colombiana es un estudio cerceado y unilateral de la Constitución, que se limita a enseñar una teoría aplicativa de validez formal, donde se adoctrina, de manera completamente errada que la hermenéutica constitucional consiste en validar identidades a partir de subsunciones: entre soberano y sujeto, entre el electorado y sus representantes, que permite cerrar filas en torno a la equivalencia entre mayoría y unanimidad hasta llegar a la verdadera catástrofe de la identidad entre el Estado y el derecho y por ende entre Estado y pueblo.

Schmitt enfatiza que el “acto de voluntad del pueblo” crea un tipo de unidad política cuya existencia precede a la Constitución, la Constitución ni ordena, ni une al pueblo, el pueblo ordena su unidad política mediante la Constitución. La Constitución no es el origen del poder, sino su consecuencia. Ello implica que la verdadera Constitución, como fenómeno político “es” el pueblo. Si traslapamos dicho orden retornamos a lo inasible impuesto por un universal que no conoce otra verdad que la verdad de su propia y autocontenida validez. Si el soberano es desplazado a un segundo grado, dependiente de este universal llamado Constitución, cualquiera puede reclamar el lugar de enunciación de la verdad. La teoría liberal del derecho nos deja con un plano completamente adverso, según el cual la Constitución se “establece a sí misma” y es válida de conformidad con su propia e íntima sistematicidad, o de acuerdo con Kelsen la validez de la Constitución es un supuesto por fuera de la realidad que no está basada en la legitimidad de la voluntad popular que la creó, y así, toda validez de la normatividad jurídica, hasta su última molécula, no está asentada en la legitimidad del pueblo como acto creador, sino en su modo particular de ser autónomo y apolítico.

7. El sol de Heráclito. Escapando de la prisión kelseniana

El aspecto más relevante del pensamiento de Kelsen se puede resumir de la siguiente manera: en primer lugar, el dato primario de la experiencia jurídica lo constituye la norma —de donde la teoría pura kelseniana ha sido denominada también normativismo jurídico—. La estructura de la norma jurídica consiste en una proposición hipotética, p. ej.: “si es A, debe ser B”, en la que A es lo ilícito y la consecuencia B la sanción. Las leyes físicas o naturales, en cambio, tienen una estructura diferente: “si es

A, es necesariamente B”. Kelsen observa que en las normas jurídicas el nexo que une el presupuesto A con la consecuencia B está indicado con la proposición “deber ser” (nexo de imputación); en las leyes físicas, por el contrario, el nexo se expresa con el verbo ser (nexo de causalidad). De ahí que al implicar la norma jurídica un deber ser, el derecho pertenece a la esfera del deber ser (Sollen) y no a la del ser (Sein); y dado que entre ambas esferas según Kelsen no existe un nexo lógico, no puede deducirse para él lo que debe ser de lo que es, y viceversa. El método jurídico, en consecuencia, si quiere ser estrictamente puro, según lo entiende Kelsen, debe eliminar cualquier “contaminación” psicológica, sociológica y teleológica.

En segundo lugar, la norma jurídica es explicada no aisladamente, sino en el marco de un complejo unitario llamado ordenamiento jurídico, el cual existe cuando un grupo de normas constituyen una unidad, que se funda en el hecho de que todas las normas del conjunto se derivan de una única norma suprema o fundamental (Grundnorm), la cual jerarquiza formalmente toda la estructura del ordenamiento jurídico, p. ej.: la decisión jurisprudencial es autorizada por la ley ordinaria; esta por la Constitución; y la Constitución de hoy por la de ayer, así hasta la norma primaria que apoya al primer poder constituyente a dictar normas obligatorias sobre cierto grupo social.

En tercer lugar, si bien la unidad del ordenamiento jurídico postula su exclusividad, cabe la coexistencia de ordenamientos, que Kelsen explica, del mismo modo que con las distintas normas y la norma fundamental, mediante un orden jerárquico entre los ordenamientos, de modo que el inferior es autorizado por el superior hasta llegar al ordenamiento internacional que cumple la función de *Grundnorm*. Para Kelsen el fundamento de la validez del Derecho estatal debe ser buscado en el Derecho internacional, por lo que la paz universal —una de las funciones capitales del Derecho, según Kelsen— es pensable mediante un único ordenamiento jurídico.

La imputación kelseniana solo logra sobrevivir en un círculo cerrado y controlado de entendimiento normativo, entre dos puntos “puestos” (imputación) por una “suposición” (*grundnorm*) que funciona como “esquema trascendental”. Para que la imputación se sostenga en un plano singular de validez (relación de hecho o juicio de realidad) requiere de un

plano general de causalidad (*grundnorm*) que no pertenece al hecho y no es verificable en la realidad, pero que sostiene y predetermina la imputación, si desaparece el plano general, el singular vuela en pedazos, se hace imposible. La causalidad, que no interviene dentro de la pureza aislada de la imputación, es sin embargo, su requisito de validez. Kelsen, no logra entonces realmente escapar a su tradición causalista, su norma fundamental es un simple “si es A, es necesariamente B”, sin autor, sin legitimidad. La libertad que se manifiesta, precisamente porque es el punto final de la imputación kelseniana, en última depende de una norma supuesta que pone en funcionamiento la causalidad como prerequisite de la imputación. Lo que pretendo subrayar 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,²⁸ 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.

Las palabras de Schmitt son contundentes:

El pueblo es el portador del poder de creación de la constitución, por fuera y por encima de la norma constitucional. Si ciertas competencias (elecciones y otros sufragios) están asignadas al pueblo por la constitución, el potencial del pueblo para la acción política... no está de ninguna manera agotada o definida. Comparado con cualquier marco normativo, el pueblo continúa existiendo como una entidad que está directa y genuinamente presente que no puede ser reducida a un sistema normativo previo.²⁹

28 William Rasch, *op. cit.*, 2008.

29 Schmitt, Carl. *Political theology*. Cambridge, MIT Press, 1988.

En contra del neokantismo de Kelsen, Schmitt afirma que la constitución no se establece a sí misma, o que la Constitución es válida en virtud de su cohesión normativa. El problema constitucional para Schmitt es un problema de la legitimidad, de la voluntad creadora de la constitución. La “grundnorm” kelseniana se agota en dos vías autorreferenciales: marca un origen aislado, impenetrable donde cesa la especulación; y un comienzo o principio de derivaciones lógicas donde se interioriza todo entendimiento.

La contradicción lógica se hace más nítida, inclusive, cuando consideramos que cuando la norma fundamental de Kelsen impone la necesidad de “suponerla” suspende lo fenoménico a favor de lo *nuomenal*, hace de ella un evento *nuomenal* separado de nuestra posibilidad de insertarla en lo subjetivo. Sin embargo, como dato *nuomenal* es el origen de toda entidad normativa fenoménica. Es decir que la supone como entidad *nuomenal* y, por ende, aparte de todo contexto fenoménico, pero lo *nuomenal* a la vez funciona como origen de lo fenoménico (causa-efecto).

Para Kant, la libertad trascendental es *nuomenal*, es decir accesible, no en el mundo fenomenológico pues no obedece a la lógica de causa y efecto perceptible por los sentidos, sino únicamente accesible por la razón,³⁰ lo *nuomenal* entendido como “una dimensión que suspende la inserción del hombre en la red fenoménica de la causalidad natural”.³¹ De acuerdo con lo anterior, como entidades fenoménicas no podemos escapar de las conexiones causales que nos determinan, pero nuestra libertad como sujetos morales surge en la dimensión *nuomenal*. No existe libertad alguna en el mundo fenoménico, mientras que lo *nuomenal* es la concreción de nuestra libertad. Pues bien, siguiendo esta misma línea de razonamiento debemos concluir que para Kelsen la Constitución es una entidad enteramente *nuomenal*, y así, no podemos tener acceso a ella dentro de las edificaciones fenomenológicas pero, sin embargo, y aquí está el punto de quiebre, ese *nuomenal* inaccesible llamado Constitución es el origen mismo de lo fenoménico, es el inicio de toda derivación lógica de causa-efecto. Esa ley trascendente suspende lo fenoménico desde el exterior y a la vez se inscribe dentro de él como causa primordial.

30 Kant, Immanuel. *Crítica de la razón práctica*. Méjico, Editorial Porrúa, 1977.

31 Slavoj Žižek, *op. cit.*

En términos kantianos, Kelsen afirma que la Constitución funciona como una autopista de ida y vuelta; de un lado es el “esquema” en la medida en que es la representación misma del concepto de entendimiento y ofrece una representación directa del todo que ella misma crea. De otro lado, su validez indica que su contenido es un “símbolo” que muestra que su entendimiento está más allá del símbolo mismo. En otras palabras, la Constitución se materializa como origen inaccesible del lenguaje y su validez significa que su esencia está más allá de las palabras que ella misma programa.

Esta doble faz de la *grundnorm* kelseniana, como suposición *noomenal* y origen causal de la totalidad normativa implica que la red preexistente de circunstancias no puede explicar la ley trascendental, sino que la ley trascendental da cuenta, informa la red de circunstancias en su totalidad. Hegel y Schmitt leen el fenómeno al revés. La red de circunstancias no como imagen calcada de la norma trascendental, como totalidad que crea un todo, sino otro espacio para el sujeto diferente a la necesidad de acomodarse en el plano de la ilusión/realidad; sino la red de circunstancias como el contexto a partir del cual el sujeto se filtra en la realidad determinándola. El modo mismo en que “aparece” el sujeto con su realidad finita, el lugar donde se asoma el sujeto no como predestinación, sino como especificidad cognitiva y discursiva.

La fisura monumental que Hegel detecta en esta edificación ontológica kantiana es que lo que experimentamos como realidad objetiva no es un simple “allá afuera” un objeto entero esperando a ser descubierto en su totalidad, sino que su “constitución” parte del sujeto mismo, aun cuando el acto parezca un simple “reconocimiento” de la realidad, este mismo acto lo compone, lo construye.³² En el “registro simbólico” que el sujeto hace de la cosa siempre hay un agregado que no parte de la cosa “en sí” sino del sujeto “para sí”, existe entonces una brecha que separa al sujeto del objeto, que no le permite una reproducción auténtica del mismo “pero precisamente como tal forma parte de la cosa misma, como si la cosa solo pudiera realizar plenamente su estatuto ontológico por medio de una dilación mínima con respecto a sí misma”.³³ La *grundnorm*

32 Hegel, Georg Wilhelm Friedrich. *Fenomenología del espíritu*. México, Fondo de Cultura Económica, 1998.

33 Slavoj Žižek, *op. cit.*

como “cosa en sí”, supuesta, marginada del sujeto y en estado puro es imposible, solamente puede existir como agregado del lenguaje, como su creación incompleta.

Kant hace aparecer la imaginación trascendental como mediador, como vehículo que permite el acceso del sujeto a lo *nuomenal* y, por tanto, a la libertad, sin esa imaginación trascendental el acceso sería monstruoso. A lo que le apuesta Hegel es que la prohibición del acceso directo de Kant debe replantearse por completo. No es que lo *nuomenal* sea inaccesible, lo inaccesible es nuestra fantasía fundamental, al acercarnos, esta se distorsiona, se repliega en sí misma. A lo que le apostamos siguiendo a Hegel es que el sujeto (pueblo) no es creado por el objeto (norma fundamental), sino a la inversa.

¿Es entonces la realidad un orden positivo del ser? O como lo plantea Zizek ¿Solo somos libres en la medida en que no reconocemos las causas que nos determinan?, de acuerdo al filósofo esloveno lo que se fuerza es desplazar una vez más el obstáculo ontológico, de otra manera no hay lugar para el sujeto. La completitud ontológica de la realidad implica *tout court* la ausencia e imposibilidad de cualquier tipo de autoconciencia. Solo hay realidad si existe un agujero en el núcleo mismo de la realidad que permite que el sujeto se aloje en ella, es decir si el sujeto mismo no le permite a la realidad cerrarse sobre sí misma, donde el proceso objetivo no es inmune a los errores en la comprensión sino que es su producto. El logro de Hegel es demostrar que en esta brecha sujeto/conocimiento/objeto habita la fantasía fundamental del sujeto, y es esta la que llena el agujero ontológico y la que inserta al sujeto en el centro mismo de un orden *nuomenal* positivo. Si persistimos en la lectura kelseniana de la norma fundamental nos reventamos de frente contra el muro de la validez que evita que identifiquemos en la “legitimidad” creadora del pueblo todo índice de concreción de lo jurídico y con ello continuamos haciendo del derecho una tecnología aplicada de un poder indiferente e inescrutable.

El acto fundamental de la subjetividad no puede ser entonces el traslado unidimensional de la “cosa” al sujeto guiado por una imaginación trascendental neutra y que domina su universalidad. Ello supondría que la imaginación trascendental comparte cada rasgo de la objetividad o que es una y la misma, supondría además que el objeto está predeterminado

en cada rasgo por fuera de lo simbólico. Lo que oculta la síntesis ontológica kantiana (y a renglón seguido kelseniana) es el poder de la imaginación de transformar el objeto, de traspasarlo y en el acto, constituirlo. Lo que se oculta en el kantismo de Kelsen es la legitimidad democrática del pueblo, lo que se distrae es el poder de los sujetos de fabricar su propia realidad, de producir sus propias instancias del mundo y deja al sujeto como un remedo, un títere inerte que se mueve solo al tacto de una única y singular palabra. Con la obstinación kelseniana el sujeto desaparece sin dejar huella alguna, es un mero autómatas que se acomoda a un infinito forzado y terminado, si subvertimos su lectura y despachamos su aparente “precisismo” por el desagüe de los universales, el sujeto reaparece como centro de la creación de lo político; con todos sus riesgos, pero al fin y al cabo humano.

Trabajemos con una premisa familiar a Hegel, Heidegger y Lacan: el sujeto es un ser finito arrojado a la infinitud de la realidad. De ser cierto el modelo kantiano perseguido por Kelsen, la infinitud construye cada aspecto del ser finito, lo programa y lo arma en cada instante de sus posibilidades, pero ¿y si ese sentido de la realidad es incompleto? Si más bien lo que tenemos es una realidad compuesta de múltiples sujetos cuyos modos de ver la realidad, también la constituyen.

Para sostener la imaginación trascendental kantiana perseguida por Kelsen, tendríamos que suponer un oráculo que contiene todo el lenguaje (*grundnorm*) pero que no es lenguaje en sí, la creación de lo simbólico por fuera de lo simbólico. Si bien Hegel concuerda en que no hay realidad alguna anterior a la actividad del sujeto que la construye “se negó a elevar el Sujeto a la condición de agente neutral universal que constituye directamente la realidad”.³⁴ Hegel anuncia la “noche del mundo”, la imaginación trascendental como “reino irrestricto de la violencia de nuestra imaginación”, como la libertad que descompone y arrasa toda conexión, El *noumenón*, la “cosa en sí” solo puede ser producto de la industria finita de sujetos particulares trenzados en un conflicto político encarnado en una lucha por el lenguaje. Es decir, la norma fundamental nunca es completa y no deviene de sí misma como estructura normativa, el acto fundamental de la creación de la norma fundamental no hace de esta una entidad

34 Slavoj Žižek, *op. cit.*

terminada sino que la desplaza en el tiempo, el autor de la norma actúa sobre ella constantemente, la abre, la traspasa, la domina. La norma nunca está en estado de cerramiento sobre sí misma, su movimiento es constante, su estatus es una proposición del verdadero origen del poder que es el acto mismo que, en su entidad es renuente a ser clasificado y mucho menos a ser insertado dentro de un compuesto normativo que el mismo acto creó.

Por eso Hegel lleva la relación sujeto/objeto a la radicalidad absoluta del “yo”...

Dividir una idea en sus elementos originales es volver a sus momentos, que por lo menos no tienen la forma de la idea dada, sino que más bien constituyen la propiedad inmediata del yo... la actividad de disolución es el poder y el trabajo del entendimiento, el más sorprendente y poderoso de los poderes, o más bien el poder absoluto... Es este poder, no como algo positivo, lo que cierra los ojos ante lo negativo, como cuando decimos de algo que no es nada o que es falso, y cuando, habiéndolo agotado, nos apartamos y pasamos a alguna otra cosa; por el contrario, el Espíritu solo es este poder porque mira lo negativo a la cara, y se demora en ello. Esta persistencia con lo negativo es el poder mágico que lo convierte en ser. Este poder es idéntico a lo que anteriormente denominamos “el Sujeto”.³⁵

Se trata de la noche del puro “Yo”, el “cogito” en su sentido más radical, se trata de la imaginación presintética que destruye toda unidad, que no conoce de frenos externos o de marcos absolutos. La imaginación, lejos de ser esa cosa completa y sin deslices en relación con la realidad, es la realidad misma, en cuanto desgarrar la trama continua de la intuición, opone a la raíz misteriosa de la imaginación trascendental kantiana una fuerza más primordial. La nueva relación hegeliana antepone a la imaginación como poder primordial de descomposición y solo luego entra el entendimiento como unificador de un nuevo todo racional. El *point de capiton* consiste en que lo que encuentra el entendimiento ya no es el objeto puro dispuesto como totalidad y fuente de sí mismo y todo lo que de él se desprende. Lo que encuentra el entendimiento es un objeto herido, desarraigado, desgastado, incompleto, encuentra la brecha por medio

35 Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *op. cit.*

de la cual se infiltró el sujeto mismo. La imaginación ya no es la síntesis espontánea que unifica una multiplicidad y “refleja” la entidad objetiva, sino un momento previo al entendimiento donde la imaginación es pura fuerza dislocadora. Lo fundamental en este caso es que la continuidad entre imaginación y entendimiento queda interrumpida. El logro fundamental de Hegel es que “la multiplicidad, que la síntesis de la imaginación se esfuerza por unificar es ya el resultado de la imaginación misma, de su poder disgregador”.³⁷

¿Por qué no puede haber un acceso del entendimiento puro al objeto (norma fundamental)? Porque el objeto como tal aun no existe, ese giro presupone una identidad sujeto/objeto que elimina de tajo la posibilidad de diferenciación, todo sería uno y lo mismo. En esta lucha, Hegel se esmera en demostrar que es precisamente la finitud como condición constitutiva del sujeto la que impone que su esfuerzo siempre sea una imposición violenta, rota, imperfecta. En otras palabras no podemos mantener al tiempo, como entidades lógicas y equivalentes, que el sujeto es finito y el objeto absoluto. El objeto no es definible en su perfección por medio de un acto en sí limitado por la finitud del sujeto. El nuevo significado del objeto proviene no de su perfección, pero tampoco de la limitación del sujeto, proviene de una brecha estirada a lo largo del objeto, proviene de la imposibilidad de destrozarlo completamente, de nuevo, proviene de la incompletitud del objeto que es la incompletitud del sujeto mismo.

En palabras de Žižek “la subjetividad es intrínsecamente patológica [...] el logro de Hegel consistió entonces en combinar el carácter ontológico constituyente de la actividad del sujeto con el sesgo patológico de ese mismo sujeto... un sesgo patológico constitutivo de la realidad en sí [...] el nombre que Lacan le da a esto es anamorfosis “el espíritu es un hueso” [...] tomamos conciencia de que la realidad involucra nuestra mirada, de que esta mirada está incluida en la escena que observamos, la noción Lacaniana del punto ciego en la realidad introduce la distorsión anamórfica en la realidad misma: esa mancha representa la mirada del Otro, la mirada como objeto —el Sujeto que percibe es desde siempre mirado desde un punto que se sustrae a sus ojos”.³⁷

36 Slavoj Žižek, *op. cit.*

37 *Ibid.*

La multiplicidad pura de la “realidad” no existe hasta que no sea sintetizada por la imaginación trascendental, ese estatus supuesto por Kant y seguido por Kelsen de una realidad absoluta y previa a la imaginación es una suposición que se impone retroactivamente, es una realidad hermenéutica. Una mirada más penetrante nos indica que el lugar de esa suposición implica necesariamente que es la imaginación quien la presupone, en últimas la “realidad absoluta” es obra de la imaginación, es una suposición adherida al poder de nombrar, es decir está en el plano simbólico. Cualquier intento de arrancarla de allí y coronarla como origen topa de inmediato con la imposibilidad de lo inimaginable, este es el preciso momento donde lo excepcional se vuelve origen de la ley, es esta la brecha donde se asoma el sujeto. El origen de lo simbólico no es la suposición de un objeto aislado y autocontenido, imposible de realizarlo analíticamente, sino la libertad abismal del sujeto que descompone toda multiplicidad. Si usted cree en la democracia y la toma desde su momento constitutivo ha de conceder que la versión kelseniana la evita y embolata, ha de conceder que una contralectura de Kelsen libera al sujeto político que, por supuesto ni los lacayos intelectuales de Kelsen pueden encarcelar.

8. Conclusiones

- La ideología liberal enmascara su ideología en universales que están por fuera de la historia, pero que crean lo histórico; por fuera del lenguaje, pero que crean el lenguaje. Es el lugar mismo donde se estrangula la historia a favor de premisas formales que unen y definen el mundo normativo. De acuerdo con el liberalismo la realidad es la suma de las partes, las partes vistas en quietud son la conformación misma del todo.
- Los universales son el eje de dominio de la ideología liberal, que permiten sostener dicho dominio ideológico como un marco normativo axiomático cuya operación no se sale de lo meramente formal. Todo problema ético del liberalismo queda reducido a un problema de validez. Los universales se validan en sí mismos.
- La función de los universales es presentar la ideología como no ideológica, como la “esencia” indestructible que demarca el adentro y afuera de lo normativo y determina toda existencia (validez) de cada uno de los particulares.

- Los universales crean lo simbólico como ilusión/fantasma primordial de la realidad.
- La economía del poder de los universales se sustenta en una lógica circular, autorreferencial y tautológica.
- Cuando se subvierte esta lógica se capta que la limitación del conocimiento está en el corazón del objeto que es la misma finitud y antagonismo de los sujetos.
- El formalismo liberal tiene su expresión más nítida en la “*grundnorm*” kelseniana que privilegia la unidad del objeto y la sumisión absoluta del sujeto a partir de un lazo racional unidimensional.
- Kelsen, como representante central de nuestro liberalismo, intenta confundir el principio del orden con el orden concreto, esta es la raíz lógica de toda desventura liberal.
- El poder original no proviene de ninguna estructura ontológica universal.
- La decisión sobre las diferencias (entre lo político y lo jurídico, por ejemplo) no está, ni adentro ni afuera de la diferencia, “es” la diferencia misma, es la brecha constitutiva de ese adentro y ese afuera.
- La *grundnorm* como universal no es más que un particular finito que reclama el lugar de lo absoluto luego de una imposición violenta e ideológica.
- Si se toma la democracia literalmente, en su aspecto constitutivo y ordenador más radical, desaparece de un soplo la suposición kelseniana y el espacio político/jurídico se reabre para los sujetos políticos.
- La Constitución ni ordena, ni une al pueblo, el pueblo ordena su unidad política mediante la Constitución. La Constitución no es el origen del poder, sino su consecuencia. El sujeto (pueblo) no es creado por el objeto (norma fundamental), sino a la inversa.
- No hay ningún absoluto/universal por fuera de las negaciones dialécticas de un conglomerado de particulares que pretenden llenar el vacío del significante vacío.
- Los universales implican la negación absoluta del poder creativo/destructivo del sujeto, aniquilan de un golpe el origen del poder político constituyente y lo suplantán por un esquema trascendental innumerable.

9. Bibliografía

- Agamben, Giorgio. *Homo sacer: sovereign power and bare life*. Stanford University Press, 1998.
- De Tocqueville, Alexis. *La democracia en América*. Madrid, Alianza Editores, 1998.
- Douzinas, Costas. *El fin de los derechos humanos*. Bogotá, Editorial Legis, 2008.
- Fitzpatrick, Peter. *Critical beings: law, nation, and the global subject*. Surrey UK, Ashgate Publishing, 2004.
- Fukuyama, Francis. *El fin de la historia y el último hombre*. Barcelona, Editorial Planeta, 1989.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich. *Fenomenología del espíritu*. México, Fondo de Cultura Económica, 1998.
- Heidegger, Martin. *El ser y el tiempo*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2001.
- Kalyvas, Andreas. *Popular sovereignty, democracy, and the constituent power*. New York, Constellations, 2005.
- Kant, Immanuel. *Crítica de la razón práctica*. Méjico, Editorial Porrúa, 1977.
- Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires, Editorial Eudeba, 1965.
- Lacan, Jacques. *The ethics of psychoanalysis*, London, Routledge, 1994.
- _____. *El seminario: los escritos técnicos de Freud*. Buenos Aires, Editorial Paidós, 2004.
- Laclau, Ernesto. *La razón populista*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2005.
- _____. *The time is out of joint*. London, Verso, 1996.
- Ranciere, Jacques. *Disagreement: Politics And Philosophy*. Duluth, University of Minnesota Press, 1998.
- Rasch, William. *Sovereignty and its discontents*. London, Birkbeck Law Press, 2008.
- Schmitt, Carl. *Political theology*. Cambridge, MIT Press, 1988.
- _____. *Crisis of Parliamentary Democracy*. Cambridge, MIT Press, 1991.
- Sloterdijk, Peter. *Critique of cynical reason*. Duluth, University of Minnesota Press, 2002.
- Zizek, Slavoj. *El sujeto espinoso*. Buenos Aires, Editorial Paidós, 2007.

Segunda parte

En nombre del pueblo
(destruyendo a Marbury
vs. Madison)

Presentación

Las primeras palabras del alfabeto constitucional que aprenden los abogados del hemisferio occidental no son otras que *Marbury vs. Madison*. En esta simple composición gramatical parecería encerrarse el logro más importante del constitucionalismo contemporáneo, el giro de tuerca que perfecciona una institución compleja y hace navegar al constitucionalismo por aguas tranquilas. En este “evento” histórico original, el liberalismo encuentra la solución definitiva y final a la fastidiosa paradoja del poder constituyente, se establece de una buena vez la supremacía normativa de la Constitución, y junto a ella las combinaciones sagradas de su interpretación y la calificación misma de su intérprete. En adelante, no hay mayor esfuerzo para llegar a otras conclusiones centrales del liberalismo, entre otras, que la Constitución, como norma, es la única posibilidad de racionalizar el conflicto político.

Si bien *Marbury vs. Madison* puede ser uno de los hitos del constitucionalismo en su versión netamente liberal, difícilmente califica como una contribución relevante a la democracia. Todo lo contrario, *Marbury vs. Madison* es la negación misma de la democracia, su más aguda y aberrante reducción. El presente artículo demostrará cómo el fallo del juez Marshall corrompe la democracia y sirve de base, de fundamento mítico, para instalar y perfeccionar una agenda antidemocrática como elemento crucial del liberalismo en los últimos doscientos años. La agenda antidemocrática

del liberalismo norteamericano que podemos identificar con la diáspora ideológica de la Doctrina Monroe, y su establecimiento de un nuevo orden mundial bajo el concepto de “hemisferio occidental”, va a tener en *Marbury vs. Madison* uno de sus agentes ideológicos más poderosos para contaminar y permear las culturas jurídicas latinoamericanas y para llevar a cabo el latrocinio de lo popular como categoría constitucional.

Las premisas de la primera parte de este libro³⁸ demuestran que no podemos sostener la idea de la democracia si su agente constitutivo no es el pueblo, que el poder del constituyente original no proviene de ninguna estructura ontológica universal, de una meta-principio que determine la forma de ese poder. Por tanto, si se toma la democracia en su aspecto constitutivo más radical, ella dista de ser una producción exclusiva del liberalismo y, antes bien, es su antítesis. *Marbury vs. Madison* nos sirve de piso para ahondar en esta idea, para demostrar el giro patológico del argumento jurídico como clausura de lo político y como agenda finamente fabricada para ocluir y desterrar del liberalismo cualquier tentativa de emancipación, creatividad, control y resistencia popular, para arrebatar lo “político” de la Constitución, y a la Constitución de su creador.

Con esta lectura de *Marbury vs. Madison* se verán surgir a la superficie tanto esferas locales de la política norteamericana, tal como el hecho de que este no haya sido otra cosa que una monumental estafa a la responsabilidad democrática por parte de una facción derrotada políticamente la cual necesitaba atrincherarse en un reducto de irresponsabilidad política, inmune a la democracia; como esferas globales, donde se muestra que dicho fallo es simplemente el santuario de un muy consciente proyecto liberal, desde donde se desactiva el concepto de pueblo, tornándolo en una identidad petrificada e inmóvil, el punto cero donde se despolitiza el conflicto a favor de un megatexto jurídico que transforma el procedimiento jurídico en canon sagrado, y a los jueces en los apóstoles excluyentes de la lectura de una constitución que ya no pertenece al pueblo. De allí, el camino queda libre para la reducción de la riqueza y complejidad del poder constituyente a una mansa dialéctica de Estado/poder-constituido, cuyas formas están predeterminadas y amarradas en una constitución homogeneizante, uniforme y cerrada.

38 La democracia en tu cara.

El presente capítulo incorpora dos clases de críticas bien diversas. De un lado, articula una serie de críticas que han perseverado en la teoría jurídica occidental, que son reconocidas con el nombre general de “reparo o crítica contramayoritaria”, y que enuncian cuestiones tales como: ¿Por qué en un Estado de derecho con frenos y contrapesos, ha de ser un juez no electo popularmente quien regule la interpretación de la Constitución? Y combinan ese marco general con críticas más específicas y punzantes enraizadas en la filosofía política, como: ¿Creemos realmente que el pueblo es lo suficientemente sabio para darse una Constitución, pero ignorante, torpe y disfuncional para interpretarla, como institución final en caso de incertidumbre empírica? A este primer tipo de críticas “convencionales”, las cuales se hallan en una larga tradición teórica que va desde la obra de Alexander Bickel (1962), pasando por la de John Hart Ely (1981) hasta llegar a las obras recientes de Jeremy Waldron (2003) y Larry Kramer (2004), se le suma una segunda crítica que ve en el reparo contramayoritario solo la punta del iceberg, pues entiende que lo subyacente a esta discusión no es un simple ajuste de cuentas o posibles remiendos o arreglos internos del sistema, sino que la justicia constitucional tal y como es enunciada en *Marbury vs. Madison* constituye la forma y medida ideológica misma del liberalismo, una línea central de la ideología que sella el sistema liberal y lo hace refractario, que esparce un tipo de ideología cuya negación de la democracia es absoluta.

Conceptos preliminares

Revisión judicial (judicial review): Dentro de un caso o controversia judicial, los jueces interpretan la constitución, inaplican (para el caso determinado) leyes que le son contrarias, pero no son la última palabra, su interpretación de la Constitución no se impone como adherencia normativa constitucional.

Supremacía judicial: Los jueces son dueños de la última palabra que define el lugar de la verdad constitucional. La interpretación que la Corte Suprema de Estados Unidos hace de la Constitución se adhiere a ella como norma.

Capítulo I

1. La convención de Philadelphia el lugar del pueblo y de las cortes

En la obra *The people themselves*, Larry Kramer (2004) emprende una labor de excavación arqueológica e imputa a los historiadores del derecho constitucional el hecho de leer las cartas y documentos de los “padres fundadores” de manera anacrónica. Para aquellos parece no haber duda de que al momento inaugural de la constitución de Philadelphia existía consenso sobre el papel de las cortes, y que el movimiento constitucional estaba inspirado en la creación de una Constitución capaz de controlar los desmanes de un pueblo poco ilustrado y propenso a los brotes de violencia.

Nada tan lejano a la verdad, la gramática política del siglo XVIII está saturada de constitucionalismo popular. Como lo demuestran Rediker y Limbaugh en su obra “la Hidra de mil cabezas” (2000), la herencia de las trece colonias no se consume exclusivamente en la racionalidad de la ilustración, sino en su mezcla con las luchas de los comunes en la Inglaterra del siglo XVII. Los revolucionarios de las colonias entienden la política como una obra colectiva y anónima cuya matriz no es la verticalidad de clases, y cuya dependencia no es el nombre de sujetos políticos habilitados por la ley para incidir en el discurso público, sino redes de solidaridad que se habilitan desde la autoorganización y la autogestión, movimientos de sujetos dispares que apuntan a la suspensión de toda objetividad y le apuestan, sin tregua, a la apertura de los discursos políticos. La herencia

no es entonces un sentido estático y uniforme de la política que pudiese reducirse a un solo proceso normativo estable y autocontenido, sino una lógica de resistencia popular en contra del autoritarismo que pone en cabeza del pueblo la definición de su destino, y no permite que las categorías políticas se cierren sobre sí mismas. La herencia colonial norteamericana se asimila más a una “Hidra de mil cabezas” cuyas extensiones vivas, en el caso de las trece colonias, son las revoluciones “totales” de los Levellers y los Diggers en una Inglaterra que se comienza a inventar como imperio. En otras palabras, la dialéctica colonial está definida por el imperio inglés intentando una disminución de categorías amenazantes a conceptos racionales de domesticación y una Hidra de mil cabezas que reaparece cada vez más fuerte y resistente al poder de asimilación y cooptación del imperio británico. La táctica imperial es comprimirlo todo a categorías homogeneizantes como “nación”, y la de las colonias es escapar todo tipo de categoría que definiese su lucha y la contuviera.

Como lo afirma Kramer, los padres fundadores no estaban incursionando en tierras desconocidas, “la idea de la Constitución no era nueva en 1787, ni siquiera en 1776. Los americanos tenían un concepto claro del papel del derecho constitucional en las relaciones con Inglaterra e ideas sumamente desarrolladas de la naturaleza de la Constitución, mucho antes de sentarse a escribir una constitución”.³⁹ La herencia colonial consistía en una mezcla británica cuya progenie arranca antes de Jacobo I, pasa por la Revolución de los comunes en el siglo XVII, la obra de Locke y las “cartas” que regulaban el estatus de las colonias con la metrópoli. Todas estas eran sin lugar a dudas ideas y documentos constitucionales que, antes que resistirse a desaparecer, fueron ensamblados en Philadelphia; en otras palabras, la idea de Constitución estaba instalada como concepto natural para los constituyentes, sin embargo, esa idea de constitución está lejos de ser la idea de una constitución como marco cerrado y final del conflicto político como simple racionalización, neutralización y punto de cierre ideológico, es entendida más bien como un estatuto abierto a la interpretación de múltiples niveles que no se excluyen mutuamente.

39 Kramer, Larry D. *The people themselves*. Oxford, Oxford University Press, 2004.

1.1. *Accountability*

La herencia más directa que pudo haber recibido la nueva nación no era otra que la de un parlamento fuerte, como el inglés; sin embargo, la versión norteamericana introdujo importantes modificaciones. Primero, se pasa de un parlamento de control político semijudicial, a un congreso legislativo y ampliamente representativo. De ello surge el concepto central de *accountability*, el legislador, cuyas reglas están delimitadas en la Constitución, responde ante un poder superior, ese poder superior es el pueblo, y su poder de *accountability* se manifiesta principalmente, pero no de manera exclusiva, en las elecciones, pero además en el derecho de petición, de asamblea, los jurados, la demostración e incluso en la “turba”. Sin embargo, Kramer se resiste a creer que un pueblo consciente de su arsenal político haya permitido el secuestro de su acto constitucional por un puñado de abogados ilustrados insensibles e inamovibles electoralmente y carentes de responsabilidad política, “la resistencia por cualquiera de estos medios era político-legal, y era articulado por todos los miembros de la comunidad preocupados por mantener la libertad en contra de la fuerza arbitraria”.⁴⁰

1.2. El Estado nace de la Constitución

Para 1773 es claro que la revolución se hace en nombre y en defensa de las constituciones coloniales, pero fundamentalmente de la Constitución consuetudinaria, de manera que llegado el momento de la Convención de Philadelphia de 1787 la disputa podía girar en torno a cualquier detalle, excepto la presencia misma de una Constitución. Pero los constituyentes saben demasiado bien que no se trata de una simple norma formal que organiza y da validez a un orden jurídico determinado. Es el mecanismo de control a los poderosos para garantizar que la política siga abierta a una discusión que no se puede encuadrar en habilitaciones legales, que no se puede depositar en un cierre, menos en una última palabra pronunciada por un poder constituido. Saben demasiado bien que como acto de creación de lo jurídico, ella no puede ser en sí misma un simple compuesto

40 *Ibid.*

legal, pues esa posición creadora, su dimensión original, implica algo básico: si la Constitución es la creación política de lo jurídico, ella carece de un marco legal anterior y superior que defina un deber objetivo de aplicación, es decir, la constitución no tiene más fundamento jurídico que ella misma y, por tanto, no admite una imposición de límites de lo que es constitucionalmente negociable, ni permite una clausura de quién y qué se incluye dentro del discurso constitucional. Entienden, además, que su instancia jurídica no puede derivar en un diálogo social cuya única meta sea un consenso procedimental.

1.3. Permanencia del derecho, demolición de lo político

“Al mismo tiempo, e igualmente importante aun cuando muchas veces ignorado está lo que no cambió”⁴¹ los hombres y mujeres de esta generación permanecieron fieles a una herencia procesal decantada. En *Holmes vs. Walton* la Corte Suprema de New Jersey se apoyó en leyes británicas del siglo XVII, para decidir un caso acerca de la propiedad privada de los “realistas”. En casos similares, se citaba la Carta magna, y otras instituciones se inyectaron directamente en la corriente del derecho del nuevo país, en otras palabras, afirma Kramer, había una continuidad del derecho, pero una demolición de los marcos políticos que unían a las colonias con el imperio.

1.4. La revisión judicial y el federalismo

En cuanto a los debates de la Convención de Philadelphia, Kramer sostiene que el tema de la revisión judicial solo se tocó de manera tangencial como apéndice de temas más urgentes, y que de los 55 delegados únicamente 10 tenían alguna posición definida con respecto al papel de los jueces y su relación con la Constitución. Además, los comentarios de la revisión judicial siempre surgieron dentro del contexto de las relaciones entre la Unión y los Estados, como una posible fórmula de control exclusivo a las facultades estatales. Incluso Madison sugirió un control previo sobre los actos de las legislaturas estatales, por lo que Kramer concluye que el

41 *Ibid.*

control de constitucionalidad de las leyes federales, ni siquiera se mencionó como tal dentro de la convención, y sella con pleno acento popular: “el pueblo nunca autorizaría tal poder a los jueces”.⁴² Múltiples propuestas trataron de lidiar con el problema de los estatutos federales inconstitucionales; Virginia, por ejemplo, sugirió la creación de un Consejo de Revisión integrado por jueces de la Corte Suprema, miembros del ejecutivo y del legislativo, la propuesta fue derrotada con una sola palabra: pueblo.

Pero no se trata solamente de que el pueblo sea árbitro entre dos instituciones en época de anomia institucional, se trata de una fuerza siempre presente, siempre activa en la dinámica de la maquinaria constitucional; la última palabra solo puede ser del creador, se admiten diversas perspectivas sobre la Constitución pero en caso de atasco constitucional el pueblo decide lo que sus órganos derivados no pueden decidir.

En los años que siguieron a la Constitución de 1787 el debate se centró en la consolidación de la unión y los límites jurídicos de los Estados, allí, la revisión judicial jugó un papel menor; menor en el sentido de insinuarse la facultad de los jueces para mantener a los estados a raya de los poderes federales, no obstante, incluso el poder de arbitraje entre uno y otro se remitía nuevamente al pueblo.

2. Primeras crisis constitucionales

Una de las acusaciones más vivas hechas por Kramer consiste en que en el siglo XXI tenemos la errada inclinación a dividir el mundo en dos: el mundo de la política, lo consideramos como un terreno abierto, donde el pueblo manda, y el mundo del derecho, cerrado donde el pueblo no tiene la más mínima opción. Lo que le resulta desastroso a este autor es que el mundo del derecho es de una élite ilustrada y entrenada en procesos sumamente sofisticados, que producen sus decisiones a partir de un contenido material gestado exclusivamente en el mundo de la política, la decisión política crea la norma como proposición susceptible de ser definida por un intérprete que la reduce a regla de derecho.

Para Kramer es claro que los Padres Fundadores sabían que el ejercicio mediante el cual se preservaban los límites de la Constitución era un

42 *Ibid.*

ejercicio político, “debemos recordar que la Constitución surgió con la Gloriosa Revolución y no con el movimiento de los derechos civiles como telón de fondo”.⁴³

La familia y la iglesia aún no habían sido usurpadas por la producción en masa como centros de acontecer humano capaces de resolver agrios conflictos comunitarios. Tan solo a la vuelta de una década la noción de pueblo sufre bruscos cambios, que le obligan a reinterpretarse a sí mismo; el peligro que corre en esta redefinición es renunciar a la dinámica, algo caótica, de su energía inicial en intercambio por un sentido de orden que otorgan las palabras últimas. El ritmo de crecimiento de la sociedad americana ha sido siempre convulsivo, la segunda década de la Constitución fue un anuncio de las cosas por venir: un crecimiento económico estremecedor, migraciones masivas desde Europa, una población cada vez más heterogénea, una jerarquización social cada vez más firme. El pueblo había dejado de ser una sustancia uniforme y se convertía ya en un material de densas capas, con límites abiertos, es por ello que un mero concepto legal de pueblo como entidad numérica, que se manifiesta esporádicamente en las urnas, comienza a ser una categoría caduca e insostenible; y eso que nadie mencionaba la aniquilación del nativo americano y la esclavitud se criticaba sigilosamente. En este paisaje se comienza a consolidar la práctica de la revisión judicial, “la segunda década produjo unos veinte casos (de revisión judicial) en las cortes de los estados en las que al menos un juez reivindicó el poder de las cortes para invalidar estatutos... además de al menos media docena de casos en la Corte Suprema de Estados Unidos”.⁴⁴

Hayburn's case fue el primer caso en el que una corte federal cuestionó un estatuto del congreso federal, se debe señalar que para la época los magistrados de la Corte Suprema hacían “rondas” como jueces de las cortes de circuito. Una de estas cortes fue la primera en invalidar una ley estadual en el caso *Champion & Dickason vs. Casey*. Lo atractivo es que, progresivamente, estos pronunciamientos ofrecían menos resistencia popular, y aun cuando solo era un puñado de casos, se pasó del grito estridente que llamaba a enjuiciar a los magistrados en los primeros casos, a una silenciosa

43 *Ibid.*

44 *Ibid.*

satisfacción general en los últimos. Ya en la antesala de *Marbury vs. Madison*, se denotaba un cambio trascendental en los Padres Fundadores, el paladín del constitucionalismo popular, Jefferson, expresó dos preocupaciones bien distantes frente a la teoría política. Primera, señaló el peligro al que conlleva la posibilidad de que diversos tribunales entiendan su papel de protectores de los derechos fundamentales de diversas maneras y, segunda, que, a partir de dicho peligro, se eliminen las diferencias de perspectiva que cada estado posee acerca de diversas instituciones. La falta de resistencia se explica, primero, debido a que los jueces no reivindicaban para el poder judicial el lugar de la verdad y, segundo, siendo esta la razón más sencilla, porque los fallos no definían jurídicamente el significado de las construcciones constitucionales que seguían abiertas al diálogo y la operación política de múltiples actores antagónicos.

Todo ello demuestra que después de 1787 era difícil, incluso para aquellas mentes confundidas, entender que su nuevo documento fuera un documento de clausura, que en él se encerrasen todas las claves de la política y el derecho, por el contrario, este nuevo documento fundamental no era excluyente y exhaustivo y compartía su lugar con el derecho común (*common law*) y el derecho natural que inspiró a los revolucionarios. Explica Kramer que la preocupación “por la precisión acerca de las jerarquías y fuentes del derecho emergen después para convertirse en un sello particular del pensamiento legal de los siglos XIX y XX”,⁴⁵ por tanto, podemos inferir que lo que hacía particular y única a la Constitución era que pertenecía al pueblo —“The people temselves”— y no su lugar mítico dentro de un sistema de fuentes y jerarquías, que luego es introducido para excluir al pueblo.

La Constitución era, por tanto, un documento abierto, pero ¿abierto a qué?, bien al consenso o al más difundido disenso popular y nunca a la interpretación petrificante de un juez no electo. De manera que en esta primera década existe un ejercicio de la revisión judicial pero no de la supremacía judicial, es decir, las cortes inaplican normas inconstitucionales pero no reclaman para sí el lugar de la verdad constitucional. Siguiendo a Guardiola (2006) había claridad que la democracia consistía de múltiples rupturas, de perspectivas entrecruzadas cuyo fin no era, ni el

45 *Ibid.*

consenso como punto de cierre colectivo, ni la preocupación por los procesos que conducían al consenso, era por el contrario el disenso y la contradicción el acelerador que movilizaba la constitución.

En palabras de Kramer, la diferencia es que el pueblo cuando actúa crea normas para regular y restringir *su* gobierno, mientras que el gobierno crea normas para regular y restringir al pueblo. Parece un simple juego de palabras, pero no debemos olvidar que el gobierno actúa por legitimidad popular. Sin embargo, qué pasa cuando el gobierno traiciona esa legitimidad, o mejor, cuando existe un fuerte desacuerdo e incluso agitación popular por las decisiones que tome el gobierno, o este y sus agencias no concuerdan. De acuerdo con Kramer, el primer caso no solamente está referido al rompimiento del “trust” lockeano, existe toda una serie de manifestaciones claras “político-legales” que permiten al pueblo reclamar el lugar de la verdad y, en el segundo de los casos, no puede un poder delegado o constituido elevarse como árbitro del pueblo mismo, debe ser el pueblo quien dirima el conflicto pues se trata de un conflicto constitucional en su sentido más político. La Constitución en estas épocas era un material bien especial que se resistía a ser degradado a simples cuestiones de ética o moralidad y aun cuando las contenía, no las desagregaba como especialidades esotéricas de difícil manejo para la mayoría del pueblo, ellas estaban en el corazón mismo de la discusión pública. A nadie se le hubiese ocurrido someter una disputa entre el pueblo y su gobierno a un juez y por qué habría de hacerlo, si no se trataba de una disputa legal, sino de principio y encajada en la sensibilidad política.

Quizás tengan razón los que ven en esta fórmula de constitucionalismo popular un inmenso riesgo a la estabilidad del ordenamiento jurídico, un accidente dispuesto a suceder que derrumba todo sentido de precisión y claridad. En palabras de Kramer, “tal vez tengan la razón, pero este es un argumento empírico más que teórico”.⁴⁶ La pregunta subyacente, es ¿contiene el “orden” algún atributo íntimo, alguna virtud ontológica que le haga imponerse sobre la libertad? El orden desconectado de todo atributo político bien puede ser el orden del campo de concentración, de la prisión o el manicomio.

46 *Ibid.*

3. Federalistas vs. Republicanos

Desde un comienzo se pronuncian las antípodas. Los federalistas con Adams como su cabeza visible, pero con Hamilton como su ideólogo prohíjan un gobierno cerrado, de amplia desconfianza hacia los mecanismos populares de gobierno. Los republicanos alineados por Jefferson y James Madison, una y otra vez, defienden el gobierno popular, la fuerza de “The people themselves”. Son estos últimos quienes escriben en su correspondencia: “solo el pueblo puede poner en práctica e interpretar su propia constitución”⁴⁷ la idea de que jueces sin responsabilidad electoral pudiesen tener una palabra final era simplemente impensable.

Un primer momento de crisis constitucional puede desencadenar fuerzas invisibles, del cual brotan ideas que permanecían en silencio, es un instante que puede definir, por generaciones, el lugar de la verdad. Ensayemos un escenario y sus personajes, a la pregunta ¿quién define la interpretación constitucional en un momento de crisis? Contestan:⁴⁸

Republicano: ninguna de las ramas del poder público está diseñada para ser superior a las otras, en cuanto se refiere a la Constitución, todas son subordinadas del pueblo.

James Wilson: incluso el legislativo, que es la fuerza más poderosa del gobierno..., responde al poder de “superintendente” del pueblo.

Thomas Jefferson: en caso de conflicto es el pueblo el que se constituye en el tribunal donde se deben someter este tipo de conflictos.

James Madison: de manera que la intervención del pueblo ocurra en ocasiones de indecisión política (quien decide la oportunidad para intervenir debe ser el pueblo mismo). La creación del instrumento constitucional conlleva el poder de interpretarlo, estos son dos actos inseparables.

No se requiere volver a vestir los trajes del constituyente primario para introducir cambios a la Constitución o dirimir controversias entre instituciones constituidas, la creación de la norma no hace desaparecer a su creador, este y ella están en una relación simbiótica, el poder de interpretar la norma se deriva no empíricamente, sino formalmente de su creación, es de su sustancia.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ Todas las discusiones que de aquí en adelante se mencionan son paráfrasis mías y no citas textuales, al menos que las comillas señalen la excepción.

4. Los papeles de *El Federalista*

Los papeles de *El Federalista* o simplemente “El Federalista” (Hamilton, Madison, Jay 1998) es la recopilación de artículos publicados en los diarios de la ciudad de Nueva York por John Jay, James Madison y Alexander Hamilton durante un período aproximado de cuatro años. En ellos se explica pieza por pieza la Constitución de Philadelphia, es de hecho, el acto de propagación paulino de la Constitución. *El Federalista* parece estar alojado en la Constitución misma y de tal manera ha sido recibido por decenas de generaciones, es el “pináculo” y la base de la teoría constitucional norteamericana. A pesar de que sus autores escribían con seudónimos (Brutus, Publius) es clara la autoría de la mayoría de los artículos. Los más importantes divididos entre Madison y Hamilton. De manera que es un error común y craso leer los papeles del federalista como si se tratase de una obra monolítica, de unidad material, pues las divisiones son profundas e ilustran la tensión Federalista-Republicana.

Brutus –con ironía– (Libro 15): “Parece que los creadores de la Constitución invistieron a la Corte no solamente para explorar el sentido obvio y natural de sus palabras, sino para determinar su espíritu y su intención [...] parece que tenemos una Corte más poderosa que la legislatura”.

Publius (78): “Es irracional pensar que la legislatura sea juez de sus propios actos [...] las cortes están diseñadas como cuerpos intermedios entre el pueblo y las legislaturas”.

El libro 78 de *El Federalista* ha brillado con luz propia, opacando los demás ensayos, pues en él se ha querido ver la semilla de la revisión judicial. Sin embargo, no existe nada en la defensa hamiltoniana de la revisión judicial que contraríe el constitucionalismo popular. Por economía, no podemos hacer un contraste extenso, pero invito al lector a comparar las voces y el tono del libro 78 escrito en 1789 y la sentencia de Marbury vs. Madison. Las semejanzas son asombrosas, pero Marshall va un paso más allá, define que la palabra del juez es final. Al examinar las obras de Hamilton y de Marshall, se debe permanecer muy atento a las sutiles variaciones que el juez introdujo quince años después al texto de Hamilton, el caribeño hace una descripción minuciosa de la revisión

judicial de la cual no se puede extraer viso alguno de supremacía constitucional, mientras que Marshall la infiere, la supone y la impone.

Madison (Federalista 46): “Indiferentemente de los procedimientos en que los gobiernos estatales y federales sean nombrados, debemos considerar que ambos dependen del gran cuerpo popular, ambos son fiduciarios del pueblo”.

Capítulo II

El eclipse de la democracia

1. Elecciones de 1800. La estrategia federalista en *Marbury vs. Madison*

Sin embargo, es claro que las controversias de la etapa inaugural son todas controversias constitucionales, y es obvio que lo sean, pues aun los contenidos están vaciados del molde: ¿Qué significa la libertad de prensa? ¿Hasta dónde llega? ¿Cómo se solventa la disputa entre los intereses de la unión y el de los Estados? Son preguntas que aún no han madurado dentro del discurso político, son preguntas acuciantes, de instituciones nuevas con respecto a cualquier parte del mundo (presidente, congreso) se mueven en empalmes buscando llenar un espacio todavía desconocido. La única cara conocida es el pueblo, de allí que las elecciones de 1800, más que unas elecciones hayan sido un referéndum.

La victoria aplastante de los republicanos reivindica el constitucionalismo popular en todas sus posibilidades. Los muy aristócratas federalistas no tienen donde refugiarse y, por tanto, encuentran en un órgano no electivo el santuario de sus ideas y de sus prácticas, la Corte Suprema carece de sensibilidad política, carece de *accountability*, es entonces el sitio ideal para resguardarse y resistir la violenta ola de constitucionalismo popular. De manera que *Marbury vs. Madison*, en vez de ser la tierra firme y pacífica donde nace y crece toda la historia constitucional americana, se nos ofrece como una jugada estratégica de una elite acorralada, que busca es sus últimos suspiros defender su visión de vida.

La historia de los “Jueces de medianoche” es bien conocida, pero misteriosamente aislada del evento que produjo. Viéndose derrotados en las elecciones de 1800, los federalistas no tienen a donde huir, han perdido la presidencia, el congreso y todo cargo de elección popular. ¿Cómo reacciona esta pequeña aristocracia? O mejor dicho ¿Cómo es que esta pequeña aristocracia, derrotada popularmente, logra dismantelar la democracia e imponer una forma de gobierno que ha de dominar ideológicamente al mundo entero? Atención, lo que hay en el trasfondo de esta jugada maestra de ajedrez político es la definición misma de la democracia, es su abolición y la conversión del poder *del* pueblo (demo-cracia) en el poder *sobre* el pueblo (demo-arquía).

Durante los 19 días previos a abandonar la presidencia, John Adams nominó, y su congreso aprobó el nombramiento de tres magistrados de la Corte Suprema y 21 magistrados a las cortes de circuito, entre ellos, a su secretario de Estado, John Marshall, como nuevo Presidente (*Chief Justice*) de la Corte Suprema de Justicia. ¡*Touché!* desde un órgano sin responsabilidad política, que jamás tiene que pasar por el filtro de las elecciones, cuyos miembros son “intocables” pues sus periodos son vitalicios, se desenreda la serpiente antidemocrática.

Primera estrategia federalista (Marbury vs. Madison): reducir el contenido de la Constitución a un contenido netamente jurídico (ley ordinaria).

Segunda estrategia federalista: formalizar los principios en reglas, absorber su fuerza política y mistificarla en un “algo” esotérico, fuera del alcance de un populacho no especializado. La Constitución no es una norma popular, es una norma ordinaria.

Tercera estrategia federalista: establecer como principio que cada vez que un juez, en la resolución de un conflicto judicial, aplique una ley superior (Constitución) y esta contradiga una ley inferior (Estatuto) debe preferirse siempre la ley superior. Todo es asunto de interpretación legal.

Cuarta estrategia federalista: Marshall reconoce la soberanía popular como el ingrediente básico de la confección de la Constitución, pero agrega que “el poder constituyente original no debe y no puede ejercerse constantemente”. Un juez determina desde su autoridad, cómo, cuándo y dónde se debe y puede ejercer el poder constituyente, esto no es otra cosa que el secuestro de la Constitución política.

1.1. Respuestas a Marbury

Republicanos: cuando quiera que la legislatura cruce los límites constitucionales debe responder ante el pueblo que a su vez le otorga a la legislatura toda la energía política, toda su legitimidad. Siendo entonces una cuestión de legitimidad política, no son los jueces competentes para determinar cuándo esa línea ha sido violentada.

Federalistas: es una simple cuestión de adjudicación. La labor primaria del juez es resolver conflictos de origen legal, siendo la Constitución la norma suprema, al aplicarla debe inaplicar la norma que le contradiga. La legitimidad la recibe el legislador para acometer su labor de producción normativa, lo que se juzga no es la representación o sus vínculos con el pueblo, no, lo que se juzga es la obra normativa y cuando esa obra legislativa está inmersa en el litigio no puede el juez renunciar a la adjudicación.

¿Qué sucede con un acto inconstitucional proveniente de la legislatura?

Federalistas: en la medida en que la Constitución es una especie de norma formal, su aplicación obliga a desatender las normas que le contradigan.

Republicanos: la Constitución no puede ser entendida jamás como una especie formal de la legislación, en la medida en que sus contenidos son fundamentalmente políticos y está saturada de valores y principios es irreductible a simples reglas, siendo por ello la interpretación legal inadecuada para entender sus contenidos. Es el pueblo el que decide en momentos de incertidumbre. Sin embargo, ¿ello quiere decir que la Constitución no se aplica a casos ordinarios de competencia judicial? Es decir, ¿está por fuera del ámbito de aplicación del derecho ordinario?

Republicanos: no, en un caso de interpretación legal, la judicatura puede inaplicar normas infraconstitucionales contrarias a la Constitución, pero, primero ello no obliga a otros jueces y, segundo, dicha posición judicial no puede elevarse como la palabra que clausura el discurso, como un lugar de la verdad última, la Constitución permanece abierta a la interpretación constante del pueblo, y también del Congreso y las otras legislaturas.

¿Y los valores de certeza, orden y previsibilidad del derecho, no desaparecerían ante la ausencia de una última palabra judicial?

Federalistas: desaparecen, no existirá manera de que las partes involucradas en un litigio puedan determinar qué diablos sucede en el tribunal, se vuelve un acto de futurología el acercarse a la judicatura; por el contrario, con la supremacía judicial se preservan los valores de la seguridad jurídica, de ser juzgado conforme a reglas sustantivas estables, el espacio de decisión se hace transparente a todos, se preserva la igualdad ante el derecho.

Republicanos: los valores de certeza, orden y previsibilidad son valores disciplinares y, por tanto, empíricos, y son menores en peso y extensión al valor supremo del constitucionalismo popular que es el valor político original. De todas maneras el derecho es un sistema abierto, es imposible clausurarlo.

No existía nada novedoso en afirmar que se debe preferir una norma superior sobre una norma inferior; lo que resultaba extraño era que se tratase a la Constitución única y exclusivamente como una norma superior, suprimiéndose de tajo todo contenido político, claro que los jueces deben aplicar la constitución pero de ello no se sigue que su palabra sea última y definitiva.

1.2. ¿Los jueces como agentes del pueblo?

Iredell (Magistrado de la Corte): los jueces deben ejercer la revisión judicial no porque ello sea algo exclusivo y excluyente de la actividad judicial, sino por al hacerlo obran como agentes del pueblo, la revisión judicial debe y tiene que ser entonces no un acto ordinario de interpretación legal, sino otra de las instancias de resistencia popular.

Sin importar si uno deplora determinados fallos, la legitimidad de una institución no se mide por el número de adeptos como si se tratara de un *reality*, se trata de establecer plataformas discursivas comunes y aceptables, la visión de una Corte popular apunta no tanto al apoyo mayoritario, sino a una preferencia popular por la narrativa de los jueces, por la capacidad que tiene una interpretación constitucional unida a la dialéctica judicial de generar la ruptura de narrativas tradicionales.

Incluso cuando los federalistas comenzaron a poblar los tribunales estatales obraban con gran prudencia a la hora de inaplicar un estatuto, esto es así porque las líneas de la revisión judicial aun eran borrosas, sus

contornos inciertos, “en todo caso dudoso el estatuto ha de mantenerse” decía Iredell.

En *Trevett vs. Weeden* —que se considera precursor de *Marbury vs. Madison*— la Corte de Rhode Island declaró nulo un estatuto estadual, la reacción del pueblo cobró matices tan dramáticos que los jueces temieron ser linchados, después de la tormenta todos excepto uno de los jueces perdieron la reelección de sus cargos. Escenas similares se vivieron en casos como *Commonwealth vs. Caton* y *Rutger vs. Weddington*. Valga aclarar que los jueces federales son nominados por el presidente y confirmados por el Senado y su período en el cargo es vitalicio, mientras que los jueces estaduales obedecen a las reglas impuestas por cada uno de los estados, de manera que habrá jueces de elección popular en algunos estados.

1.3. El nudo argumentativo de la teoría normativa

La roca dura sobre la cual se construye el derecho norteamericano es sin lugar a dudas *Marbury vs. Madison* y el concepto central de “supremacía constitucional” que este inaugura, ha permanecido en la conciencia y la obra colectiva como un paradigma indestructible.

La supremacía judicial en oposición al simple acto de revisión judicial ha estado anclada por sus defensores en la exposición que Marshall —con simplicidad magistral—, hace más o menos en estos términos. Si la constitución es “norma de normas”, un juez dentro de cualquier conflicto judicial debe aplicarla con preferencia sobre toda norma derivada que le contradiga, inaplicando esta a favor de aquella, es esa la esencia de la judicatura.

Océanos de tinta se han derramado tratando de darle la vuelta a este argumento que ha resistido el paso del tiempo y en donde se blindó en última instancia el defensor de la supremacía judicial, cierto parece más una madriguera lógica y se resiste a dar razones de otra índole, pero persevera como argumento fuerte. James Wilson, compañero de Marshall en la Corte sostuvo un contraargumento catalizador de la función judicial, el profesor de Pennsylvania parte de la contradicción normativa (tal como Hamilton y Marshall) y acepta que la Constitución debe ser aplicada “normativamente” por los jueces, sin embargo instala ciertas transiciones, alega que el grado de proximidad de la labor judicial no le otorga al juez

una lectura privilegiada de la Constitución que obnubile la lectura de la Carta por parte de otras instancias, lo que hace que ese “grado de proximidad” sea tal, es que es en nombre del pueblo en que se interpreta la Constitución, y de ello sería ridículo afirmar que su interpretación es final.

En los fallos de finales del siglo XVIII, *Kemper vs. Hawkins*, *United States vs. Ravara*, *Hylton vs. United States*, *Cooper vs. Telfair*, se mantiene una misma línea argumentativa, primero se afirma la tesis normativa: la Constitución como ley suprema, se sigue al afirmar que su aplicación se impone como elemento lógico, “si el juez aplica un estatuto inconstitucional es partícipe de un acto inconstitucional”. Ahora bien, la inconstitucionalidad del estatuto debe mostrarse claramente, sin lugar a duda razonable. Lo que demuestran la mayoría de los casos es que se trataba de leyes que obstruían el acceso del pueblo a las instancias democráticas, este es quizás el punto definitivo, la Corte se resiste a tomar decisiones o interpretar el contenido sustantivo de la Constitución y se centra específicamente en los procedimientos constitucionales.

1.4. Sobreviviendo a *Marbury vs. Madison*

A partir del fallo lo que se concreta en Estados Unidos es una tradición en donde la metodología de interpretación de la constitución se reduce a la interpretación de reglas jurídicas convencionales. Si bien durante más de cincuenta años, hasta el caso de *Dred Scott*, la Corte no ejerce su “supremacía” judicial sobre otro estatuto federal, la suerte está echada. Durante estos cincuenta años la prudencia política de las cortes fue la característica común, se siguió empleando el rasero de la obviedad de la inconstitucionalidad de la ley, de manera que los fallos no fueron controvertidos y se asimilaban como una proyección del constitucionalismo popular.

El papel de las universidades y escuelas de derecho en este período es imponderable, el discurso de acuerdo con el cual la interpretación de la constitución es un asunto reservado al más exigente entrenamiento jurídico no cesó de repetirse desde Harvard y Yale.

Un mecanismo de concentración de poder infalible es hacer creer que los asuntos del poder ofrecen un grado de dificultad tal, que solo existen unos cuantos “privilegiados” capaces de resolver sus enigmas. El lenguaje

del abogado se especializa hasta la incompreensión, las cortes del “pueblo” comienzan a hablar en clave Morse, la Constitución es un inmenso e inaprensible arcano, compuesta por claves secretas, instrucciones codificadas, al pueblo solo le quedaba un paisaje vacío y seco, es un proceso gradual de apropiación del lenguaje, de definición de sus signos, de arrebataamiento de sus contenidos “quien defina el lenguaje tiene el poder”.

Las voces de hombres como Dudley penetraban como un taladro en esta totalización del lenguaje constitucional “no queremos el derecho, queremos justicia” pero el derecho y la justicia ya eran un solo compuesto orgánico, la justicia no era cuestión de sentido común, era cuestión de adjudicación a partir de elementos reglamentados; la justicia no era cuestión de lecturas abiertas de un cuerpo político “a la vista” de todos, sino de una labor interpretativa especializada y oculta. El pueblo se convirtió en un “lego” de su propia constitución, un sujeto inanimado de su propia obra. La literatura, especialmente inglesa, de finales del siglo XIX, en obras como *Frankenstein* de Mary Shelly, *Dr Jeckyll and Mr. Hyde* de Stevenson, formulan la metáfora del hombre que perdió contacto consigo mismos y su propia naturaleza, un hombre creador de una obra sublime y mortífera, las instituciones toman el lugar del ser humano, en contra del ser humano, el ser humano les provee una animación —el lenguaje— que se devuelve en contra del ser humano, la institución secuestra el lenguaje, lo petrifica, oculta y lo hace suyo, preservando la institución por la institución. Parece que el totalitarismo no es atributo exclusivo del siglo XX.

En los años treinta del siglo XIX, a pesar de la docilidad con que el papel de los jueces encajaba dentro de la teoría departamentalista y el constitucionalismo popular, algunas voces no dejaban de expresar sus sospechas acerca de la revisión judicial:

Juez Gibson (en el caso Eakin vs. Raub): es el pueblo al que corresponde repeler los actos inconstitucionales, ello se logra en la comunicación entre elegido y elector.

John Taylor: es una teoría insólita. ¿Cómo pueden los jueces instruir a los órganos políticos acerca de su misión institucional? Esto no es otra cosa que adoctrinamiento judicial de la política.

Spencer Roane: la revisión judicial no puede extenderse a la judicialización de actos políticos por naturaleza, el desarrollo legislativo de la Constitución es una cuestión de oportunidad y pertinencia.

Lo que todas estas discusiones evidenciaron fue la necesidad de poseer una “última palabra” una versión de la verdad que definiera los contextos de las pugnas constitucionales. La noción de pueblo se desintegraba en mil pedazos, los individuos, según el retrato de De Tocqueville (1998) al sentir la ausencia de certezas políticas compusieron una telaraña complicada de instituciones intermedias. Los clubes, cofradías y asociaciones eran el lugar de lo público en los años treinta y cuarenta. Sin quererlo los detractores de la supremacía constitucional empujaron la discusión en el curso definitivo y final de la necesidad de la “versión de la verdad” como “última palabra”.

El valor de lo predecible en la ley comenzó a abrirse paso en contra del control popular. La profesionalización del derecho redujo el papel protagónico de los jurados y de la misma manera se aniquiló la intervención de los “personajes respetables” que eran hombres sin ninguna formación legal pero en quienes la comunidad depositaba la gran responsabilidad de hacer justicia. El sentido común como base fundamental de las estructuras de adjudicación cedieron ante un aparato normativo más complejo y cuyo lenguaje comenzaba a ser patrimonio único de los abogados. Esta profesionalización del derecho lo resume Kramer así: “El derecho era un sistema de principios: un conjunto predecible, inteligible y armonioso cuya estructura orgánica y sus reglas dinámicas podían ser enseñadas y comprendidas utilizando los mismos métodos practicados por otras ciencias”.⁴⁹ Así el ánimo codificador, catalogador penetró en la médula de las elites norteamericanas, excluyendo de raíz las prácticas populares del siglo XVIII.

Por supuesto que la sociedad de los años treinta se asemejaba poco o nada a aquella de la Convención de Philadelphia, el crecimiento demográfico, el ejercicio intenso del capitalismo, la conquista del Oeste bajo la premisa de la autosuficiencia (*every man for himself*) y el sectarismo protestante trajeron como consecuencia la elaboración de nuevos protagonistas del juego político, entre ellos el surgimiento de partidos políticos lo suficientemente fuertes para mantener un contacto expandido y permanente con los diferentes estados, ello significó otra reducción de peso y energía de constitucionalismo popular, los partidos crean una serie de

49 Kramer, Larry D. *The people themselves*. Oxford, Oxford University Press, 2004.

ritualidades y procesos que atrapan y transforman las opiniones masivas, que ahora sufren un paso de cooptación ideológica, la política es refractada por los partidos y los movimientos populares se dan “de puertas para dentro”.

1.5. Kelsen e Iredell

La idea de la justicia constitucional de Hans Kelsen⁵⁰ es muy similar a la práctica constitucional descrita en Kamper, Hylton y Cooper. Para Kelsen el Tribunal Constitucional no puede intervenir en definiciones de valores y principios constitucionales y su labor primigenia es invalidar normas que se opongan a las normas constitucionales que definan procedimientos. La labor de la Corte se debe circunscribir a un juicio de compatibilidad lógica de dos enunciados normativos abstractos. La imposibilidad de ejercer la justicia constitucional sobre normas de contenido sustantivo es de orden ideológico y formal. Formal, una vez que Kelsen distingue entre la dimensión aplicadora o reproductora de la norma y la dimensión de libre creación. La primera es aquella en que la norma indica con plena precisión su ámbito de aplicación y se refiere primordialmente a los aspectos organizativos de la Constitución y a la regulación de procesos estatales (aprobación de leyes, organización de las ramas del poder); mientras que las segundas difieren su aplicación a un desarrollo posterior, es decir no definen con precisión su ámbito de aplicación y, por tanto, están sometidas a un proceso de concreción normativa posterior (valores y principios). Ello redundaba en que en el campo ideológico el contenido sustantivo de la Constitución sea competencia de la discrecionalidad del legislador a partir de la evaluación política de los hechos e intereses como elementos comunes a la actividad legislativa, mientras que el contenido “aplicador” que es preciso y detallado corresponda al juez constitucional.

El *negative gasetzgebung* de Kelsen se ha diluido en constituciones cada vez más complejas y cada vez más saturadas de valores y principios que los jueces han absorbido para la defensa de los derechos fundamentales; y es que las constituciones modernas no se limitan a decir estáticamente lo

50 Schmitt, Carl. *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid, Tecnos, 2009.

que es el derecho, sino que imponen directivas y programas dinámicos de acción futura contra el pasado y programas de reformas hacia el futuro. Es una empresa difícil la de destilar en esa inmensa red de normas, principios, valores y derechos correspondencias directas, como si cada órgano fuese consciente de lo que tiene que hacer, esa consciencia es una ilusión, las tensiones históricas se agolpan en la Constitución, los ángulos de donde se mira son múltiples y parece que una reducción como la kelseniana ablanda los sentidos constitucionales. Es evidente que los sistemas de justicia constitucional actuales navegan principalmente por las aguas de la dimensión libre de creación.

1.6. Hart Ely y la interpretación constitucional

También existen semejanzas con la propuesta que John Hart Ely (1982) hiciera en su libro *Democracia y desconfianza*, de cómo los jueces deben mantener el procedimiento de democracia deliberativa abierta. Para Hart Ely existen problemas elementales que no han sido resueltos.

Problemas como que la Constitución está construida con materiales ideológicos que rebasan cualquier posibilidad de concreción netamente jurídica. ¿Qué legitima que nueve abogados puedan descubrir un conjunto válido de principios objetivos? ¿Se trata de la aplicación de sus propios principios? ¿Existe algún canon jurídico que lo imponga? Los abogados están entrenados en procedimientos y conflictos entre reglas, pero cuando esos materiales resuenan conflictos entre principios ideológicos, no existe ninguna capacitación especial que les permita trabajar satisfactoriamente con dicha complejidad. No se entiende por qué un abogado pueda tener una mejor aproximación metodológica a la despenalización del aborto que un filósofo o un teólogo, por tanto, ¿es la interpretación de la Constitución una cuestión jurídica?

Queda abierto el método del derecho consuetudinario, que consiste en llegar a lo que intuitivamente parece ser el resultado correcto en una serie de casos, a partir de ello enunciar el principio que explique el patrón, estos principios neutrales deben ser aplicados a todos los casos que controla, pero no existe método para establecer todos los casos que controla, no nos dice cómo establecer el problema fáctico de distribución de significados o, tan siquiera, si esto es posible.

2. ¿Cómo debe ser la interpretación constitucional?

Termino con otras interrogantes relacionadas con que si el problema de la interpretación constitucional es realmente un problema del derecho, y si realmente existe algo llamado método de interpretación.

¿Será entonces nuestra justicia constitucional un mosaico de contradicciones que al incorporar la búsqueda de valores, la creación de principios, la aplicación clásica de reglas, desborda cualquier posibilidad hermenéutica, y establece tareas que no pueden ser puestas sobre una misma plataforma preformativa, y, por ende tiende a colapsar una vez se describa el conjunto?

Ahora bien, si pudiésemos separar un tipo de interpretación que recae básicamente sobre reglas y a ese tipo de interpretación la pudiésemos rotular de “pacífica”, pero la interpretación de principios constitucionales permanece con una densa carga de complejidad, ¿será que gran parte de la labor del intérprete constitucional es una cuestión de filosofía moral y no de derecho?

Una reacción normal del abogado para lidiar con estos materiales complejos es someter a los principios a una fase de conversión a reglas, con lo cual a los principios se le sustrae todo valor deontológico y se empobrece el discurso constitucional, esta parece ser la vía ordinaria de la más gruesa porción de nuestra judicatura, con el agravante que al crear *tests* de toda índole lo que se logra es complicar a tal grado la comprensión de los derechos, que los sujetos de los derechos pierden todo contacto con una realidad cuya implicación debería ser la más existencial de todas. Cuando la desigualdad, la discriminación, el hambre o la guerra dependen de matrices lógicas y derivaciones, de 23 subreglas que desarrollan subprincipios y dependen de intensidades de escrutinios, al final del tratado de neorracionalidad difícilmente se puede reconocer al ser humano y la arbitrariedad que ha sufrido, al final de este embudo teórico hay un ser humano recodificado, un *cyborg*, al que una autopsia jurídica le ha separado irremediamente de cualquier posibilidad de entender su realidad particular en la Constitución.

En palabras de John Hart Ely, “[l]os abogados somos un grupo arrogante de personas, el hecho de que nuestra profesión nos ponga en

contacto con muchas disciplinas genera la falsa ilusión que las dominamos todas”.⁵¹

Otra labor que parece infructuosa es aquella dirigida a describir los diferentes tipos de normas constitucionales, a catalogarlas, rotularlas, emprender con ellas experimentos de validez jurídica, es infructuoso, digo, la descripción de diferentes tipos de normas como normas “jurídicas”, la empresa debe dirigirse a la comprensión de las diferentes capas de normas que fluyen en la Constitución, y mucho más allá de su contenido formal debemos entenderlas desde diversos discursos que se cruzan y contraponen, la norma política, la norma social, la norma económica, sin ello seguimos arañando la mera superficie del problema.

No existe un modelo de interpretación porque el objeto de interpretación rebasa el modelo, es como tratar de entender la movilidad social meramente con estadísticas. Un modelo jurídico de interpretación exige reglamentar lo irreglamentable, formalizar lo informalizable, una ciencia sin científico. Para la comprensión y sensibilidades contemporáneas la Constitución es una especie de norma formal y pura especialidad de los jueces. La Constitución reglamenta y reduce los procesos políticos, los dirige y los condiciona. Aquí pueden estar nuevos puntos de reflexión profunda sobre la interpretación constitucional, la comprensión de la Constitución político-legal, no como un intermedio o subespecie de las dos disciplinas, sino como una nueva forma de disciplina.

51 Hart Ely, John. *Democracy and distrust*. Cambridge, Harvard Press, 1982.

Capítulo III

“En nombre del Estado” Marbury vs. Madison ¿Quién es el verdadero poder constituyente?

Por su prestigio y posición de santo grial de la ideología liberal, Marbury vs. Madison es el punto mismo de clausura y cooptación del poder constituyente y la transformación de su potencial creativo e ilimitado a una mera dialéctica de reducción del poder constituyente a poder constituido.

Esa pequeña frase del juez Marshall, tendida como un “dicta” casi inofensiva, posee una dimensión simbólica inmensa, un juez le ordena al poder constituyente cómo debe comportarse y cuándo ha de hacerlo. Aquí existe toda una versión de biopolítica en pleno despliegue: el juez retiene el lugar de enunciación, atrapa el lenguaje y define el mundo de lo político a partir de un fallo judicial. De nuevo recordamos que la lucha por la política es la lucha por la enunciación del lenguaje, pues bien, Marbury vs. Madison marca el punto definido donde el juez (especialista, pontífice) retiene y define ese poder de nominación, el lugar donde se programa el lenguaje y donde el lenguaje se hace forma como exclusión de los sentidos constitucionales, la Constitución será lo que los jueces dicen que es, ¿democracia?

Pues bien, de la afirmación (sostenida desde Marbury y que define la visión liberal), según la cual el poder constituyente funda un Estado con su acto original de creación, no se sigue lógicamente que al hacerlo dicho poder desaparezca o se desplace y quede fijado en el Estado. Pero, de acuerdo al liberalismo, el poder constituyente se agota en el acto de creación estatal, a partir de ese evento, el poder constituyente queda subordinado a las reglas del Estado y, por consiguiente el Estado es el lugar de enunciación y creación del poder político.

1. ¿Demo-cracia o demo-arquía?

De ser cierto que el Estado es el lugar de origen de lo político ello solo quiere decir la negación misma de la democracia. Tal como lo establece Jean Luc Nancy (2009), la democracia sería una demo-arquía si el poder del pueblo solo establece un origen (arche) al que debe ser leal y el cual lo supera y limita. El liberalismo nos propone un nicho contradictorio de los orígenes políticos, un poder original creando un poder que lo sustituya, lo describa y lo limite; en otras palabras, la negación misma del poder o de la cracia (krátos) del demos. La *cracia* de democracia significa poder ilimitado, fundante (no fundado) y siempre presente, cuya categoría definitiva es una “potencia” que no puede ser reducida a un marco que lo contenga y determine.⁵²

Si el Estado marca el fin(al) del poder constituyente del pueblo, es el Estado entonces el marco de delimitación de lo popular, el Estado define lo popular y traza sus contenidos de manera que el pueblo solo puede ser pueblo dentro de los contenidos legales fijados por el Estado, que es, paradójicamente su creación.

A ver si entiendo la retahíla lógica del liberalismo “lo constituido constituye al constituyente, el poder del constituyente deja de ser poder cuando constituye, con lo cual no es, ni poder, ni constituyente”, no, intentémoslo nuevamente, “el demos constituye a partir de un poder original, pero ese poder original constituye al demos y traslada en el mismo acto su Cracia (Krátos) a un poder constituido que ahora es el poder original pues es el único que determina el contenido de la constitución, que a su vez es el acto fundacional del demos que ya no es demos”, ¡impecable!

El Estado sería el principio que demarca la democracia y no su resultado. La democracia es antiorigen en la medida en que es origen de sí misma y no tolera un suplemento que la explique y la contenga. Si el Estado figura en la lógica política como el marco trascendental y normativo que explica y otorga competencias al pueblo estamos absolutamente por fuera de la gramática de la democracia y estamos incursionando en una oligo-arquía (el poder de definición de la Constitución

52 Wall, Illan. “Without model or warranty: rethinking constituent power with human rights”. PHD Thesis. London, Birkbeck College, 2009.

en unos pocos) como negación material de la democracia. De ser consecuentes con la tesis anterior, todo liberal ha de preguntarse muy sinceramente si la democracia puede sobrevivir a la supresión del demos y de su krátos o poder ilimitado. Si el liberal cree que el demos no es pueblo, sino Estado y/o cracia no es poder fundante e ilimitado, sino fundado y subsidiario, la democracia es entonces un estado imposible e impensable y el liberalismo camufla una política bien distinta de la que confiesa.

Marbury vs. Madison amarra el nudo de trabamiento de la paradoja del poder constituyente. El poder constituyente no puede ser contenido por ningún orden trascendente, no existe ningún marco jurídico previo que determine sus instancias u obligue su concreción, no existe una etimología previa al momento constituyente. Es precisamente el poder constituyente el que le atribuye sentido al orden que establece, la Constitución como momento de concreción de ese poder ilimitado origina un momento que ella misma no puede autorizar.

El evento de creación de lo jurídico no es pues jurídico en sí mismo. Es en el evento de la creación misma de lo jurídico cuando se capta la ausencia completa de lo jurídico. La paradoja está enquistada en el origen mismo de la institución pero la institución no puede dar cuenta de ella. Por supuesto el terror moderno a la falta de orígenes precisos, de causas autocontenidas, de amos que nos dirijan y nos ordenen qué pensar y hacer, vuelca el aparato político a trasladar el centro de imputación de la decisión a modelos trascendentes e hipotéticos. Sin embargo, el poder constituyente de la democracia como índice de legitimidad del sistema es a la vez su anomalía, una contradicción irreparable que determina al sistema mismo. La clave del orden de todo el régimen de economía del poder liberal yace en transmitir la creencia en una racionalidad que sutura cada una de sus producciones y que es demostrable cuando se retrotraen los efectos (ley) a una causa original (norma de normas). Un poder constituyente que no contenga más límite que sí mismo fractura el orden y perfora la apariencia de coherencia y estabilidad del sistema. El problema interno para el sistema se convierte entonces en cómo domesticar y amansar unos orígenes ilimitados que se niegan a coincidir con el sistema mismo, la respuesta yace claramente en movimientos de usurpación discursiva tales como el fallo del juez Marshall.

That the people have an original right to establish, for their future government, such principles as, in their opinion, shall most conduce to their own happiness, is the basis on which the whole American fabric has been erected. The exercise of this original right is a very great exertion; nor can it nor ought it to be frequently repeated. The principles, therefore, so established are deemed fundamental. And as the authority, from which they proceed, is supreme, and can seldom act, they are designed to be permanent. (*Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803) 5 U.S. 137 (Cranch)).

2. ¿Quién es el verdadero constituyente?

Como se ve, el pueblo, una vez nombrado como agente primordial de la autodeterminación, en ese mismo acto de nombrar desaparece y su convierte en un remanente del sistema que constituye, se torna en un poder constituido y limitado por reglas y procedimientos, queda privado de toda potencialidad de “ser” el mismo su propio origen. El lenguaje de determinación, el momento de enunciación de lo político se traslada artificialmente al Estado. La autodeterminación se convierte en un concepto predeterminado, y como tal, deja de ser autodeterminación.⁵³ El discurso constitucional permanentemente retrae al constituyente al espacio representacional del constituido. La forma constitucional atrapa y recluye al constituyente. La Corte reconoce que la “autoridad” del pueblo es “suprema”, pero a renglón seguido determina que la Corte es la que decide, como palabra final, sobre los contenidos mismos de la Constitución, lo cual fuerza la pregunta de si es posible predicar algún tipo de supremacía cuando la autoridad que se reconoce como suprema no puede determinar los propios contenidos de su obra y estos quedan desplazados a una autoridad secundaria que tiene la palabra final, fundada por la suprema. Lo que aquí se está describiendo es una apropiación por parte del juez del lugar original de decisión, la decisión misma sobre la excepcionalidad. Es el juez quien realmente parece tener todas las cualidades de un poder ilimitado y concluyente, un poder político formidable que decide sobre toda asociación entre la Constitución y el pueblo.

53 Christodoulidis, Emilios & Stephen Tierney, eds. *Public law and politics: the scope and limits of constitutionalism*. Hampshire, Ashgate, 2008.

De manera que, si lo político está asociado con el poder constituyente y lo jurídico con los poderes constituidos (Wall), y el poder constituyente está definido por el poder de establecer todo paradigma posible de lo político,⁵⁴ donde lo político carece de sentido como obra del poder constituido y solo existe como creación del poder constituyente. Entonces, si cualquier agencia del estado constituido se arroga el poder de decisión final sobre el significado de la constitución política, ¿quién es el verdadero poder constituyente?

54 Agamben, G. *Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life*. Stanford University Press, 1998.

3. Bibliografía

- Agamben, Giorgio. *Homo sacer: sovereign power and bare life*. Stanford University Press, 1998.
- Bickel, Alexander. *The least dangerous branch*. New York, Bobbs-Merrill, 1972.
- Christodoulidis, Emiliós & Stephen Tierney, eds. *Public law and politics: the scope and limits of constitutionalism*. Hampshire, Ashgate, 2008.
- De Tocqueville, Alexis. *La democracia en América*. Madrid, Alianza Editores, 1998.
- Guardiola, Oscar. “Famous last words: constitucionalismo popular y el lugar de la verdad en política y derecho”. *Justicia constitucional: el rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo*. Ed. Ricardo Sanín Restrepo. Bogotá, Legis, 2006.
- Hamilton, A, Madison J, Jay, J. *El Federalista*. México, Fondo de Cultura Económica, 1998.
- Hart Ely, John. *Democracy and distrust*. Cambridge, Harvard Press, 1982.
- Kramer, Larry D. *The people themselves*. Oxford, Oxford University Press, 2004.
- Linebaugh, Peter & Marcus Rediker. *The many headed Hydra*. London, Verso, 2003.
- Nancy, J-L. *Ponencia: On Democracy*. London, Birkbeck College, 2009.
- Schmitt, Carl. *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid, Tecnos, 2009.
- Waldron, Jeremy. *Ponencia: The core case against judicial review*, 2003.
- Wall, Illan. “Without model or warranty: rethinking constituent power with human rights”. PHD Thesis. Birkbeck College, London, 2009.

Tercera parte

El padre sádico

1. El derecho en el nombre del Padre

El modelo de la vida en Occidente está cifrado esencialmente por la hegemonía normativa del derecho, es ahí donde se oculta el dogma institucional. Es el derecho, la más antigua de las ciencias de las leyes para someter y hacer obedecer⁵⁵ el “big bang” primordial de lo simbólico. En medio de esa red aparece el sujeto, definido en el texto jurídico no como origen de la realidad, sino como un sujeto finito arrojado a una totalidad simbólica/social infinita que nunca podrá comprender, que siempre se le aparecerá con palabras completas y dominios cerrados y cuya matriz se oculta en su propia inconmensurabilidad. El sujeto en el texto está entonces lanzado a una situación social contingente cuyo dominio nunca será posible, que siempre se aplaza en el deseo impuesto por el texto jurídico. La primera función del derecho es entonces cobrar el lugar de lo *absoluto*, de puente invisible entre el sujeto y el objeto, específicamente en la modernidad todo reconocimiento, toda formación del ser y la capacidad de representación del sujeto está definido por el derecho, no hay sujeto fuera del derecho. Es el derecho la ilusión básica que permite articular al sujeto como partícula inerte de la objetividad. El derecho borra los vestigios del sujeto en el objeto, lo disemina a lo largo y ancho del complejo jurídico, le asigna un lugar, lo aplanar y comprime a formas codificadas. De ser cierto

55 Legendre, Pierre. *El amor del censor*. Barcelona, Anagrama, 1979.

lo anterior, la figura del experto (llámese doctor, pontífice, comentarista, juez) es el elemento que establece esa hegemonía y que posibilita su condensación en el texto (llámese biblia, digesto, código o constitución), es el especialista el que preforma la institución, de cuya voz procede el órgano crudo del poder.

El mito es a la vez la fundación y la función de la sociedad, el derecho es la narrativa y el ocultamiento de ese mito primordial. El derecho construye la estructura jerárquica y se sitúa como el elemento divino, el motor inmóvil de la cultura. Así como no hay sujeto sin derecho, la multiplicidad de sujetos o lo social es la fantasía primordial que crea el derecho, la sociedad es entonces el sistema de creencias que sostiene el derecho. El orden de lo dogmático es precisamente la transmisión fundamental del mito social, es su mito atómico.⁵⁶ El derecho es la puerta por la que entra la interdicción del “Nombre del padre” que separa al sujeto para siempre de la idea de la totalidad, lo descompone y dispersa en el mundo de lo simbólico. La interdicción necesita de un garante, el Estado moderno es el Padre, el Tótem, el vehículo mediante el cual el derecho se convierte en la sustancia social que ordena cada espacio de lo normativo, le da presencia al sujeto como partícula de una historia singular que se desenvuelve en su destino esencial. El derecho es la marca sobre el sujeto, es la fórmula que lo vincula con un espacio vital taponado, la historia de la norma es la historia de la inscripción del sujeto como la “cosa” marcada, definida y cerrada por los bordes de su lenguaje, la sociedad es la multiplicación de sujetos jurídicos cuyo origen, forma y límite es el derecho.

Siguiendo a el derecho se transforma en el concepto necesario que se enuncia a sí mismo como el “gran Otro”, el derecho se apropia de la divinidad como inicio gramatical del mundo, la desgrana y construye el pasaje que conduce a lo social. Esta operación, de lo divino a lo humano, es la de la interdicción como comunicación dogmática.

Peter Goodrich (1991) da en el clavo cuando asegura que el texto representa la estructura de lo universal, el texto es la cavidad del ritual, el punto de origen positivo que siempre nos lleva de regreso a la verdad fundamental, que nos deposita en el centro mismo de la organización

56 Douzinas, Costas y Adam Geary. *Critical jurisprudence, the political philosophy of justice*. Oxford, Hart, 2005.

dogmática como transmisión del discurso, que se convierte en esta dinámica en la verdad insondable de una sociedad particular. El texto como discurso es original, el texto como origen es la verdad. El discurso no puede interrumpirse pues de hacerlo se desplomaría la verdad del derecho, el discurso que desarrolla el texto posee sus propias claves íntimas de la verdad, insuperables y completas. En últimas, el discurso es el texto parlante y en movimiento, el texto dicta cada paso de la transformación del discurso, cada pliegue del texto está fundido en el discurso, por ello la hermenéutica del texto occidental es un doblez consistente con el mismo texto, se trata de optimizar sus oportunidades, de dar función a las palabras retenidas en el texto mismo, la cronología es una ilusión del texto, sus intérpretes son simples fichas que rebotan en su interior como ondas en un espectro cerrado. La ilusión del movimiento es la ilusión de la existencia de un sujeto libre, de una historia convulsiva y variante, la realidad yace en las formas del texto, de allí se impulsa una institución que es una categoría vacía en la medida en que cambia de tonalidades y textura pero que siempre preserva, guarda, encierra el discurso dentro de sus tenazas semánticas. El texto es el espacio vacío de donde provienen las palabras, donde nace el discurso como desdoblamiento simétrico y perfecto del derecho, allí, en ese lugar original nace lo normativo, primero como lenguaje, luego se hace carne como aprendizaje y transmisión del lenguaje, como auténtica interdicción, este es el escenario de un Edipo reescrito no como el elemento clave de la ley del padre freudiano, sino como teoría normativa.⁵⁷

El poder se convierte así en el eje fundamental de la actividad social, sin embargo su lugar es la ilusión creada por el derecho, ilusión que gobierna las vidas en la medida en que se presente como eso, como mera ilusión que se oculta tras los verdaderos cimientos de la sociedad, como un fantasma que se desvanece y se borra tras el texto, como una sombra desterrada de sí misma. La ilusión funciona porque nos otorga todo el sentido de lo real pero se hace a sí misma en una sustancia imposible de rastrear que se escapa en su mayor cercanía, que se camufla tras su propia ilusión. Habla a través de mil voces, el papa, el emperador, el reyezuelo,

57 Deleuze, Gilles y Felix Guattari. *Anti-Oedipus: Capitalism and Schizophrenia*. Minneapolis, University of Minnesota Press, 1983.

articulan una palabra poseída en sí misma, audible antes de ser pronunciada. La ilusión del poder implanta un escenario donde el poder mismo es imposible, es el espacio de la divinidad donde la narración se hace mito y se posterga, donde la institución se petrifica y emula todo nuestro sentido de universalidad. El mito social se dispersa como una historia sin baches, como una realidad que solo puede ser vivida a pie y juntillas antes de que todo se destroce por dentro y deje al sujeto ante el gran vacío.

2. Construyendo el universo, las palabras de la censura

Las narrativas tradicionales clásicas del derecho occidental señalan que el universo cultural de occidente sufrió una ruptura completa al pasar de la Edad Media al Renacimiento, que en ello la ciencia había vencido al oscurantismo, que en ello el hombre se había visto a sí mismo y a partir suyo construyó el universo. Estos postulados mitológicos vienen acompañados de la creencia que a Occidente entran victoriosas las tres divinidades: razón, objetividad y verdad para organizar un mundo nuevo, prolijo, desprovisto de caprichos. En fin, que estamos ante el umbral de la liberación de lo humano, de la construcción de lo verdaderamente político en donde el derecho tiene el papel del constructor que dispone de los espacios normativos. Que luego la partida a favor del ser humano estaba ganada con unos derechos humanos a la medida de la razón, y una ley igual para todos, amplia abstracta y contenida es sí misma.⁵⁸

Los conceptos centrales de la modernidad como “ley” “estándar” “unidad de método” que despuntan en una física promisoría desde Galileo y Newton realmente fueron movidos desde la hegemonía normativa del derecho, aparato que se reacomoda a nuevas dimensiones para conducir las y explicarlas, para frenarlas y contextualizarlas.

Es así como es claro que la ley en cada sistema instituye su propia ciencia,⁵⁹ la ley es el vértice y la matriz de todo conocimiento en Occidente, por medio suyo se organiza la estructura y se reparten las jerarquías. La imagen siempre incompleta pero necesaria de “sistema” está encerrada en la ley que lo habilita. Desde el lugar legendario del oscurantismo medieval

58 Douzinas, Costas. *El fin de los derechos humanos*. Bogotá, Legis, 2008.

59 Legendre, Pierre. *El amor del censor*. Barcelona, Anagrama, 1979.

hasta las resplandecientes revoluciones burguesas y su hipócrita promesa de liberación, el derecho es y ha sido el saber legítimo y magistral que asegura la censura del sujeto y hace prevalecer la opinión de los maestros.

La ley establece una ciencia perpetua del poder, instauro la creencia del amor, suplanta el deseo original desterrándolo como pecado original y lo sustituye por la tranquilidad y apaciguamiento de una ley unificada, sólida y coherente, una ley para todos, una ley que uniforme y fabrique al sujeto precisamente en su pertenencia al círculo sagrado de la ley. Sin hacer creer, sin estas técnicas no hay institución, no hay orden, no hay dogma. Fuera de la ley no hay nada, ella marca el afuera y el adentro del lenguaje, ella es el cancerbero, pero a la vez la forma del sistema, la superficie y el fondo a la vez.

En la mitología primordial occidental, el derecho divulga un cierto régimen de las creencias y se inaugura como instrumento político. En el mismo giro de hacerse la ciencia del poder debilita a cualquier contrincante. La religión se convierte en los ultramuros de esta nueva fe extensa y capaz de entenderse a sí misma, la política es cooptada por el derecho de manera que existe una política “buena” que se manifiesta por los canales ordenados por el derecho y que vale como discurso, mientras que existe una política perversa, allá afuera del lenguaje que solo es un revoltijo de claves sin relieve, de voces ciegas que golpean tercamente en contra del bien ordenado abecedario del derecho.

Hasta ahí el hombre y su emancipación. Humano, sujeto, individuo son nociones atrapadas en el texto, el acceso al derecho, al texto sagrado de la ley es el acceso al sujeto del texto,⁶⁰ el desciframiento de un discurso que no tiene autor y que se vuelve tejido a partir de un dispendioso proceso en el que un experto dotado de las palabras claves desenreda la madeja del texto, dejando ver lo que siempre estuvo ante nuestros ojos. Aquello que percibíamos como un enigma inabordable, ahora, a partir de la lectura del experto se transforma en el prodigio de la claridad. El texto permanece como hogar del hombre sometido a un proceso de exculpación, del cual sale limpio, traslúcido como una silueta de algo que algún día fue.

En su tránsito a la modernidad lo que se observa no es un debilitamiento del lenguaje jurídico a favor de una ciencia más estricta apuntillada

60 Costas Douzinas, *op. cit.*, 2008.

en la física, ¡no! Lo que se observa es la transubstanciación de la forma jurídica al modelo de las ciencias exactas. Lo que percibimos es el recogimiento de la retórica como plano lógico a favor de la subsunción únicamente como otra extremidad de la lógica. En el fondo, es en el texto jurídico donde se resuelve toda vicisitud, donde se estanca todo problema de convivencias, es más, me atrevería a asegurar que en este reacoplamiento de lo jurídico, el derecho sale fortalecido ante cualquier otro discurso competidor. Esto ya no lo había aclarado Schmitt (1988) cuando nos avisa que el derecho en la modernidad absorbe toda la carga eléctrica del conflicto político. Cuando lo político, entendido como lo conflictual, es superado y eliminado por un derecho que pretende codificar cada uno de los conflictos, cuando con su ánimo de racionalizar permite la entrada a lo jurídico únicamente de aquello que se pueda codificar. Por ende, el conflicto desaparece en una maraña de liturgias, procedimientos, palabras claves y, en fin, en códigos jurídicos que lo eliminan y regulan una nueva religión basada en la claridad dogmática de la institución jurídica. El conflicto desaparece no porque no exista, sino porque solo se tendrá en cuenta aquella parte que pueda verbalizarse jurídicamente, que pueda ser reducido a signos estables, el resto del conflicto es un afuera inasible, es la barbarie a las puertas de la ciudad de la razón, es lo que debe colonizarse y evangelizarse.

La censura, es decir los medios eficaces de enterrar el conflicto, es un juego doble en el que se cumple la función vital de enmascarar la verdad y hacer ver la forma jurídica como única verdad y de reducir lo humano a códigos de comunicación con consecuencias netamente normativas.

La ilusión de que no haya ninguna otra verdad de aquella dicha en nombre del texto jurídico por un intérprete calificado marca el comienzo del juego institucional. La verdad se encierra en el texto, y sin embargo, los doctores de la Iglesia discrepan con relación a interpretaciones dogmáticas, los magistrados de las actuales cortes se distancian en posiciones recalcitrantes. ¿Cómo es posible esto, si la ley enuncia su propio juego? Simple, se trata de un movimiento en dos fases. Primero, la casuística⁶¹ sirve para aplicar los principios en una línea infinita de casos que caen bajo su imperio, es decir,

61 Douzinas, Costas y Ronnie Warrington. *Justice miscarried*. London, Harvester Wheatsheaf, 1994.

la casuística es precisamente la mecanización del aparato que permite la elasticidad de la institución dando la apariencia de apertura e incertidumbre pues permite que los más disímiles casos se afronten y resuelvan desde su cima y, segundo, existe un acuerdo sobre lo fundamental del dogma, existe un acuerdo tanto de los doctores de la iglesia ayer, como hoy de los doctores de las cortes, sobre cuál es el contenido mínimo de la institución. Así lo que importa no son las disidencias materiales, sino la aplicación estricta del método, es esto lo que al final del día uniforma la institución y la mantiene en buena salud. De manera que se pueda estar en desacuerdo sobre el significado de las cosas, pero jamás sobre el proceso mediante el cual se llega a ese significado. Cuando el proceso se pone en duda, cuando aparece otro posible juicio, la institución tiembla y acude a la censura, a la normalización para extraer la aberración metodológica de todo quehacer institucional. Si la teoría cinética de los gases de Maxwell hubiese sido construida a partir de la astrología, hubiese recibido la descarga letal de una ciencia racional que excluye todo este tipo de procedimiento maléfico y espurio, como la teoría se inscribió dentro del marco general de la actividad científica, respetando cada uno de sus métodos, ha sido bienvenida al paraíso de lo útil y de lo apreciable, no porque sus resultados hayan sido una verdad que revela una verdad nueva diferente de la mecánica histórica de la ciencia, sino porque su verdad es formalmente correcta de acuerdo con la ciencia.

El discurso medieval del método se trata efectivamente de la institución y el proceso, de la glosa, como redención literal del texto, su transformación a un lenguaje de los signos modernos, dominado por la exactitud de las ciencias experimentales, es un fortalecimiento del proceso y la institución del derecho. En las sociedades nacionalistas de la Europa occidental, en el liberalismo de bolsas de valores y campos de concentración empresariales, los juristas ocupan un lugar privilegiado, ejercen una función estratégica que consiste, primero en bloquear cada sistema, sea cual fuere que se opusiere al texto de lo jurídico y segundo regulan con celo el ingreso de nuevas palabras o formas al proceso jurídico. Blackberry en mano, cancelan nuevos mundos, infiltran a la médula de la bestia procesal sus líquidos vitales y especialmente pacifican el lenguaje convirtiéndolo en ira sin pecado, en sumisión irrestricta a la racionalidad de la ley, con un truco mágico adicional, quizás el más grande de todos los trucos... hacernos creer que somos autores de esa ley.

Como pregunta Legendre: “¿Qué es la institución si no el descifrador calificado de la ley cuyo inventario termina por unirse al texto?”⁶²

3. La dulce gracia de la obediencia a la ley

Llegamos entonces a otra poderosa afirmación: el dogmatismo es el poder consumado en el texto, es la detención regulada por la norma donde la realidad cesa, y especialmente en nuestros tiempos de hiperpositivismo, es el lugar donde la realidad se nos ofrece como única posibilidad. ¿Quién dice la Constitución? No la dice el arte o los brotes históricos de una masa, no lo dice el espacio público hartado y pálido, la dicen los expertos, los tribunales deliberando sobre un proceso supersofisticado en espacios cerrados.⁶³ Así, el texto es también donde la anomalía se conjura, donde la aporía se resuelve y la paradoja se aplasta. El discurso opera para filtrar la verdad, para adelgazarla hasta proporciones manipulables en la palabra pero, sobre todo, el discurso de los expertos nos fija a cada quien el lugar a ocupar dentro del proceso, nuestra espacio vital o peor aún, nuestra carencia como sujetos, nuestros seres incompletos, imperfectos que tienen que abrazar la salvación de la ley para ser, para existir. Comprender esto sin ingenuidades, sin autocomplacencia, es entender el juego del adiestramiento político, es entender la domesticación de seres intensos y complejos por parte de un aparato que codifica y raparte, del cual depende la existencia misma.

De nuevo Legendre nos recuerda: “El sistema occidental de las censuras es inseparable de un saber particular el de la norma escrita, y el encierro de esta en un lugar sagrado, el libro”.⁶⁴

El texto es el núcleo central, donde la política pierde su peso y se le cede al derecho, a él se penetra por estricta lógica, y solo un grupo de elegidos es encargado de realizar esta tarea. El libro es esa cosa privilegiada que permite al texto ser un discurso.

La verdad dogmática consiste entonces en suprimir de lo escrito su huella histórica, así nace el texto. Es esa la misión del experto, extirpar del texto su

62 Pierre Legendre, *op. cit.*

63 Oscar Guardiola, *op. cit.*, 2006.

64 Pierre Legendre, *op. cit.*

historia particular, presentar sus laberintos como si fuera una arquitectura premeditadamente clara, es hablar en el nombre del padre. Conocemos el texto como un *uno* unificado a la vida, sin fracturas o agotamientos, sin fisuras; entero y robusto, no reconocemos en ellos las pisadas de la psicosis de sus autores, su peso anímico, solo creemos ver el edificio completo, una aspiración a la completitud, que solo somete a examen las derivaciones secundarias del texto pero dentro de la lógica del texto mismo que sirve como rasero. Nuestra misión es superar las inconsistencias, enderezar las regresiones pero nunca nos detenemos a ver qué nos dicen esas inconsistencias, que nos comunican esas regresiones. Investigamos como haciendo un rompecabezas, conocemos la figura final,⁶⁵ ella se convierte en la meta y el método de nuestra artesanía, a ella, a esa visión de perfección movilizamos todo nuestro arsenal, sin atender que esa figura es eso, una ilusión predeterminada que obliga la ejecución de ciertas jugadas en un orden único y específico, estamos atrapados en el juego, sin posibilidades de resistir la tiranía del método. Con todo ello, con ese seguimiento de los patrones que enuncia la misma ley hemos fabricado criaturas ordenadas y nítidas, pero absolutamente inútiles. A la Pink Floyd ponemos otro ladrillo en la pared, no podemos hacer de nuestro juicio un fundamento de él mismo cuando ese juicio lo único que busca es construir modelos sencillos y a escala de sí mismo, es un texto megalómano, un padre sádico que solo quiere copias de su identidad.

Lo verdadero se logra en su misma inserción como texto jurídico, como texto entre los textos del gran libro jurídico, aquel libro que contiene todos los libros, aquella cadena textual sin sobresaltos, la verdad está allí suspendida, sin pasado. El hecho compilatorio forma una división radical entre el adentro y el afuera del libro, entre la autoridad y no autoridad, entre el todo y el vacío exterior. Codificar es esencialmente excluir. ¿Qué se excluye? El conflicto, el riesgo, lo irracional, lo marginal lo que no quepa dentro del estrecho fragmento de la verdad hecha texto, lo regional, lo periférico... entre otras cosas el género, la raza, son hechuras del texto que divide el mundo entre verdad y vacío, entre verdad y error, si no juego con las reglas del método estoy en error (pecado) condenado a la nada, solo abrazando el proceso instaurado en la ley puedo salvarme, puedo regresar al mundo de los humanos.

65 Feyerabend, Paul. *Contra el método*. Madrid, Tecnos, 1992.

4. El texto jurídico como modelo atemporal y matemático

Los juristas son los únicos que saben de la jerarquía, de la lógica del poder sagrado, los únicos capaces de moverse en esos intrincados circuitos, pero ya no se trata de un ejercicio mental de apropiación del conocimiento; sin ritos, sin liturgias la palabra se paraliza en el texto, por ello la liturgia de la ley es fundamental para convencer a la manada de lo auténtico del comentario textual, de la rigidez de la institución y la importancia de un dogmatismo férreo e incalculable en sus proporciones. Son los ritos fijos, la liturgia, los que fijan el método, los que le dan valor al texto. El método acarrea el mito, implica un ceremonial en estrecha relación con los fines fundamentales de la cultura, es la idea fija sobre el origen del poder, distingue la verdad del error y crea la ley. Todo lo demás es desvarío pagano.

Cuando el jurista moderno, a la Dworkin, o cualquiera de estos templarios, desata la verdad encerrada en la ley dice no haber inventado nada, solo ha dado cuenta de la lógica interna del texto, valiéndose solamente de las palabras que encierra el mismo texto, es inocente, solo es un “medio” de expresión de algo superior, la verdad sale a la luz por el método y en el método la verdad es texto.

La respuesta final importa mucho menos que la liturgia puntual, el bordamiento meticuloso de los puntos obligados de esta lógica, donde el símbolo tiene su lugar es lo único que importa. La verdad es la del rito, pues permite acoplar a la casuística su herramienta, proporcionando respuestas variadas hasta el infinito, contradictorias pero legales, injustas pero metodológicamente ciertas, el círculo está completo el oráculo abandona el fuego santificado, el enigma está a salvo.

La institución se traba mecánicamente, del texto enigmático sin orígenes a la presencia de un oráculo que posee las claves, y de este a una institución abierta por este último que se nos revela como milagro. En este proceso complejo la culpa se ha expiado, el pecado ha sido sustituido por la dulce gracia de la obediencia a la ley. La transferencia interviene en una situación que reproduce y fabrica de nuevo los poderes magistrales concedidos al excomulgador según las necesidades de un gran proceso.

Aquí un anuncio importante: La lucha no es por el lenguaje, sino por la apropiación del proceso que permite enunciarlo.

Nuestra era de frenesí extático por los doctorados, maestrías, diplomados, en fin todo el negocio sucio de la academia mundial que sobrevive vendiendo la ilusión bastarda de una ciencia acumulativa y reflexiva, coqueteando con la ilusión de crear espíritus amanerados por el método; digo, en ese medio lo que se trata es de profundizar en el papel del sabio, en el juego de la institución para crear la creencia en los súbditos de la ley. Conducir a cada uno a conformarse con la verdad de la apariencia, clasificar el error y arrojar la ley a un nuevo universo armonioso. El sabio habita el lugar místico de la verdad, el sabio contemporáneo cumple la misma función de sellamiento del sistema, de elitización del discurso, con el agravante que hoy, supuestamente se trata de un discurso democrático.

Texto—método—pontífice—verdad—nuevo texto.

El especialista da forma al conflicto de cada uno y le impone esa única forma que permite la ley. Es el cambio del deseo por la regla, de la exculpación del error por el pecado original. La misión quintaesencial del experto es llamar a los fugitivos al círculo donde todo está dicho. Es penetrar en la masa desarmada con la promesa de redención social. El discurso canónico traza un *Yo* absoluto, recopila los sujetos no especificados, intercambiables, indefinidos y los convierte en un “todos son los mismos”, un *Yo* terrible y tranquilizador, la individualidad se dobla al consumo de la ley, la libertad se retiene en la mera obediencia a la ley.

¿En qué consiste la institución jurídica? En la captura regulada del conflicto, en codificar la conducta y exponerla en extensiones binarias cuyo proceso ritual es la única medida de manifestación. El yo adolorido, aturdido está afuera en un lugar sin piso ni dimensiones, colapsado tras su error matemático de no haber entendido la pureza del proceso, único liberador, único redentor... El padre occidental es un padre sádico, la ley es su imagen y semejanza, su ley es nuestro cuerpo suspendido en el pecado, un padre que produce seres en una cadena de producción infinita y los llama “sujetos”. La ciencia del derecho entendida como la ciencia de todos los casos imaginables, una superpolítica freudiana del arte de pastar al ganado humano racional.

5. Las formas jurídicas de la modernidad

La función ideológica del derecho moderno y su posición como megatexto que determina nuestro sentido de realidad política absoluta, puede captarse con mayor nitidez en su estructuración del sujeto de los derechos humanos, veamos.

Partimos de una hipótesis. No hay sujetos sin el reconocimiento del derecho. Ello implica que la pregunta por toda identidad es a la vez la pregunta por el reconocimiento de la diferencia. Como afirmamos, el único índice de reconocimiento en la modernidad es el derecho, el sujeto depende de las categorías jurídicas y de su mecánica de inclusión a una serie de códigos definidos. No hay una ontología del sujeto por fuera de los presupuestos del derecho. En el liberalismo el reconocimiento y la formación de identidades es creación de un vínculo cuya cúspide es el derecho y se extiende a la triada: derechos humanos—sociedad—estado nación:

Como sostiene Slavoj Žižek (2007) el Estado-nación es la historia de la “transustanciación violenta de las comunidades locales y sus tradiciones a la nación moderna como “comunidad imaginada”. La historia de la modernidad esta signada por el concepto de Estado-nación. Si trazamos una línea del tiempo, desde la aparición de la imprenta hasta el *cybersexo*, desde la “invención” de América, pasando por la Guillotina francesa hasta el proyecto Manhattan, el concepto de Estado-nación es el modelo mismo de la política moderna, grandes transformaciones sociales y económicas parecen darse naturalmente bajo su marco, sería ingenuo creer que el concepto solo las resiste y se acomoda a las circunstancias novedosas, sino que mejor, las impulsa y protege, es decir, es el modelo normativo mismo de la modernidad. El Estado nación no es simplemente la fantasía que mantuvo cohesionada la idea de “Europa”, sino su agente imperial primordial. El Estado-nación como monopolio de lo jurídico permitió la represión de modos de vida locales originarios y su reinscripción en la nueva tradición imperial-europea, inventada y abarcativa.⁶⁶ Es la imposición de lo jurídico a partir de cuatro falacias:

66 Slavoj Žižek, *op. cit.*

1. El reconocimiento que el derecho exige a cada individuo, para ser contado como sujeto, proviene precisamente de los rasgos que unen la identidad en el Estado-nación, la biopolítica, el control sobre los cuerpos, está anclado a la imagen perseverante del Estado-nación.
2. La imposición de un modelo universal de cultura que es el europeo-occidental. Lo relevante aquí es que la imposición que es netamente jurídico-normativa imposta de ser una simple extensión de lo cultural que se impone por la fuerza de la racionalidad occidental. La racionalidad permite, con su sanción jurídica, demarcar el adentro y afuera de la verdad política, que obliga a que toda diferencia desaparezca y la humanidad se someta pasivamente a los significados rígidos impuestos desde la colonialidad.
3. Identidad nacional es el fenómeno artificial impuesto por la violencia, basado en la represión de las tradiciones locales previas. Como lo señala Zizek, el paradigma es una lógica de la exclusión como formación, la idea de la nacionalidad en Europa se forma creando una serie de características que son comunes a sus ciudadanos, para luego extender esa línea a la totalidad de la humanidad, la porción que no comparta esos rasgos comunes queda desplazada de toda posibilidad de reconocimiento.
4. El Estado-nación, especialmente a partir del modelo británico de colonización y el francés de dispersión cultural, convierten al mercado en una propiedad étnica y cultural. El pegamento que define la nacionalidad proviene de una reificación del mercado y su conversión a característica de homogeneidad cultural y social. Patriotismo y nacionalismo son extensiones que aglutinan a los sujetos en torno a la defensa de las propiedades económicas que el Estado-nación determina en una estricta escala de valores. El individuo como sujeto está prefigurado como sujeto de derecho si, solo si, sus relaciones sociales están estructuradas en el mercado y por el mercado.

Otro programa ideológico, no menos importante en la agenda del derecho moderno es construir la fantasía de la existencia de una sociedad unificada, sin fisuras, transparente y libre. El derecho liberal pretende desactivar el conflicto y el antagonismo como formación de lo político y lo subordina a un derecho positivo supuestamente racional. Esta neutralización del

conflicto por parte del Estado no conduce a la libertad política, sino a la dominación total de la sociedad civil y así a la eliminación de la política en nombre de la universalidad, la legalidad y la economía.⁶⁷ El Estado se reduce a la tecnología de la administración,⁶⁸ a una sociedad contenida en el proceso jurídico que repele la diferencia y que solo reconoce al ser humano en su función de identidad y paralelismo con el Estado. La pregunta fundamental para el liberalismo es ¿cómo se pueden desarrollar las sociedades a partir de una combinación de capital y tecnología que abarque plenamente la existencia jurídica de los sujetos?⁶⁹

Con la combinación entre Estado-nación y la sociedad como simple reflejo del derecho, el liberalismo pretende demoler cualquier posibilidad de que el individuo otorgue sentido a su vida y extienda un tipo de manifestación comunal por fuera de un presente y una existencia jurídica asignada estrictamente por estos agentes. Así, el derecho moderno busca desaparecer los territorios, la fragmentación, los lazos de colaboración, las obras políticas y artísticas anónimas, las redes sociales y todo intento comunitario que no sea fiel imagen de la homogeneidad fundamental del Estado-nación y la sociedad. Ahora bien, la tercera parte de la triada, en la agencia ideológica del derecho moderno de dar y crear sujetos atados a una identidad específica se completa con la versión peculiar del liberalismo en torno a los derechos humanos.

6. Derechos humanos

La universalidad de las declaraciones de derechos humanos es netamente ideológica y atravesada por la lógica de un modelo prevalente de ser humano que es el occidental y que sirve para desterrar la diferencia e imponer la identidad.

La masiva literatura sobre derechos humanos desvía su atención del papel desplegado por los derechos en la construcción del ser individual y de la identidad humana. La discusión teórica se diluye en aspectos dogmáticos tales como la clasificación de los derechos, sus generaciones y

67 Ibid.

68 Ranciere, Jacques. *Disagreement: Politics And Philosophy*. Duluth, University of Minnesota Press, 1998.

69 Escobar, Arturo. *Territories of difference, Durham and London*. Duke University Press, 2008.

aspectos procedimentales del acceso a los derechos. Estamos dentro de una teoría jurídica de manuales tecnocráticos que sirven solamente para legitimar lo existente. Las características de los derechos humanos preexistentes a los derechos y a las instituciones políticas y jurídicas que los definen, es esta la mitología liberal que empobrece al sujeto y lo reduce a una entidad monológica y transforma al tejido social en una mera superficie de relaciones subjetivas exteriores y basadas meramente en un intercambio de intereses, definidos en su totalidad, claro está por el derecho.

Descartes y Kant imponen un sujeto solitario que se mide al mundo desde un afuera inasequible, ese sujeto se reconoce en una relación pura y armónica con un objeto predeterminado por la razón. Lo que tenemos en la versión moderna del sujeto, es que al final del proceso la única unidad social es la uniformidad del sujeto creada a partir de su alienación con la comunidad. Lo que no capta la versión moderna es que el sujeto siempre es intersubjetivo, problemático, finito, y que las luchas morales, el conflicto social y el antagonismo político son expresiones todas de su búsqueda de reconocimiento que es absolutamente fundamental para la creación del individuo.

La ausencia de reconocimiento o el reconocimiento errado⁷⁰ socava el sentido de identidad al proyectar una imagen incompleta, defectuosa o inferior del ser, profundiza el conflicto y lo saca de cualquier esfera de razonabilidad y predictibilidad.

El punto de partida hegeliano es que el ego como autoconciencia es una criatura del deseo, el deseo y no la razón es lo que revela el vacío e incompletitud del sujeto al momento de abordar los objetos que lo circundan y lo saturan, es el deseo el que permite tanto cobrar distancia y reconocer la diferencia del ser con los objetos, así como el elemento que permite proyectar el ser sobre los otros sujetos, sin el deseo la alteridad sería imposible, solo nos conocemos a nosotros mismos en el otro.⁷¹ A diferencia de la máxima socrática el reconocimiento del ser no es interior, no es “conócete a ti mismo” sino exterior, no hay posibilidad de conocerme a mí mismo sin el otro, en el deseo del otro, en el deseo tortuoso del reconocimiento del otro.

70 Douzinas, Costas. *El fin de los derechos humanos*. Bogotá, Legis, 2008.

71 Slavoj Žižek, *op. cit.* También, Costas Douzinas, *op. cit.*

La modernidad liberal ha sembrado la falsa ilusión de la autoconciencia y la autosuficiencia del sujeto, esta distorsión del ser conlleva automáticamente a la negación del otro o en el mejor de los casos a la exigencia de que el otro sea idéntico a mí para poder ser reconocido. Dicha ilusión elimina las diferencias y petrifica la sociedad al juego macabro de lo dado, de lo siempre presente. Compartir un espacio con el otro es el comienzo del conflicto, si este espacio es vivido a partir de la autosuficiencia y la autoconciencia, ello implica que un modelo particular de sujeto debe imponerse sobre los demás negando la reciprocidad y obligando a la diferencia a adaptarse al modelo, negando todo índice de singularidad. El reconocimiento mutuo a partir de modelos universales como las declaraciones de derechos implica la reducción de la complejidad de los seres a unos códigos semánticos rígidos e inescrutables, en donde si el ser no logra articular la singularidad del conflicto dentro de la racionalidad del código, queda expuesto a la alienación absoluta de su diferencia.⁷² La teoría liberal en su glorificación del modelo individualista niega la dependencia del ser con el mundo, borra artificialmente la alteridad e impone la aberración según la cual el ser es simétrico e idéntico consigo mismo, macabra ilusión que está instalada en nuestra fantasía, según la cual el ser está en pleno control de sí mismo, tiene una claridad superior acerca de sus derechos que le permiten entablar únicamente relaciones instrumentales con otros a partir de la cosificación de los sujetos.

Sin embargo, una mirada más aguda al liberalismo nos devela que es en el derecho en donde se organiza, se cataloga y se define al sujeto, y que el diálogo con el derecho es realmente un monólogo en donde las instituciones jurídicas definen al ser desde un modelo prefabricado de ser humano. El reconocimiento del ser en la modernidad es netamente jurídico, si el ser no logra hablar en las claves del derecho queda desplazado de la realidad y su reconocimiento es negado.

La pregunta fundamental que debemos hacernos es si el reconocimiento jurídico puede proporcionar el pleno reconocimiento de las identidades concretas. Como sostiene Costas Douzinas (2008) el derecho liberal clásico y sus declaraciones crearon un ser humano abstracto en todos sus atributos y por lo tanto personas sin ninguna definición. El ser

72 Costas Douzinas, *op. cit.*

humano de los derechos se nos presenta sin diferenciación ni contradicción, un ser simple y plano, unido con otros en una naturaleza árida y privada de toda característica sustantiva, el ser humano de las declaraciones es una silueta sin fondo ni dimensiones, idéntica a sí misma. Sin embargo, en su sentido práctico más radical las declaraciones universales de derechos limitan el valor de este ser humano al varón propietario, occidental y dentro de estrechas líneas racional, de suerte que los desposeídos, los esclavos, los sujetos neocoloniales y los extranjeros son negados y excluidos.

El problema con la falta de reconocimiento de la identidad a partir del discurso de los derechos humanos de la modernidad yace en cuatro categorías separadas pero interdependientes:

Los derechos humanos son esencialmente estatistas (en el modo específico del Estado-nación), el Estado como monopolio de las definiciones jurídicas implica, entre otras cosas, que los derechos se reduzcan a derechos de ciudadanos nacionales, Hannah Arendt demostró hace más de cincuenta años que este modelo de ser solo puede constituirse en relación con el Estado⁷³ y, por tanto, la identidad se encuentra confinada al reconocimiento estatal a partir del ciudadano nacional, los derechos universales se coinvierten en este giro en derechos locales que uniforman y homologan toda diferencia. Los refugiados, los desplazados cortan el circuito del Estado como inicio y final del horizonte de los derechos y amplían el espectro, sin embargo, un derecho nacional y netamente positivo excluye del lenguaje a aquellos que no articulan el lenguaje nacional-ciudadano. En palabras de Giorgio Agamben, “tan pronto los seres humanos son desposeídos de todo excepto de su humanidad se hace imposible reconocerlos como seres humanos”.⁷⁴

El individualismo y utilitarismo marcado de los derechos olvida que cada ser es un mundo en sí mismo que se construye en común con otros seres. El reproche aquí es que el modelo individual fuerza a que todas las diferencias desaparezcan en pro de un modelo uniforme y detallado, un modelo basado en intereses económicos mutuos y no en la humanidad.

73 Wall, Illan. “Without model or warranty: rethinking constituent power with human rights”. PHD Thesis. Birkbeck College, London, 2009.

74 Agamben, Giorgio. *Homo sacer: sovereign power and bare life*. Stanford University Press, 1998.

Estamos ante la formidable imagen según la cual el modelo ya está completo y que dicho modelo es apolítico en el sentido metafísico en que superó el conflicto y logró uniformarnos a todos bajo la égida de la productividad y el libre mercado.

Siguiendo la terminología psicoanalítica se puede sostener que para efectos de reconocimiento e identidad, el concepto de “humano” de los derechos humanos funciona como un significante flotante o vacío, como signo o significante, como mera palabra, como simple elemento discursivo no está necesariamente atado o vinculado a ningún significado en particular. La palabra “humano” está implícitamente vacía y se puede conectar con un número infinito de significados o conceptos.⁷⁵ La jugarrera liberal de los universales es hacernos creer que la simetría entre significantes y significados políticos es absoluta y singular, es decir que palabras o significantes como democracia, libertad o “humano” tienen un solo significado correspondiente posible pero, sin embargo, la segunda parte del truco es fijar ese significado retrospectivamente. Por ejemplo, no existe un significado único de tiranía, un marco universal necesario que nos permita reconocerla cuando la vemos, excepto cuando Estados Unidos invade a otros países para liberarlos de la tiranía. En el caso de los derechos humanos, el concepto de “humano” no puede ser atribuido a una categoría específica o a una concepción cerrada, hacerlo, así sea en nombre de la igualdad, elimina toda posibilidad de identidad y reconocimiento por fuera de un concepto raquíutico y clausurado. Como lo entiende Ernesto Laclau (2005), la lucha política es precisamente la lucha por apropiarse de ese significante flotante o vacío, el capital simbólico del significante es que en cada lucha por la identidad se ve recubierto por las particularidades de quienes intervienen en la lucha. Ahora bien, si aceptamos que tenemos una sola definición de la palabra humano, la lucha política por la identidad está perdida desde el principio y absorbida como categoría matemática por el derecho, es precisamente la ambigüedad y capacidad retórica de la palabra humano la que permite la formación de la identidad, identidad no como concepto hegemónico, excluyente y discriminatorio, sino como concepto abierto a la construcción del ser en el otro.

75 Costas Douzinas, *op. cit.*

Para tener derechos hay que reclamarlos, los derechos en abstracto son insignificantes. El reclamo o la demanda de los derechos está anudada necesariamente al reconocimiento social, a la protección jurídica y a la apropiación del significante flotante o vacío. Si un derecho es reconocido es porque tuvo éxito a la hora de modular una simetría parcial y temporal entre la demanda y el significante vacío, entre la humanidad particular de la diferencia y la palabra “humano”.⁷⁶ El potencial creativo de la ambigüedad y retórica del lenguaje logra fracturar el concepto rígido de humano y descomponerlo en derechos particulares tales como derechos de género, de desplazados, de marginados. La proliferación de derechos no se puede lograr en el escenario de conceptos necesarios y uniformes, sino en la apertura ideológica de cada lucha particular.

Pues bien, aquí nos estrellamos de frente con la dualidad proporcionada por una contradicción en el corazón mismo del reconocimiento en los derechos. En términos de Douzinas para que una demanda o exigencia de reconocimiento de derechos humanos tenga éxito, debe apropiarse simultáneamente de dos extremos divergentes, el ser o grupo que reclama tiene que demostrar tanto la diferencia como la similitud con otros grupos que ya han ingresado a la comunión de los derechos reconocidos.

Para que la identidad sea reconocida el ser humano o el grupo se ve obligado a demostrar que comparte las características abstractas de la naturaleza humana. Que encaja dentro del significante vacío, es decir que es un grupo merecedor de igualdad en el trato, ello presiona un problema adicional. Tal como el concepto de humano, el concepto de igualdad no es autoevidente ni obvio, sino que es una construcción política que deriva en una denominación jurídica y como tal permanece abierta y ambigua. Ahora bien, apuntar a un sentido abstracto de personalidad jurídica es una maniobra inadecuada e incompleta al momento de hallar la identidad concreta, el hecho de ser reconocido dentro de la abstracción nominativa de “humano” no logra el reconocimiento de la peculiaridad de la identidad, por ello se impone un paso adicional. Para ser reconocido como desplazado, pobre, negro, mujer, lesbiana o transexual, neurótico, es decir, para tener una aproximación a la identidad social y jurídica del ser, el reclamo debe incluir una apelación a la diferencia, a lo capilar, a lo

76 *Ibid.*

que me separa de los demás y demarca mi ser en el mundo como ser completo, sin el reconocimiento de la diferencia la identidad queda mutilada y se proyecta como una imagen vacía confeccionada a la medida de un modelo universal ajeno e insustancial. Obviamente a lo que apunta el liberalismo es a la negación de las identidades a partir de la diferencia y busca desesperadamente la identidad como homología, como unanimismo. Cada vez que un profesor de derecho dice que el derecho civil de obligaciones es el núcleo del derecho y que quien sabe obligaciones es el verdadero abogado, lo que hace, la mayoría de las veces inconscientemente, es prolongar un modelo de “humano” excluyente y cerrado que abomina la diferencia y hace del derecho una lógica cerrada, impecable tal vez, pero falaz, una estructura elitista de poseedores donde el reconocimiento es imposible.

Siguiendo con Douzinas, las demandas por la identidad dentro del discurso de los derechos involucran una dialéctica paradójica entre una exigencia imposible de universalidad e igualdad y una exigencia igualmente improbable del reconocimiento de la diferencia absoluta.

Es claro que el modelo original del varón blanco poseedor no puede subsumir cada rasgo de diferencia humana dentro de sus confines abstractos, por ello cada demanda particular apunta a la redefinición del modelo, a desplazar sus líneas y apropiarse de su contenido. No obstante, como lo señalan autores como Irigaray y Gutmann (en Douzinas, 2008) esa apropiación es siempre frágil y reversible, la lógica inscrita en cada célula del derecho tiende, por inercia, a favorecer lo general sobre lo particular y lo idéntico sobre lo diferente. Una de las funciones de defensa del sistema jurídico consiste precisamente en la forma como el derecho es capaz de asimilar las anomalías y las novedades al traducirlas a símbolos y códigos internos que coopten la diferencia amenazante.

Observemos de cerca la paradoja que se encierra en la demanda de derechos, la búsqueda de los derechos de la mujer debe hacer dos demandas disidentes, de un lado debe argumentar que las mujeres tienen los mismos derechos de los hombres, es decir que no hay nada que legítimamente pueda separarlas del modelo, pero concurrentemente deben alegar que son diametralmente distintas al hombre si quieren lograr realmente el reconocimiento de su ser, de su identidad. La simple extensión de la categoría “humano” a lo femenino termina siendo una absorción de lo

masculino, un borramiento de los rasgos, experiencias y necesidades genuinas y únicas del ser mujer.

Siguiendo a Adam Geary y Costas Douzinas⁷⁷ la cuestión no puede resolverse en el terreno de la analogía o la paridad, es decir no podemos resolver la cuestión simplemente preguntando en qué sentido es la mujer igual al hombre, sino cómo y en relación a cuales atributos se diferencia la mujer del hombre, en qué marco histórico preciso, en que realidad singular es legítimo hacer tal comparación y contraste. La meta es la redefinición permanente y tópica del modelo dominante que ha mantenido invisibles las relaciones de género, de clase y de grupos. La diferencia revierte el modelo hegemónico y sirve de mediador entre la ceguera y unidimensionalidad del universal y la relatividad y composición contextual del particular.

77 Douzinas, Costas y Adam Geary. *Critical jurisprudence, the political philosophy of justice*. Oxford, Hart, 2005.

7. Bibliografía

- Agamben, Giorgio. *Homo sacer: sovereign power and bare life*. Stanford University Press, 1998.
- Deleuze, Gilles y Felix Guattari. *Anti-Oedipus: Capitalism and Schizophrenia*. Minneapolis, University of Minnesota Press, 1983.
- Douzinas, Costas y Adam Geary. *Critical jurisprudence, the political philosophy of justice*. Oxford, Hart, 2005.
- Douzinas, Costas y Ronnie Warrington. *Justice miscarried*. London, Harvester Wheatsheaf, 1994.
- Douzinas, Costas. *El fin de los derechos humanos*. Bogotá, Legis, 2008.
- Escobar, Arturo. *Territories of difference, Durham and London*. Duke University Press, 2008.
- Feyerabend, Paul. *Contra el método*. Madrid, Tecnos, 1992.
- Goodrich, Peter. *Languages of law*. London, Widenfield and Nicholson, 1991.
- Guardiola, Oscar. “Famous last words: constitucionalismo popular y el lugar de la verdad en política y derecho”. *Justicia constitucional: el rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo*. Ed. Ricardo Sanín Restrepo. Bogotá, Legis, 2006.
- Laclau, Ernesto. *La razón populista*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2005.
- Legendre, Pierre. *El amor del censor*. Barcelona, Anagrama, 1979.
- Ranciere, Jacques. *Disagreement: Politics And Philosophy*. Duluth, University of Minnesota Press, 1998.
- Schmitt, Carl. *Political theology*. Cambridge, MIT Press, 1988.
- Wall, Illan. “Without model or warranty: rethinking constituent power with human rights”. PHD Thesis. Birkbeck College, London, 2009.
- Zizek, Slavoj. *El sujeto espinoso*. Buenos Aires, Editorial Paidós, 2007.