

## **El regreso del búmeran. Los préstamos del derecho extranjero; ese debate que invitó, cual morada hospitalaria, a nuestras “otras” preguntas**

Mariela Puga & Máximo Lanusse N.\*

*“No ha ocurrido nunca, aunque quizás no es completamente inconcebible, que alguien se pueda salvar de su canto, pero de su silencio, ciertamente no...”*

*La tradición añade un comentario a la historia. Se dice que Ulises era tan astuto, tan ladino, que incluso los dioses del destino eran incapaces de penetrar en su fuero interno. Por más que esto sea inconcebible para la mente humana, tal vez Ulises supo del silencio de las sirenas y tan sólo representó tamaña farsa para ellas y para los dioses, en cierta manera a modo de escudo.”*

F. Kafka “El silencio de las sirenas”<sup>1</sup>

### **Introducción**

El trabajo que aquí presentamos como único atravesó varias etapas. En la primera nos interesaba explorar y explotar la metáfora del búmeran como representación de la manera en que los juristas usualmente generamos argumentos. Se arroja un búmeran a las lejanías de un mundo teórico y trascendente (mítico o legendario) buscando dotar de legitimidad (última, o a lo sumo *a priori*) a ciertas proposiciones, y éste regresa cargado de una batería proposicional extra, la que asumimos como el costo de una transacción ineludible.<sup>2</sup>

Desde hace demasiado tiempo, este constante lanzamiento hacia el mundo trascendente (que se dice de muchas maneras) parece ser el eje del juego de la argumentación jurídica. Incluso en los comienzos de la modernidad el “cambio” parece haber consistido sólo en reemplazar las denostadas apelaciones a “dios,” “el derecho divino” el “derecho natural”, la “Razón”, el “legislador racional” o “el contrato social” (en definitiva, *el humanismo*, y con ello una imagen del hombre). En las re-construcciones contemporáneas, se apela a entidades que

---

\* Un especial agradecimiento a quienes con gran generosidad discutieron con nosotros las ideas de éste artículo, y cuya lectura paciente y a veces radicalmente crítica permitió mejorarlo, abrir discusiones, caminos para transitar. Entre ellos Martín Böhmer, Roberto Gargarella, Jimena Saenz, Agustina Ramón Michel, Joaquín Millón, Guillermo Moro, Pablo Cañete, Federico Delgado, Laura Roteta, Virginia Defilippi, Andrés Rosseti y en particular a la gente que participa en el blog Seminario de Teoría Constitucional y Filosofía Política que tan amablemente comentó el trabajo desde el 11/03/08.

1. Ver apéndice al final.

2. Stanley Fish ha encarado el problema de los costos no asumidos de los principios (asunto relativo al de éste trabajo). Lo ha hecho en varios de sus escritos, pero en particular en el libro “The Problem with principle”, Harvard University Press, Londres, 1999, y en su afamado artículo “There is not such thing as free speech and it is a good thing too”. Boston Review, February 1992.p.3

también connotan algún más allá. Así, el “Ulises” de los teóricos del derecho constitucional (*la racionalidad*), los principios del derecho internacional (que aparece como el último recurso del formalismo kelseniano para sortear místicamente los límites del lenguaje normativo), o ya con la mediación de la filosofía analítica, el recurso a la teoría de las razones, que en clave de teoría constitucional se manifiesta en artilugios socio-morales como el de la “razón pública categórica.” Es que mal que le pese a la mirada analítica (formalista)<sup>3</sup> que se auto proclama post metafísica, el jurista siempre se ancla en presupuestos metafísicos, específicamente en la llamada “metafísica de la subjetividad”<sup>4</sup> que subyace a toda la modernidad, y cuya explicitación nace con el *cógito cartesiano* y culmina con la ética kantiana, y sus expresiones contemporáneas, aún en sus versiones más sofisticadas.

Pero además, la particular lúdica argumental del jurista es por lo general arquitectónica,<sup>5</sup> se empeña en construir catedrales, pirámides, embudos o telarañas concéntricas que tienden a resolver lo inmediato, el conflicto, pero apelando a mandos mediatos, los que siempre están *localizados* a distancia considerable del conflicto, aunque *situados*. Y es siempre así. A pesar de los ideales liberales de universalidad, imparcialidad y neutralidad, la denuncia es que los mandos del más allá no dejan de estar situados en alguna matriz de creación histórica y contextual.

---

3. Distinguimos la filosofía analítica del *formalismo y del positivismo lógico*, pero teniendo en cuenta que la primera puede fácilmente convertirse en alguno de los dos segundos cuando se ata a la ilusión del control absoluto de los argumentos, las categorías y la transparencia del lenguaje.

4. Friedrich Nietzsche, Walter Benjamin, Martin Heidegger, y los llamados pensadores pos-nietzscheanos (Jacques Derrida, Michel Foucault, Gilles Deleuze, Maurice Blanchot, Emmanuel Levinas, etc.) constituyen algunos de los máximos referentes de la crítica a la llamada “metafísica de la subjetividad” (la terminología es de Heidegger), que piensa al hombre como sujeto cerrado en sí mismo frente a un mundo considerado como objeto. En la modernidad, el fundamento (o *arkhé*) se ubica en el *subjectum*, en el (cógito) ego que, en la medida en que conoce la realidad, la domina y la convierte en disponible para sí. La crítica se dirige, entre otras cosas, contra esa búsqueda de invariantes del lado del sujeto como si los hábitos intelectuales fueran inmunes al lenguaje y al contexto, a las fuerzas que nos atraviesan y constituyen. Ese sujeto capaz de perfecta auto reflexión y deliberación, que se re-presenta a sí mismo como totalidad o mismidad (el *cógito ergo sum* cartesiano o el sujeto trascendental kantiano). Además de las obras originales de los autores pueden encontrarse aproximaciones más accesibles a estos temas en: Mónica B. Gragnolini (compiladora), *Modos de lo extraño*. Alteridad y subjetividad en el pensamiento posnietzscheano. Ed. Santiago Arcaos Instrumentos, 2005 (todos los artículos); Mónica B. Gragnolini. Derrida, un Pensador del resto. Ed. La cabra, 2007; Giorgio Agamben, *La potencia del Pensamiento*. Ed. AH; Gianni Vattimo, *Introducción a Nietzsche*. Trad. De Jorge Binaghi. Ed. Península; Gianni Vattimo, *Introducción a Heidegger*, Ed. Gedisa; Gianni Vattimo. *Más allá del sujeto*. Nietzsche, Heidegger y la hermenéutica. Trad. Juan Carlos Gentile Vitale. Ed. Paidós. La filosofía o el espejo de la naturaleza. Richard Rorty, Ed. Madrid, Catedra.; entre muchos otros.

Por otra parte, Jorge Luis Borges también en sus juegos literarios arremetió contra la –naturalizada– primacía del sustantivo que subyace a toda la metafísica occidental, en el cuento Tlon Uqbar, *Orbis Tertius* por ejemplo. Finalmente, no se puede dejar de mencionar a Wittgenstein, que llega a afirmar que es por la exclusión de un cierto número de preguntas como se forma lo que se llama racionalidad en un momento dado de la historia. El juego lingüístico es impredecible, no tiene fundamentos en qué basarse, no es razonable, está ahí como nuestra vida, es nuestra actuación la que se encuentra en la base (Para un pedagógico viaje a través del pensamiento de Wittgenstein se puede consultar: *Positivismo, hermenéutica y teoría de los sistemas de Claudio Eduardo Martiniuk* Ed. Biblos, 1994).

5. Julian Serna Arango en su obra: *La filosofía Nace dos veces* (Ed. Anthropos, Colección huellas, 2005), realiza una extraordinaria labor de síntesis de la génesis del pensamiento binario del que se compone el pensar arquitectónico, es decir aquel estructurado en cimientos trascendentales cuyos materiales cristalizados están constituidos por series binarias y jerarquizadas del tipo Alma-cuerpo, Ser-devenir, Universal-particular, Lógica-lenguaje, etc. Tal hábito del pensamiento puede ser examinado en Frances Olsen, “El sexo del derecho” en *Desde otra mirada, textos de Teoría crítica del derecho*, Christian Courtis (comp), Ed Eudeba.

Desde nuestra perspectiva, esta forma de construcción no es inocua, en tanto los búmeran regresan colmados de significaciones histórico-políticas extras, las que al entrar en nuestra atmósfera jurídica, interfieren fuertemente en los esquemas de percepción, de apreciación y de acción, y tienen connotaciones prácticas paradójicas, o al menos azarosas, que siempre desdeñan las razones locales del conflicto.

Estábamos entretenidos en esta cruzada meta-jurídica que tal vez nadie leería, cuando se nos apareció en el camino el debate que tuvieron Leonardo Filippini y Carlos Rosenkrantz en la Revista Jurídica de la Universidad de Palermo acerca de los préstamos y usos autoritativos del derecho extranjero.<sup>6</sup> Una segunda etapa de nuestra conversación se inició entonces. Fue ineludible la tentación de incluirnos en éste espectacular esgrima argumental con la metáfora de-constructiva del búmeran, buscando robar alguna audiencia cautiva...usted tal vez.

No tardamos en advertir que la pregunta implícita en las diferentes respuestas de ambos juristas era la pregunta sobre la autoridad legitimante del derecho (a modo de “carta de triunfo metafísica”), es decir, en torno al horizonte al que preferían lanzar el búmeran. Ambos expertos tienden, en cierto punto, a reconocer que las lógicas de validación interna de las normas jurídicas, aunque sean una condición necesaria, no son suficientes para validar su autoridad oficial. De hecho parece ser la “falta de voluntad política” para cumplir o hacer cumplir el derecho la que les reclama que lancen el búmeran. Y Filippini lo lanza hacia la comunidad internacional, mientras Rosenkrantz lo hace hacia Yale.

La pregunta implícita en las respuestas de estos juristas no es tampoco antojadiza. Ambos son abogados de acción y juristas con un significativo capital simbólico, dos jugadores claves en la construcción del “campo jurídico argentino.”<sup>7</sup> En ocasión de

---

6. Carlos F. Rosenkrantz, “En contra de los “Préstamos” y otros usos “no autoritativos” del derecho extranjero”. en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*. Octubre, 2005. Año 6, Número 1 p. 71-95; Leonardo G. Filippini, “El Derecho Internacional de los derechos humanos no es un préstamo. Reflexiones sobre la crítica a los préstamos de Carlos F. Rosenkrantz” y; Carlos F. Rosenkrantz “Advertencias a un internacionalista (o los problemas de Simón y Mazzeo)”, ambos en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*. Septiembre, 2007. Año 8, Número 1. p.191-213. Sobre el particular, no nos detendremos en disquisiciones analíticas alrededor de las distinciones conceptuales entre préstamos, trasplantes e injertos pues lo que nos interesa es la lógica subyacente a la cuestión de la relación del derecho local con el extranjero y/o internacional y la racionalidad del derecho.

7. Utilizamos a la noción de campo de Pierre Bourdieu. “En común con Philip Abrams, Michael Mann y Charles Tilly, Bourdieu hace estallar la vacua noción de ‘sociedad’ y la reemplaza con las de campo y espacio social. Para él, una sociedad diferenciada no es una totalidad sin fisuras integrada por funciones sistémicas, una cultura común, conflictos que la surcan o una autoridad que la abarca, sino un conjunto de esferas relativamente autónomas de “juego” que no pueden sumergirse bajo una lógica societaria general...cada campo prescribe sus valores particulares y posee sus propios principios reguladores. Estos principios delimitan un espacio socialmente estructurado en el que los agentes luchan, según la posición que ocupan en ese espacio, ya sea para cambiar o preservar sus fronteras y sus formas.” Pierre Bourdieu y Loic Wacquant, *Una Invitación a la sociología reflexiva*, Siglo veintiuno editores (pag. 44). *Pensar en términos de campo es pensar en términos de relaciones*, (de conflicto y competencias) y tales relaciones hacen a la economía de las prácticas, afirma Bourdieu. Ahora bien la realidad social es a la vez, y fundamentalmente, un conjunto de relaciones de sentido, que constituyen la dimensión simbólica del orden social (y que constituye lo que él denomina violencia simbólica, cuya especificidad es que actúa con la complicidad de las personas sobre las que es ejercida) que hace a la reproducción del orden. En esa línea “...lo específico del campo jurídico –su interés– reside precisamente en esa ilusión de neutralidad, de universalidad, de autonomía, de desinterés incluso (bajo el ropaje del ‘interés general’ o la justicia), que configura sus discursos, suerte de ‘cinismo oficial’ que subyace a toda la lógica de la objetivación en que consisten las prácticas codificadoras, esto es, la actividad de dar forma: poner formas y poner en formas. (Andrés García Inda, Poder, derecho y Clases Sociales, “Introducción: la razón del derecho: entre *habitus* y campo”)

académicos, son excepcionalmente concientes de las formas que determinan esta construcción. Ambos reconocen el mismo paradigma de un juego en el que la meta es ganar “voluntad” política a favor de las reglas que definan el juego de la manera en que cada uno pretende jugarlo (la puja por *decir el derecho*). Pero también saben que el carácter jurídico vinculante de las normas “prestadas” es sólo un mojón en este juego, es decir, ambos jugadores entienden que necesitan de algo más que el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional para fundar la autoridad de un derecho que discipline la “voluntad política.” Por esta razón lanzan el búmeran hacia Ginebra, Costa Rica, o hacia Yale y nos traen las bases de las proposiciones de la “legitimidad esencial” del derecho internacional de los derechos humanos, y el de las razones públicas categóricas que propone Owen Fiss, con los que pretenden ganar voluntad política (incluso enfrentando y denunciando a la voluntad política en ejercicio, o a su *constituency*<sup>8</sup> desobediente). Descartes, Kant y/o Bentham son sólo otras lejanías de la estirpe.

### **Una disputa que no es sólo acerca de préstamos**

Las religiones insisten en que Dios es la respuesta, pero para entender esa respuesta, como para entender el debate entre Filippini y Rosenkrantz, es crucial entender cuál es la pregunta. Quitemos a Dios (*porque ha muerto*) y pongamos al derecho internacional de los DDHH de un lado y a la razón pública categórica de la comunidad democrática del otro. Ambas son ahora el *arkhé*, el origen, el principio o fundamento último que cierra la gran pregunta ético-política sobre la autoridad del derecho.

Rosenkrantz pone a Filippini en la posición de un creyente irreflexivo: un “internacionalista” que cree que el derecho internacional, en función de su contenido, es derecho de mejor calibre que el derecho nacional. Filippini, por cierto, colabora con esta imputación al rescatar de Alberdi la inclinación argentina a atarse a tratados internacionales como forma de “frenos y contrapesos que podrían...limitar efectivamente a las agencias estatales.” Más aún, cita a Alberdi justo en la parte en que éste incita: “[f]irmad tratados con el extranjero...esos tratados serán la más bella parte de la Constitución; la parte exterior, que es llave del progreso de estos países, llamados a recibir su acrecentamiento de fuera...No temáis encadenaros al orden y a la cultura.”<sup>9</sup>

---

8. El término, en tanto uso impersonal de su raíz, lo utilizaremos como si refiriera al *representado* por mera invocación de quien se llama a sí mismo *representante*. En el caso de Rosenkrantz, dicha función la cumplen abstracciones del tipo comunidad democrática o razón pública. El significado literal de la palabra remite a un cuerpo cohesionado de personas, pero lo cierto es que es sólo una palabra y como tal, en clave hermenéutica, una representación abstracta (sin concretización) propia de la dimensión fantasmagórica del simulacro, que asume un objeto representado inexistente.

9. Filippini, Leonardo G. “El derecho internacional de los Derechos Humanos no es un préstamo” en Revista Jurídica de la Universidad de Palermo. Ob.cit. p. 197.

Lo paradójico de la lectura que Filippini hace de la opinión de Alberdi, reeditándola en los términos de la teoría de división de poderes (cuando habla de frenos y contrapesos), es que uno de los gestores de tal teoría, el mismo Montesquieu (1689-1755), era del tipo de lo que hoy un internacionalista como Filippini llamaría un relativista cultural. En *El espíritu de las leyes*, donde desarrolla las ideas de Locke sobre la división de poderes, Montesquieu insta a tomar en consideración el contexto histórico, geográfico y cultural, lo que el barón llama “el espíritu de una Nación”, y establece que en lo que concierne a muchos temas, hay que

Ahora bien, resulta sugestivo preguntarnos cual es el núcleo (no explícito) de las preocupaciones de Filippini, el que lo lleva a la instancia del remedio, a buscar la llave del progreso en los tratados.<sup>10</sup> Formulada esa pregunta, resulta claro que Filippini se enmarca en una visión monolítica del estado como enemigo. Cree que hay que encorsetar a la autoridad pública oficial argentina con las buenas razones de la cresta del progreso: somos humanos, libres, iguales y dignos y eso está por encima de cualquier poder estatal. No por ello se desprende del argumento procesualista acerca de que existió suficiente deliberación democrática nacional para decidir incorporar los tratados de DDHH al la Constitución. Es sólo que ahora queda sentado que no hay sólo un “Estado Malo” (al que encorsetar), sino también un “Estado bueno”, aquel con la voluntad política para aceptar la autoridad de la lejana comunidad internacional. Y Filippini ofrece en ese nombrar los “principios internacionales de los derechos humanos,” un certificado de legitimación estatal único, uno que autentifica la calidad del Estado y su derecho, *las reglas ISO de la comunidad internacional de los DDHH*.

Dos debilidades de esta posición discursiva nos interesa marcar aquí. La primera, como alcanza a notar Rosenkrantz, es lo que podemos llamar la “ingenuidad del consumidor,” la de aquel que cree que el supermercado no restringe sus opciones (o que sólo restringe las malas), y con ello subestima, además, todo lo que se cuele en su hogar. Cree que comprando un televisor su vida y la de su familia no sufrirían ninguna modificación en tanto tenga el control remoto para el encendido y para elegir canales.<sup>11</sup> La otra debilidad, es la de no contabilizar los costos de certificar de esta forma a los Estados. Enfrascados en que el problema es el Estado malo, conferimos a administraciones “simuladoras” un recurso fácil (simbólico) para mostrarse como las buenas amigas con voluntad política, y certificarse así, al menos, por el período de una administración.<sup>12</sup>

---

suspender el juicio hasta saber más de ellos. El cree que el ideal de la madurez de una civilización es juzgar a otras culturas y dejarlas tranquilas. Ello, sin desconocer la aporía (ver en particular su obra *Cartas Persas*) de que las naciones que no compartan ese ideal podrán aprovecharse de tal actitud pasiva. Pero deja la aporía sin resolver. Ver Todorov, Tzvetan “El cruce de las culturas” en *Criterios*, La Habana, n° 25-28, enero-diciembre 1990, pp. 3-19.

10. Derrida advierte que en griego la noción de *pharmakon* tenía el significado ambivalente de remedio y veneno. La cuestión, diría algún racionalista de nuestra academia, está en el diagnóstico y en la dosis...Ver al respecto: La farmacia de Platón de J. Derrida; y La certeza y la esperanza, un ensayo sobre el derecho y la violencia de Eligio Resta.

11. No pueden ignorarse sobre el punto las monumentales críticas a la *racionalidad instrumental* de parte de la celebre Escuela de Frankfurt. En particular puede consultarse: Max Horkheimer, *Crítica de la racionalidad instrumental*, de Ed. Caronte.

12. Varios autores latinoamericanos vienen comentando esta actitud típica de las autoridades latinoamericanas que buscan legitimarse. Mauricio García Villegas lo llama “uso simbólico del derecho” (Ver. García Villegas, Mauricio en el 2005, “Notas preliminares para la caracterización del Derecho en América Latina” en *Departamento de Asuntos Jurídicos Internacionales. Oficina de Cooperación Jurídica O.E.A.* URL: [http://www.oas.org/Juridico/spanish/mauricio\\_garc%C3%ADa\\_villegas.htm](http://www.oas.org/Juridico/spanish/mauricio_garc%C3%ADa_villegas.htm), y en su artículo de 1991 “El Derecho como instrumento de articulación social” en *El Otro Derecho* (Bogotá, ILSA). Por su parte, Botero Bernal lo denuncia como “Síndrome Normativo.” (Ver Botero Bernal, Andrés -2003- *Diagnóstico de la Eficacia del Derecho en Colombia y otros Ensayos*, Medellín: Señal Editora/Fondo Editorial Biogénesis). Poco detallan, sin embargo, de cómo ello sucede a instancia de marcos republicanos de periodicidad de mandatos, que incentivan y facilitan el éxito calculado de ésta operación, casi sin costos para el operador.

Pero Rosenkrantz no se mete en demasía en esos asuntos prácticos, porque sus argumentos sufren similares debilidades. Le advierte, sin embargo, que al introducir el derecho internacional introducimos contingencias (en el razonamiento jurídico local para resolver problemas locales), “en un lugar donde no debería haberlas” [sic]. Estas contingencias son la multiplicidad de fuentes de derecho internacional, la necesidad de información que muchos de nosotros (abogados locales) no tenemos para interpretar y aplicar, cierta imprecisión y complejidad que impide hablar de una “razón pública categórica,” y que en la práctica dificulta que “compartamos y endosemos” la sentencia de nuestro tribunal (vgr. en el caso Simón de la CSN).

Si algún contra-argumento podría derivarse de la posición de Filippini sería parcial, aunque sintomático de su enfoque como lanzador del búmeran. El diría que no obstante, hay abogados argentinos e “intelectuales latinoamericanos que han sido líderes en la promoción del derecho internacional de los derechos humanos”, es decir que participaron de la creación de esas reglas.<sup>13</sup> Incorporando así como inocuas las ventajas que resultan para ellos, y para sus seguidores, del regreso del búmeran como propuesta de certificación “ISO”.

Para demarcar lo que nos interesa aquí, es preciso distinguir dos de los argumentos de Rosenkrantz que él pretende mostrar como si fuera uno. Por un lado, el rechazo a la contingencia, es decir, a la falta de previsibilidad y certeza del derecho, en tanto inhabilita la operación favorita de la modernidad: *el cálculo*. Por otro, el requerimiento de que el derecho tenga la capacidad de ser endosable, es decir, de funcionar como “razones internas” para actuar, o para justificar la obediencia o subordinación a reglas (y estas “o” son complicadas porque la sintaxis no puede ignorar el salto de las razones “internas” a las “externas”).<sup>14</sup>

Esta combinación funde necesidades de conocimiento e inteligibilidad de las reglas (certeza), con la voluntad de acatamiento para su reconocimiento u obediencia.<sup>15</sup> Es decir, valora al derecho como un marco de reglas claras para todos, que se obedece o que es obedecible por razones que “internamente” podemos justificar (he aquí la ficción de *constituency* referida en

---

13. Filippini, L. Ob. Cit. p. 195, donde Filippini cita sobre esto a Kathryn Sikkink, para argumentar que los DDHH no son un mero producto de exportación. Otra obra informativa respecto a los intelectuales, y en particular los activistas a quienes se refiere Sikkink, es la que escribe junto a Margaret Keck: *Activists Beyond Borders*, Cornell University Press, Londres 1998. Ver nombre, instituciones e historias detalladas en el capítulo 3.

14. Ver el artículo de Jaime Malamud Goti en el que se pregunta si “¿Pueden las razones razonablemente justificar lo que hacemos?” Malamud Goti realiza un incitante esfuerzo por mostrar a las razones como una suerte de forma de hacer inteligibles nuestras acciones de un modo en el que, como nos vemos a nosotros mismos, “resultamos ser” sensibles ellas, es decir que sirvan para explicar nuestro actuar. Y con ello intenta sortear en parte el viejo problema de la posibilidad de un vínculo subjetivo (el problema de la motivación) entre las normas y nuestras acciones, o mejor el hiato entre el hecho de la ley y el hecho de nuestra conducta, de manera que aquel hecho actúe o sea leído como una razón protegida para obrar de determinado modo. Estirando la tesis en clave de la hermenéutica, la interpretación como un acto de apropiación y proyección de sentido habilita que se conserve la faceta externa de las razones en tanto pasible de entendimiento inter-subjetivo, e interna en cuanto ingresa en el universo de sentido del aparato motivacional personal. “Esto se debe a que la ley, por sí sola, no aporta la sustancia para motivarnos. Obedecemos las leyes porque creemos que hacerlo es nuestro deber moral, o porque nos resulta útil, conveniente o más cómodo seguir sus dictados. La ley es, como sabemos, un hecho. También sabemos que, en principio, un intento de extraer deberes de ella, como hecho que es, tiende a caer en la falacia naturalista: en confundir es con *debe*. Las razones suplen este déficit.” (Homenaje a Julio Maier. Ed. El Puerto, año 2005, p. 201)

15. Una suerte de creencia que podríamos denominar de aquí en más, “falacia intelectualista,” consistente en derivar de la inteligibilidad voluntad de acatamiento, de manera de afirmar con Sócrates que sólo se obra mal por ignorancia.

la nota 8). En otros términos, parece tratarse de un ambivalente Kantismo, un aparente rechazo de la *validez a priori*, por cuanto sostiene la necesidad de validación desde el que percibe y acepta o rechaza la autoridad del derecho, pero con una recurrencia que no es (lamentablemente) una recurrencia al conflicto, sino a una razón pública que funciona como imperativo incondicional, que da las certezas sin excepciones ni contingencias, y como tal “externa”, disponible sin matices, ¿una suerte de *imperativo categórico a posteriori*?

Una posible salida a esta paradoja es interpretar que a Rosenkrantz le preocupa la autoridad del derecho en abstracto. Entonces acude a modelos justificatorios del tipo del autogobierno o de la autonomía democrática, contrastables *a posteriori* según el buen funcionamiento democrático del “Estado Constitucional” (otra de las grandes ficciones modernas), que debiera excluir los préstamos en tanto heterónomos y que como tales llevan a fallos de difícil endoso con consecuencias perniciosas respecto a la autoridad del derecho. Tales modelos justificatorios, excluyen en última instancia, y ahora sí *a priori*, las posibilidades de la desobediencia, o la justificación de todo conflicto local y particular con la legalidad, la que goza de ese modo de la famosa *presunción de validez*. Si el ordenamiento en general está justificado, la no motivación de obediencia en el caso individual, carece de justificación y asidero. Es decir, en abstracto, la autoridad del derecho es más un presunción *iure et de iure* de la invalidez de la desobediencia, que una razón última para obedecer.

Pero volvamos a los préstamos. Rosenkrantz termina afirmando que “el autogobierno colectivo requiere que miremos mucho más adentro para llegar a soluciones que puedan ser vistas como la construcción de los principios que nos constituye como la comunidad política que somos.”<sup>16</sup> El énfasis que él pone en la comunidad, su identidad, y sus principios, es un claro énfasis autoritativo antes que local. Su punto no está en relocalizar la norma en las razones internas de los involucrados en el conflicto, sino seguir lanzando el búmeran, pero esta vez hacia una hipótesis operacional ciertamente vaga y vacía: la razón pública (aunque con efectos performativos en el nivel de la justificación mas general y abstracto, cuya fuerza, clausura la posibilidad de interpelar la monopolización simbólica de *lo público*)...

Como no existe tal cosa como la *identidad* comunitaria (homogénea) de esa “comunidad política que somos”, a la que apela Rosenkrantz, aparece *el simulacro* (no reconocido o explicitado) de la hipótesis operativa/regulativa. Y es crucial notar aquí que la innegable heterogeneidad<sup>17</sup> de cualquier comunidad puede ser vista como un mero dato a reconocer

---

16. Rosenkrantz, Carlos F. “Advertencias a un internacionalista...” en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*. Op. Cit. p.213.

17. Rosenkrantz lo admite ampliamente como lo veremos en la cita a continuación y en consecuencia queda -a nuestro entender- severamente comprometido: “Como ha señalado Michael Rosenfeld ‘el constitucionalismo implica una compleja interrelación entre identidad y diversidad en tantos niveles diferentes que parece completamente inútil buscar cualquier semejanza o diferencia que fuera indispensable para una organización constitucional legítima’ ¿Por qué el derecho constitucional es tan heterogéneo? Desde mi punto de vista, la combinación de la multiplicidad de nuestras relaciones como ciudadanos y nuestra continua facultad de redefinirlas, reformarlas y amoldarlas, es lo que hace al derecho constitucional heterogéneo. Esta combinación –que admite muchas formas diferentes – hace posible la aparición de varias formas diferentes de tratar los problemas a los que el derecho constitucional se enfrenta. Siempre habrá innovación y creación en el derecho constitucional, porque siempre habrá diferentes formas de intentar solucionar problemas constitucionales.” (pág. 83 y 84 En contra de los prestamos...op. Cit.) Asimismo realiza esta otra afirmación: “La multiplicidad y divergencia no son necesariamente un mal cuando ocurren en jurisdicciones diferentes” (p. 80, op. Cit.) Entonces, ¿Por qué detenerse en el Estado-Nación?

y saldarse con una razón pública categórica, o con los principios del derecho internacional de los derechos humanos, o puede ser tomada en serio a la hora de encarar el conflicto social, como proponemos nosotros hacia el final de éste trabajo. Los autores que comentamos aquí prefieren, sin embargo, saldarse la heterogeneidad como un dato irrelevante.

El simulacro de la razón pública categórica niega el conflicto local de la misma manera que la búsqueda de un derecho internacional de mejor calibre, de legitimidad reforzada por sustentarse en la *humanidad*, niega la carga contextual (y esencialmente simplificadora/excluyente) de su propio contenido, así como la complejidad de los problemas locales (en demasiadas ocasiones no solucionables con la reproducción de las preguntas y respuestas foráneas, como cajas cerradas). Los actores sociales no tienen incidencia en ninguna de sus respuestas, ambas se encierran en las subjetividades producidas por el juego categorial del derecho, entidades abstractas fuera del tiempo y del espacio, fuera del aquí y el ahora.

En definitiva, en ambas versiones el Estado aparece como monolítico.<sup>18</sup> La abstracción del concepto niega el entramado de prácticas que lo objetivan como *praxis* que excede el mundo eidético (aunque se lo disfrace como meramente regulativo). Una de estas versiones, la de Rosenkrantz, podríamos llamarla *visión optimista*. Esta cree que hay que fortalecer la imagen homogénea del estado. La otra, también monolítica, sería la *versión pesimista*,<sup>19</sup> que cree que hay que subordinarlo al derecho de más jerarquía y calidad (comprar en el supermercado).

Al debate se sumaron recientemente Roberto Gargarella y Martín Böhmer.<sup>20</sup> Éste último, más cultor de Alberdi que el mismo Filippini, pretende lanzar el búmeran directo a la generación del 37 (ahora, nuestros “padres fundadores”), asumiendo similares costos de transacción: un búmeran que regresa cargado de *despotismo ilustrado*<sup>21</sup> (pero en su versión

---

18. Estamos en deuda con Agustina Ramón Michel por hacernos ver la economía del concepto “Estado Monolítico”, como expresión de los vicios de perspectiva que en general nos interesa remarcar aquí. Referimos a sus expresiones en la Segunda Reunión de Clínicas Argentinas, Córdoba, Mayo del 2008.

19. Tales visiones pueden ser asociadas a la preocupación de, por un lado, los satisfechos, consistente en lograr constituciones protectoras de lo que ya se tienen (Conf. al contractualismo de John Locke), y por otro, la de los insatisfechos, en conseguir un mejor estado de cosas a través de constituciones aspiracionales, sin perjuicio que se embarcan en la línea del *progreso*. La conceptualización de constituciones protectoras y aspiracionales es propuesta por Mauricio García Villegas y María Paula Saffón en “Is there hope in Judicial Activism on Social Rights? Assessing the dimension of Judicial Activism on social rights in Colombia” texto *on line* en [http://dejusticia.org/admin/file.php?table=documentos\\_publicacion&field=archivo&id=65](http://dejusticia.org/admin/file.php?table=documentos_publicacion&field=archivo&id=65).

20. Ver Gargarella, Roberto “Injertos y Rechazos: Radicalismo Político y Transplantes Constitucionales en América” [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/RobertoGargarella\\_\\_Spanish\\_.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/RobertoGargarella__Spanish_.pdf) y Böhmer, Martín “Prestamos y Adquisiciones. La utilización del derecho extranjero como una estrategia de creación de autoridad democrática y constitucional” [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/MartinBohmer\\_\\_Spanish\\_.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/MartinBohmer__Spanish_.pdf)

21. El despotismo ilustrado fue la denominación que recibió la actitud política de aquella parte de la clase señorial que veía que la antigua estructura de poder estaba quebrada y únicamente pretendía salvar lo salvable, adelantándose a lo que de otra manera sería la crisis total de esa estructura. De allí que propugnara como lema: “Todo por el pueblo, todo para el pueblo, pero sin el pueblo”, pues “ellos”, los “iluminados por la razón”, eran los que sabían lo que le convenía al pueblo, en tanto el pueblo era ignorante. Tal rótulo fue endilgado a Kant a raíz de que relativizó su contractualismo negando el derecho a la resistencia a la opresión, y el derecho a la revolución, porque esto destruiría al estado y con él aniquilaría toda garantía (externa) del imperativo categórico (autonomía personal). Ver: Criminología, aproximación desde un margen, Zaffaroni Raúl E., Ed. Temis.

local, más precisamente: caudillismo ilustrado). Es oportuno tomarse un momento para preguntarnos ¿Quién lanza el búmeran?... Una respuesta con implicancias tan relevantes como obvias sería, tal vez, la elite de la época. Es importante no olvidar que la primera edición del “Facundo” de Sarmiento fue escrita en francés, sin pretender quitarle con ello el extraordinario valor literario y político a la obra.

La estrategia de Böhmer, por lo demás, es ingeniosa y atractiva, pero se queda a mitad de camino. Ella consiste en la *re-escritura*. Así como Borges responde al dilema sobre la posibilidad de una literatura propia de nuestro margen local y contingente frente a la literatura universal, borroneando la línea divisoria entre el acto de leer y de escribir, tachando a ambos de idéntico matiz creativo, la generación intelectual del '37 hizo lo propio con los proyectos modernizadores producto de las revoluciones modernas, los reescribió adaptándolos al desierto sudamericano.

Resumamos. Rosenkrantz limita su ecuación de la autonomía de la comunidad política (la validación democrática del derecho) a la cuestión del origen democrático de la propia comunidad jurídico política. Böhmer replica que si bien comparte la necesidad de la validación democrática para que el derecho goce de autoridad, critica la restricción al mero texto legal como producto acabado y unívoco entendiendo que la vida del mismo está en sus lecturas cual re-escritura dinámica. Dicho de otra manera, impugna como excesivamente formalista la estrategia de validación de Rosenkrantz.

Ahora bien, el sustento literario de esta última tesis es para nosotros altamente compartible, hasta que Böhmer decide extenderlo al trasplante originario de nuestras instituciones. Si bien la generación intelectual del 37 ya se había hecho cargo de re-escribir y readaptar los textos foráneos productos de las revoluciones modernas a la realidad local, y sin discutir que Sarmiento y Alberdi realizaron un diagnóstico de nuestro desierto y soledad latinoamericana, lo cierto es que lo hicieron centralizadamente, y con vistas a un modelo modernizador. Dejaron de lado cualquier consideración hacia los actores sociales locales de entonces, que no eran tales, pues no estaban movilizados sino simplemente objetivados como sujetos adjudicatarios de las categorías nocivas para el capitalismo y la modernización pretendida.<sup>22</sup>

---

22. Resulta de gran interés, en el sentido indicado, el trabajo “La República vacía” de Jorge A. Mayer y Alejandra Gaete. “¿Qué cualidad hace que designemos a un régimen como instaurado? Desde el punto de vista fáctico toda forma de institucionalidad supone en sus inicios algún elemento artificioso. Engendradas, en cuanto a su diseño, por pequeñas elites intelectuales y políticas, las instituciones nacieron de elucubraciones que suponían la interpretación de una situación sociopolítica original y la consecuente invención de una solución. En tanto materia de debate público, estaban efectivamente informados e involucrados en el proceso de toma de decisiones, grupos de personas sumamente pequeños en relación a aquellos a los que incumbían las medidas. Estas soluciones, en tanto diseños constitucionales, distaban de conjugar una novedosa institucionalidad con praxis concretas y generalizadas (...) todas suponían formas de legitimidad cuya validez fáctica era inconstruible. Instituían autoridades, garantizaban derechos y formas de dirimir conflictos cuyas consecuencias eran imposibles de verificar hasta varias décadas pasada su sanción formal.(...) El mayor o menor grado de instauración está definido por el tipo de actores que concurren en el proceso histórico de su elaboración y formulación. (...) La ausencia de un proceso revolucionario inhibe la posibilidad de emergencia de un movimiento social que pugne por la conformación de la legalidad como reaseguro de sus propios derechos y de su propia subsistencia. Cabe entonces destacar la capacidad de las sociedades revolucionarias para crear actores sociopolíticos efectivos, a diferencia de aquellas que carecen de ese factor dinamizador del sistema político. (...) Así, la legitimidad se sustancia y se recrea ajustando, a través de lo institucional, una constelación de intereses que no es ajena a los actores concretos y que se erige como escenario eficaz de expresión y resolución de conflictos sociales”

Frente a esto, si bien nuestra crítica coincide con la concepción del derecho como indisolublemente unido a la vida (sumergido en ella) y a la *praxis*, entendemos que la consecuencia no debiera ser constituir en legítima interprete de la realidad «nacional» a una generación de intelectuales, sino una descentralización del derecho que implique a su vez volver al conflicto que instituye a los actores en tales. De otro modo el proyecto modernizador deviene régimen instaurado violentamente por el régimen instaurador que ejerce el monopolio sobre el proceso de construcción del discurso jurídico.

La consecuencia es la creación de instituciones pensadas desde y hacia la abstracción, y ello es necesariamente así, por cuanto no existen los actores que debieran darle vida. Entonces hay varias cuestiones bajo la alfombra de este asunto de la interpretación que introduce Böhmer: ¿quiénes son los intérpretes?; ¿desde qué matriz se interpreta?; ¿acaso el texto no viene con matrices? (Es decir, con las estructuras de sentido que hacen a su comprensión para ciertas comunidades interpretativas).<sup>23</sup> Ergo, en el proceso hay grandes costos y exclusiones. En todo caso, sólo una validación radicalmente descentralizada posibilitaría –eventualmente– una validación propiamente democrática, contextualizada y suficientemente local, donde los intérpretes sean los actores cuya existencia sale a flote en el conflicto concreto.

Claro que esto desconoce el punto de apoyo del llamado Estado de Derecho Moderno: la centralización. Y nadie quiere poner en dudas aquí que ella sirvió de respuesta dialéctica frente a un contexto histórico determinado (sea al feudalismo o a una república vacía).<sup>24</sup> Pero ya superada la edad media, y siendo evidentes las disfunciones del *modelo modernizador*, otros son los desafíos en nuestros días.

---

23. Stanley Fish explica con gran claridad que “los significados ya vienen calculados, no debido a normas incorporadas al lenguaje sino porque éste siempre se percibe, desde el mismísimo comienzo, dentro de una estructura de normas. Esa estructura no es abstracta e independiente sino social... los interpretes actúan como extensiones de una comunidad institucional”. “Hay algún texto en esta clase” en Paltí, Elías José (comp.) *Giro Lingüístico e historia intelectual*. Universidad Nacional de Quilmes, 1998. p. 233 y 236. Tb: Enrique Martín Criado, “Los decires y los haceres”, Universidad de Sevilla, Departamento de Sociología 41005 Sevilla. Spain. Papers 56, 1998 57-71.

24. Veamos la hipótesis de Jorge A Mayer y Alejandra Gaete respecto a la genealogía del presidencialismo y su inevitable fracaso: “Como es manifiesto para nuestra historia, en el período inmediato a la revolución, los diseños institucionales recorrieron en varios países latinoamericanos las experiencias del calco constitucional de las experiencias europeas y norteamericana, dando lugar a lo que se dio en llamar ‘patrias bobas’. Las mismas no consistían en otra cosa que en el hecho de intentar plasmar, a través de un régimen de gobierno ‘moderno’, instancias de poder para actores políticos inexistentes. Recién después de sucesivos fracasos, las elites intelectuales de la región abandonaron las ingenuidades propias del iluminismo que habían motorizado a las guerras de independencia para atender algunas características de la política autóctona. El romanticismo político facilitó el pasaje a cierta modalidad de pragmatismo, mezclado con un fuerte tono auto-crítico. (...) La norma auto-refiere a quien la diseña, la ejecuta y la interpreta; el resto, es la república vacía. (...) Señalamos que el presidencialismo, en tanto instrumento en donde se encarnó un proyecto político y modernizador, demostró sus deficiencias al momento de integrar una comunidad política en la Argentina. Su papel como constructor de la ciudadanía y el orden político, como elemento central entre sus funciones, invirtió los términos de la relación entre los actores políticos y el Estado produciendo, a nuestro entender, disfunciones institucionales graves en el proceso de democratización. En virtud de ello vislumbramos una escisión entre los términos de república y democracia y de legitimidad y legalidad del orden político. En consecuencia este último presenta un precario grado de integración de su comunidad política que pendulará entre momentos de participación pretoriana y otros de desactivación por vía autoritaria” (Ver además al respecto Guillermo O’Donnell, *El Estado Burocrático autoritario*. Ed. De Belgrano) *La República vacía* de Jorge A. Mayer y Alejandra Gaete, extractos de todo el artículo.

Las reinterpretaciones de Böhmer están demasiado atadas a lo que Alberto Binder llama campo jurídico.<sup>25</sup> Él cree que los alcances de esas reinterpretaciones dependen de un “*abogado igualador retórico*.” Hay algo ostensiblemente elitista en esa versión que limitaría las narrativas posibles a las flexibilidades de ese traductor “igualador retórico”; que, por lo demás, pretende traducir lo intraducible, lo otro, la alteridad local. La igualación, así pretendida, otra vez suspende el conflicto. Por eso cuando piensa en intérpretes él siempre, y sólo, piensa en abogados. De manera, que muy a pesar de la re-escritura, que compartimos, el estaría del lado de Rosenkrantz en negar la posibilidad de pluralidad de ordenes normativos (la posibilidad de heterogeneidad).

Lo otro, aquel otro lenguaje y perspectiva que no es valorado por la visión corporativa de los abogados lanzando el búmeran a sus lugares predilectos, por mas práctica normativa válida que pueda ser, es anomia. Lo otro es resistencia a la ley, y solo el abogado, la generación del ‘37, algún interprete-traductor iluminado, Owen Fiss tal vez, o el relator de naciones unidas de los derechos culturales, puede darle un lugar a *lo otro* dentro de la ley. La negación de un intérprete hacedor, de una ley en juego (no solamente en disputa), eso que Hart llamaría “las reglas primarias” con las que se juega, es la negación de toda una dimensión jurídica como si fuera a-jurídica, hasta tanto la valide un interprete-privilegiado como el que quiere Böhmer. Él padece, creemos, de un abogado-centrismo severo.

### **Algunas de esas otras preguntas...**

Mientras la realidad de poder judicial en Argentina (como en la mayoría de los países latinoamericanos) ha sido por mucho tiempo su dependencia del ejecutivo, su debilidad sistémica frente a procesos políticos autoritarios, y una jurisprudencia marcadamente formalista, tímida, y predominantemente conservadora, los juristas locales comentan la actividad judicial según los *beat* del regreso del búmeran lanzado al derecho constitucional Norteamericano. Al hacerlo, convierten los conflictos públicos locales más acuciantes en debates “escolásticos”<sup>26</sup> sobre problemas del más allá. Los dilemas que nos desvelan son, por ejemplo, el carácter contra-mayoritario del poder judicial, la necesidad de una regla del precedente, o la búsqueda edípica de los “padres fundadores.”

Los búmeran que vuelven de la comunidad internacional nos traen también problemas auto-generados y auto-gerenciados, como la necesidad perentoria de mecanismos de aplicación de las órdenes de organismos internacionales, reduciendo el problema local a una ineficacia de la instancia, y no de la fuente del remedio (esa externalidad)

En efecto, además de venir la solución al problema viene el problema localmente inexistente, o auto-creados por los discursos transplantados. Los circuitos de producción de ese conocimiento vuelan en otro terreno, tienen otra historia, y sin embargo aquí, se los adopta como ciencia desprovista de contexto. No solo traemos la doctrina, sino las discusiones

---

25. Ver Alberto Binder “La cultura jurídica entre la innovación y la tradición.” Ponencia publicada del Congreso Federal de Justicia Penal, Buenos Aires, Mayo 2007. Comisión 3. <http://www.pensamientopenal.com.ar/cdcongreso/ponen30.pdf>.

26. Esos que según Bourdieu “incita[n] a penetrar en el mundo lúdico de la conjetura teórica y la experimentación mental, a plantear problemas por el mero placer de resolverlos y no porque surgen de la presión de la necesidad” Bourdieu, Pierre. *Meditaciones Pascalinas*, Anagrama, Barcelona, 1997.p.27.

de su medio de producción. Aunque nuestros abogados vayan a formarse en la escuela que propone Böhmer (que fomenta la práctica retórica y argumentativa por sobre la repetición dogmática), cada vez que lancen el búmeran recogerán e instaurarán una matriz de interpretación de los textos totalmente distantes (y no sólo en sentido geográfico) a las prácticas locales. Entre tanto, los problemas locales permanecen invisibles (o se atribuyen a prácticas “bobas”), y todos se preguntan en los seminarios de la academia más sofisticada, ¿qué pasa con nosotros los argentinos que no nos adaptamos a las respuestas del manual?

Tal vez sea tiempo de tomarse algunas preguntas en serio. Por ejemplo, ¿Por qué, bajo el halo de una teoría de raíz kantiana, nos interesa tanto dar razones a favor de la exigibilidad de los derechos económicos y sociales que ya están en nuestra constitución? Dos suspicacias acosan esta pregunta: ¿Acaso estaremos comprando la discusión de otros países, en los que no se firmó el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, pero desde donde regresa nuestro búmeran?... Y/o, ¿acaso, estaremos también armando el escenario de un debate entre derechos operativos y programáticos, que sólo tiene dos audiencias interesadas: la de aquellos que se empeñan en negar la existencia de la reforma de 1949-57-94, y la de aquellos que prefieren escapar al inconmensurable desafío de la realización de los DESC en los escenarios normados por esas reformas?

¿Por qué los juristas liberales defienden el derecho al aborto en Argentina como parte del derecho a disponer del propio cuerpo? ¿Por qué hacerlo de ese modo en un país cuya doctrina jurisprudencial sostiene desde hace tiempo la indisponibilidad de ciertos derechos, y el valor superior del derecho a la vida? Si interesa ganar el juego en el campo jurídico local, ¿porque no usar razones más sensibles a él, en lugar de exportar las que persuaden en otros campos jurídicos?<sup>27</sup>

¿Por qué envidiar con obsesivo *marketing* la regla del precedente cuando la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema se gestó, en más de un sesenta por ciento, bajo el marco de la dictadura?

¿Por qué aspirar a, y aplaudir la aplicación de las reglas de Naciones Unidas de tratamiento de los reclusos (adoptada en los '50 en Ginebra) a los detenidos en las cárceles y comisarías de la Provincia de Buenos Aires en el año 2005? ¿No son acaso éstas cárceles las esquiras de las crisis económicas del 2001 y de 1989, y de la reglamentación de varias generaciones de gobiernos militares (vgr. las del Servicio Penitenciario)? ¿Que sabían en los 50 en Ginebra de lo que pasaría en Argentina en las cuatro décadas que siguieron, o qué pasó antes de los '50 con las mismas características? ¿Por qué lanzar el búmeran tan lejos (cada vez más lejos), frente a conflictos tan agobiadoramente cercanos?

## **Simulacros. Primera Parte: Ulises y las sirenas**

Pocas mitologías han sido tan utilizadas por el constitucionalismo moderno como el mito de las sirenas de La Odisea de Ulises.<sup>28</sup> En general el fin siempre ha sido ejemplificar

---

27. Notable es el intento de ruptura de Martín Farrell en su último trabajo sobre el tema “Un derecho constitucional al aborto.” Con algún simplismo, pero con el olfato correcto, Farrell parece tomar el camino alternativo: convencer a los jueces locales con sus propias razones: autonomía y valor de la vida.

28. John Elster introdujo la metáfora con su obra de 1979 llamada: Ulises y las sirenas: estudios sobre racionalidad e irracionalidad.

la tensión entre democracia y constitución. Rosenkrantz acude al mito para demostrarle a Filippini que el préstamo no es asimilable a una decisión democrática, y por ende autónoma. El diferir el contenido de tal decisión a lo decidido por otros, como Ulises, es elegir en un t1 limitarnos en un t2, de manera que no podemos decir que en el t2 se tiene el mismo grado de autonomía que en el t1. Cuando se adopta “libremente” el derecho extranjero o internacional, de alguna manera se está eligiendo lo elegido “ya” por otros, por esta falta de inmediatez entre el derecho internacional de estados y los individuos.

Ahora bien, tanto la versión optimista como la pesimista que mencionamos mas arriba (que atribuimos a Rosenkrantz y a Filippini, respectivamente) se apoyan en la existencia de un Ulises “racional” que opta por atarse al mástil de la endosabilidad del derecho que yace en las razones públicas, o en la validez a priori del derecho universal. La contienda, en última instancia, es por reclamar la autoridad de lo “racional” que subyugue a la voluntad política (esta última representada en las sirenas y la irracionalidad que su seducción produce en quien se somete a su canto).

Proponemos aquí mirar el asunto desde otro punto de vista, uno más “interno”-si se quiere-. Aceptar y asumir que más allá de las contingencias e incertezas del derecho internacional, el derecho argentino ya es desde hace tiempo (y como todos los sistemas jurídicos) una *torre de babel*, y que no estamos seguros de que esto sea tan malo.<sup>29</sup> De hecho quizás lo malo sea simular acuerdos y teatralizar certezas: El rey desnudo que actúa como si estuviera elegantemente vestido, sin vergüenza del poder que ejerce en nombre de esos falsos acuerdos y falsas certezas, propios de las justificaciones con mayúscula.

Tomaremos entonces la versión de Franz Kafka del mito de Ulises. En esta versión del relato se deja abierto el interrogante sobre si las sirenas efectivamente emitieron su canto mortal o callaron. En el primer caso, Ulises habría sido exitoso en evitar sucumbir frente a él; en el segundo, se advierte que si bien era difícil salvarse del canto, era categóricamente imposible salvarse de su silencio, y es más, se esboza también la posibilidad de que el mismo héroe épico (y en algún sentido trágico) en una expresión de inteligencia delirante lo hubiera sabido y se hubiera visto obligado a simular para defenderse contra el silencio. Ese despliegue escénico frene a los Dioses, el simulacro como defensa, es la versión más verosímil para nosotros de la lúdica arquitectónica del derecho moderno y sus ofertas de certezas.

Piénsese entonces en Ulises como un grupo atravesado por la heterogeneidad, que a través del simulacro fortalece el sentido hacia una dirección, hacia una cierta cultura, o a favor de algunos miembros de la comunidad, y así desplaza por la fuerza (que también está en los significados) a otros. De hecho ya para Rosenkrantz el derecho importado es en algún sentido el “derecho de otros”: un Ulises simulador que nos desplaza como comunidad política, habiendo capturado la voluntad de los Dioses. Claro que Carlos tiene razón en ello, pero internamente también hay “otros” que hallan en el derecho centralizado del Estado-Nación un derecho del “otro” y que, sin embargo, por obra y gracia de dioses subyugados por el simulacro de Ulises, le conceden un lugar monolítico que oculta, disfraz

---

29. Al respecto se recomiendan las diversas aproximaciones en: *Habitantes de Babel. Políticas y Poéticas de la diferencia*. Ed. Laertes. (Jorge Larrosa y Carlos Skliar compiladores)

y subyuga la heterogeneidad. Pero, ¿qué pasa si la razón pública de Rosenkrantz no fuera la garantía de las garantías contra la desappropriación de “otros”? ¿qué pasa si ella necesita reactualizarse en una dinámica que entra en tensión con su afán de certeza?, ¿qué, si ésta fuera ilusoria y la autoridad del derecho debiera buscarse más cerca, mucho más cerca, de la “reappropriación/reactualización” descentralizada del conflicto?

Los simulacros que sustentan exclusiones, desplazamientos y violencias gruesas, como las distancias entre el Estado Nación moderno y las cosmovisiones del mundo de los pueblos originarios (entre otras tantas subjetividades excluidas dentro de las mismas fronteras), se han impuesto como las reglas de juego argumental. Hay quienes sostienen que otros simulacros posibles pueden ser la mejor defensa contra el sinsentido, contra el canto o el silencio de las sirenas, como mecanismos ya no de defensa sino de búsqueda de erótica expansión. Filippini, por ejemplo, nos erotiza con un Ulises igualmente unidimensional, al valorar a priori ciertos productos de significados, sin explorar siquiera su auténtica capacidad crítica en contexto.<sup>30</sup>

Entonces, y en cuanto el autogobierno nunca es pleno (dado que no hay sujeto político homogéneo y uniforme), el problema de la validación democrática no nos lleva sólo a las tensiones de la cuestión temporal (entre el t1 y t2) y geográfica (entre el derecho producido afuera y adentro de las fronteras), sino, y especialmente, a problematizar la subjetividad política jurídica, que hasta ahora solo puede pensarse en los términos de un simulacro.

Pero la multi-dimensionalidad de la conflictividad social (imposibilidad a priori del Estado monolítico) también nos invita a pensar en la necesaria descentralización del simulacro, como modo de producción jurídica con una mayor cercanía entre los productores de significado y los destinatarios. Tal vez librándonos al canto de las sirenas (derecho extranjero o *constituency* desobediente en el caso de Rosenkrantz, o Estado

---

30. Un ejemplo paradigmático es la aplicación de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el tratamiento de los Reclusos” como los estándares que el sistema penitenciario bonaerense debe alcanzar, de acuerdo a la declaración de la Corte en el celebrado caso “Verbtsky.” Adoptadas en 1955 en Ginebra, además de antiquísimos instrumentos del *soft law*, su performatividad en el caso ha sido prácticamente nula. Ni hablar de la inconmensurabilidad operativa de tratados sobre torturas y tratos crueles en relación a los particularismos de los contextos de maltratos en cárceles superpobladas y contextos reaccionarios como el actual. Nadie se pregunta acerca de la capacidad crítica de ese producto de significado acabado reenviado por la (no)comunidad internacional. Es interesante profundizar esa metáfora para resaltar que el discurso de los derechos humanos ocupa, como decía David Kennedy un «lugar de poder,» y ese lugar es además, ni más ni menos, que el lugar de «la crítica,» de la posibilidad de cambio, la que corre a los codazos a otros discursos alternativos de emancipación (Kennedy, David “The International Human Rights Movement: Part of the Problem?” Spring 2002, 15 Harv. Hum. Rts. J. 99).

Que quede claro que nos estamos jugando una ficha final ahí...por eso vale la pena cuestionarla y pensarla bien. ¿Cuántos conceptos, abstracciones y significantes vacíos estamos dispuestos a absorber en el mercado de bienes simbólicos locales? ¿Cuánta ignorancia y ceguera en torno a la realidad carcelaria estamos dispuestos a pagar por la autoridad (mística) del derecho? ¿Qué saben de la cárcel como hecho cotidiano los que hablan *legítimamente* de ella?, es decir, quienes tienen los tratados y últimas interpretaciones y debates en los foros internacionales debajo del brazo. Menospreciar la relación significantes disponibles-significados-legitimidad-tutelabilidad-juricidad-actores-realidad o campo carcelario, es menospreciar la fuerza (violencia) de un discurso que se nutre de significados que caen de arriba para sostener un abajo que no ve, y al cual es impermeable (y si este decurso no convence, preguntar, pero en serio, de qué ha servido la normativa internacional a la cantidad de acciones de habeas corpus por condiciones de detención en el ámbito de la provincia de Buenos Aires que se suceden todos los días).

Enemigo o sin voluntad política en el caso de Filippini) sucumbiremos al silencio, al vacío de un derecho propio sustentado en la voz política de los involucrados, y de una vez tendremos más actores sociales y menos proyectos modernizadores diseñados y adaptados por elites, que sólo nos llevaron a que un siglo después nazcan libros con títulos tales como “Un país al margen de la ley.”<sup>31</sup>

Las coordenadas genéticas de nuestra filiación moderno-occidental, la que nunca dio lugar a nuestro *margen* ni posibilidad de cortar el cordón umbilical, se estructuran con mitos como el de Ulises o se reflejan en metáforas como la del búmeran. Ellas ofrecen un derecho como garantía de seguridad, certeza, previsibilidad, etc., y niegan la opción de un derecho como instancia crítica de redefinición participativa de la conflictividad.

Basta observar como Rosenkrantz narra en extenso el origen de nuestro Estado Nación, como fruto de transplantes y de préstamos, y sin embargo, no arremete contra ellos (mientras sí arremete contra las símiles prácticas actuales). Ello es así porque encuentra legitimada esa búsqueda externa de la autoridad en la necesidad de dominar los particularismos en un contexto de ausencia de ley. “La idea era que se necesitaba una fuente de autoridad normativa obligatoria para prevenir la multiplicidad de discursos normativos que usualmente surgen cuando ninguna institución tiene la capacidad de brindar interpretaciones autoritativas de un texto constitucional. La multiplicidad normativa y diversidad interpretativa eran, de algún modo, asimiladas a la anarquía...” O ¿acaso él piensa algo distinto a pesar del tiempo verbal?

Respecto a los préstamos actuales, C. R. acierta nuevamente en que la complejidad se gesta en las distancias, pero desdeña el hecho de que ello sucede siempre, dadas las cercanías imposibles entre un discurso normativo nacional y una comunidad viviente. Los terrenos heterogéneos por los que transitamos inexorablemente son relegados por las distancias que separan de la autoridad. Tal diferimiento del conflicto por arte (o deporte) de arrojar el búmeran ¿no está acaso invisibilizando el problema en un círculo que se retroalimenta a sí mismo, pero siempre desmarcado de las razones locales diversas y contingentes?

En definitiva, es la autoridad en sí la que implica un delegar que genera distancia, mediatez, y diferimiento respecto del conflicto. Los juristas de éste debate parecen buscar extender este diferimiento de uno u otro modo, tratando de identificar la lengua de la ley en la boca de actores lejanos y desmarcados del conflicto. Esta versión alienante, si se quiere, de la autoridad del derecho como expresión que no es del destinatario, sino como simulacro de que lo es, nos incita a interrogarnos aún más hacia adentro ¿Por qué jugamos a torcer el brazo del fantasma de la voluntad política? ¿Por qué firmar más pactos abstractos cuando hay personas, actores mucho más cercanos al conflicto?

---

31. Particularmente interesante es la breve referencia crítica que García Villegas realiza a los presupuestos del conocido libro de Carlos Nino, *Un país al margen de la ley*. En especial, a sus presupuestos de la “acción racional” y una lógica interaccionista y paradójica, como base para caracterizar ciertos tipos de desobediencia, como “anomia boba,” que no encuentra otra explicación para ellas que no sea cierta estupidez de los desobedientes. Ver en particular: “No sólo del mercado vive la democracia. El fenómeno del (in)cumplimiento del derecho y su relación con el desarrollo, la justicia y la democracia”. Rev. Econ. inst. vol. 6. no. 10. Bogotá, Junio 2004.

## Más Simulacros: La Orestíada

Böhmer realiza un análisis muy ilustrativo y perspicaz de uno de los clásicos de la tragedia griega, La Orestíada<sup>32</sup> de Esquilo, para iluminar al derecho como una ficción útil.<sup>33</sup> Sin embargo, cierta reducción categorial y aura optimista la priva –creemos– de parte de su potencia metafórica al no subrayar el conflicto y la violencia,<sup>34</sup> como aquello que subyace al derecho y que éste no resuelve, sino más bien redefine y desplaza, mediante efectos más o menos eficaces (siempre de-construibles y re-conducibles a una mera relación de sentido arbitraria).

En efecto, el énfasis de Böhmer en la salida dialógica-deliberativa nubla ese otro acento que a nosotros nos interesa, el de la fuerza, el de la máscara, el del efecto, el del sentido. Ese simulacro que no puede negar la sin-razón, simplemente puede, por la vía de la ilusión, esperar el drama, el efecto catártico, pero con un detalle, el énfasis en los actores que sostienen y experimentan la acción... La amistad una y otra vez desconocida entre mito y logos.

Veamos. La trama se arma a partir de la aplicación de leyes contradictorias, el honor filial y la prohibición del matricidio. Apolo y las Furias disputan la suerte de Orestes luego del asesinato de Egisto y Clitemestra. El primero justifica la ofensa por haber quitado la

---

32. Esquilo, Tragedias, Terramar Ediciones, Biblioteca de Clásicos Griegos y latinos, traducción: Fernando F. Brieva Salavatierra.

33. Martin Farrell también lo hace para indicar el origen del *Rule of Law*, con énfasis aún más diferenciados. En efecto él sostiene que dos son los argumentos de la sentencia, uno tan malo como el otro: que Atenas no tiene madre, pues nació directamente de su padre; y de aquí sigue que la muerte de una mujer que mató a su marido es algo malo, pero no tan malo como la muerte de alguien que es, al mismo tiempo, padre y rey. Un argumento ridículo pero que logró imponer la legalidad en un mundo de caos moral, sometió el conflicto moral a la primacía del derecho. Respetó el derecho de defensa y se aseguró que las Furias respetaran la decisión del tribunal, no obstante la pobreza argumental. La conclusión que Farrell saca es que si cualquier cosa que diga el tribunal debe ser obedecida entonces se acaban de sentar las bases de un positivismo ideológico. Martin Farrell, Ética en las relaciones internas e internacionales, "La primacía del derecho y sus transformaciones", Cap. 8. Ed. Gedisa.

34. Walter Benjamin en Para una crítica de la violencia –texto a su vez rescatado por Derrida en El nombre de pila de Benjamin– advierte que el concepto de violencia no permite una crítica evaluadora más que en la esfera del derecho y de la justicia o de las relaciones morales. Pues no hay violencia natural o física. El concepto de violencia pertenece al orden simbólico del derecho, de la política y de la moral, al de todas las formas de autoridad o de autorización, o al menos de pretensión de autoridad. La consecuencia es que la crítica se termina por inscribir siempre en el espacio de distinción entre medio y fin –racionalidad instrumental–. Entonces, preguntarse si la violencia puede ser un medio con vistas a fines (justos o injustos) equivale a prohibirse juzgar la violencia misma. La criteriología concerniría solamente a la aplicación y nunca a la violencia misma. Derrida reemplaza la noción de violencia, porque al deconstruirla ve que lleva insita la de violencia legítima e ilegítima según esa racionalidad instrumental, por la de fuerza, que siempre debe llamar la atención en cuanto a desplazamiento de una fuerza por otra... En otras palabras no debe extrañar la paradoja antedicha respecto de un discurso que denuncia la violencia y que sin embargo la sostiene y la defiende, cuando parte de la estructura inmunológica de su contexto civilizatorio. Derrida lo sintetiza así ¿no es tautológica la estructura fenomenológica de una cierta violencia del derecho que se establece a sí mismo decretando que es violento, esta vez en el sentido de- fuera –de- la- ley, todo aquello que no lo reconoce? Ver Walter Benjamin, Para una crítica de la violencia, Ed. Leviatan.; Eligio Resta, La certeza y la esperanza, *Ensayo sobre violencia y derecho*; Ernest Gellner, Antropología y Política, *Revoluciones en el bosquecillo de lo sagrado*, Ed. gedisa. Derrida, J., *Fuerza de Ley: El Fundamento místico de la autoridad*, Tecnos, Madrid, 1997, en el mismo volumen "El nombre de pila de Benjamin".

vida a Agamenón, las Furias, por su parte, buscan el castigo de Orestes. “Los dos tienen razón, los dos están equivocados. La contradicción entre normas lleva a que todo está prohibido, y todo permitido, a que no hay norma, en definitiva, a la anarquía de la violencia permanente” (p.22). Queda ahí planteado el contenido trágico, irresoluble, del conflicto. No hay razón, ni justicia que pueda resolverlo. No hay solución ni síntesis entre lo universal y lo particular. Las razones de las partes en conflicto son en última instancia intraducibles a un lenguaje neutral (que es el no lenguaje).

Sin embargo, uno podría esperar que una deidad como Atena, a quien le es entregado el juicio de la causa, diga la palabra justa y ponga fin a toda contienda. Esa es la ilusión de las furias, esa es la fe en el derecho. Pero claro está que ella no puede hacerlo y, en cambio, falla arbitrariamente a favor de Orestes. Ahora bien, Böhmer no se equivoca en resaltar la conciencia de ambas partes de que están en una situación de empate, de igualdad -las Furias no pueden matar a Orestes, y éste no puede escapar-. El empate los ata, no pueden salir, sólo reeditar otro empate, el que conforma el espiral infinito de violencia.

La oferta de Atena les permite aceptar tal situación y dejar atrás la creencia de que pueden ganar. Pero el dato adicional es este: si la decisión de Atena hubiera sido final, el problema hubiera continuado. Pues, evidentemente, la intermediación no evitaba el callejón: o Atena se volvía autoritaria y reprimía a la parte perdedora, o la violencia volvía a perseguir a los contrincantes. No obstante, la sentencia afirma la vida, sin demasiadas razones, pero no queda allí. “Tiene en cuenta a la parte perdedora: sigue dialogando. La destreza de estadista de Atena persuade a las Furias de dejar de ser pura voluntad de castigo y de convertirse en otra cosa: en autoridades atenienses que guardan la posibilidad de los procesos dialogados de la justicia y que son obedecidas por ello»(p.24). En una lectura, un tanto menos idealista y más pragmática, diríamos que apeló a la vanidad y deseo de honores...

La moraleja para Böhmer sería que el derecho constituiría esa ficción útil que «pone fin» a una contienda. Nosotros agregaríamos que en el fondo es irresoluble, y que sólo ciertas formas de sublimación la desplazarían hacia algo igualmente violento pero que contingentemente redefine la situación para los actores en términos más provechosos que la situación conflictiva que los lleva al templo de Atena. En efecto, ni siquiera se acude al mito de la imparcialidad, a pesar del empate de las demandas en capacidad de persuasión *la decisión favorece a Orestes y es francamente arbitraria (sic)*. “Atena, no nacida de mujer alguna, misógicamente decide contra la madre” (p.23). Frente a la cólera de Las Euménides, Atena no termina su trabajo con el dictado unilateral de la sentencia, no abandona el texto sólo sino que continúa el diálogo. Lo más sobresaliente del relato que nos trae Böhmer es que aquí se ve el contenido trágico (irresoluble) que el derecho usualmente olvida en su recurso a razones últimas y textos “válidos”. Una tragedia que lleva a una acción dramática que no puede detenerse.

Hablamos de una sentencia contingente, unida a un discurso contingente, el que redefine el lugar de los actores y disipa las fuerzas en una nueva configuración que desvía del callejón vida vs. muerte, pero sólo lo desvía hacia algún otro callejón. No hay solución justa, sólo conflicto redefinido de manera que la convivencia sea posible en adelante. Atena lo logra primero haciéndose de una autoridad que es perdida en el momento de dictar sentencia desfavorable para una de las partes, para luego ganarla mediante la persuasión. En la vida parece estar el derecho y no en la muerte de la respuesta válida y

absoluta, contrariamente a lo que se supone cuando se traza la artificial frontera entre derecho y política, o en las versiones encerradas en el fundamentalismo de derechos, ese que sólo sabe verlos como “cartas de triunfo”.

Cuando la operación analítica de los juristas olvida la importancia de la acción (que involucra a los actores) y enfatiza el sólo texto, condena al fracaso el intento de drama, la posible redefinición del conflicto, congela en un juego categorial a la norma y a su aplicación, que no pueden resultar de otro modo que ineficientes. Está claro que así no gozan de la pretendida autoridad. Situar el juego jurídico más allá de los efectos simbólicamente monopolizados por su misma matriz, en un terreno más amplio y complejo, constituye la única esperanza de alguna –entre anhelada e indeterminada- eficacia.

La ficción de la validez pretende concederle autoridad última a un texto, a una razón jurídica categórica. Nuestra hipótesis arriesga que, es justamente eso lo que condena al fracaso en aquellos casos que los clásicos llaman difíciles. El derecho que quiere Rosenkrantz no difiere demasiado de un árbitro futbolístico, y no es el que nos sirve para los conflictos sociales más intestinos. Si ahogamos el análisis en las pretensiones de validez de un discurso que no aspira a resolver el conflicto trágico que excede a las convenciones constituyentes y a los juicios de Rosenkrantz, estamos reduciendo nuestra mirada a quienes manejan el carro como los caballos, con visera a ambos lados de sus ojos para que no se distraigan del camino.

¿Cuál es entonces el matiz que señalamos respecto a la mirada de Böhmer? Compartimos, como ya lo adelantamos, el énfasis en el movimiento, en la re-escritura del conflicto, pero creemos que acarrea cierta dosis de ingenuidad –por decirlo de algún modo-, trasladar los efectos contingentes y concretos del “juicio” de Atena a una suerte de condición intrínseca a la “naturaleza dialógica y deliberativa del derecho”. Insistimos, no se hizo Justicia con mayúscula, pues tal cosa no existe. No se solucionó el conflicto en términos absolutos y finales, sino que se redefinió eficientemente, es decir, se cortó la cadena de venganzas, y se cambió una violencia por otra.

Lo que ocurrió, en fin, es puro efecto performativo del despliegue de *acciones* a pesar de su punto de partida trágico, es decir, se impuso por fuerza práctica la sentencia de Atena. De aquí no puede desprenderse ningún juicio de justificación ni de legitimidad como pretende hacerlo Böhmer, asimilándolo al quehacer teórico institucional del caudillismo ilustrado cuyo aura hoy sería reinterpretado por los operadores del derecho. Fueron los actores de la tragedia quienes desplegaron la ilusión dramática que les permitió evadir lo que aparecía como destino indeclinable.

## **La generalidad de la ley, la contingencia y la descentralización**

Para Rosenkrantz las contingencias “debilitan la posibilidad de que compartamos y endosemos las sentencias de nuestros tribunales... convir[tiendo] a las decisiones judiciales en pronunciamientos más contingentes y menos necesarios de lo que es recomendable que sean”<sup>35</sup>.

---

35. Rosenkrantz, Carlos F. Ob. Cit. p. 210

Este es el problema que ve Rosenkrantz en las contingencias que regresan con el búmeran que Filippini lanzó a la comunidad internacional. Este problema puede re-significarse, sin embargo, como el problema de la centralización que trae usualmente la generalidad de las normas. Entonces se vuelve interesante preguntarnos ¿a qué responde el temor del Rosenkrantz respecto de lo que llama contingencias?, y aún más interesante es responder, que para él se debe a que ellas no deberían existir para que podamos percibir al derecho como una razón pública categórica. Esta línea de argumentación nos abre de par en par las puertas para introducir “otro” debate, él que en términos analíticos estaba cerrado. Y aquí una de nuestras “otras” preguntas: Una razón propia y contextual como aparenta ser la “razón pública” ¿por qué debe ser categórica? ...Otra vez, la “falacia intelectualista”: inteligibilidad y voluntad como si fueran lo mismo (Ver nota 14).

Y aquí es necesario no olvidar la diferencia entre el *auctoritas* clásico y *authority* moderno. El último es transitivo, requiere de dos términos, el que autoriza y el que reconoce la autoridad. En él subyace una relación-función comunicativa. La pretendida perfección del sistema democrático está en la identidad entre el que autoriza y el que reconoce la autoridad. Siendo que ella es inexistente, dada la forma cada vez más centralizada, burocrática, mediatizada y formalizada de la producción de normas, aparece el simulacro. Que cierta referencia goce de autoridad por ser la última, es muy diferente a que lo haga porque constituye la expresión inmediata de la performatividad hermenéutica<sup>36</sup> de cierta comunidad heterogénea (o comunidad imposible como le gusta decir a los autores pos-nietzscheanos) con los conflictos<sup>37</sup> que la atraviesan.

Lo que invocamos aquí es la llama *res pública*<sup>38</sup>, no como producto acabado de significado (el texto de la ley) sino como espacio donde se abre el juego político, es la

---

36. Fijémonos nuevamente en la sentencia de Atena, Farrell rescata el componente de autoridad, como primacía del derecho aunque en la versión positivista ideológica por no ampararse en buenas razones, Böhmer, la persuasión de una “Estadista”, como muestra del potencial componente dialógico del derecho en abstracto que concilia a las partes, nosotros vemos algo así como la redefinición contingente de un conflicto concreto por la vía hermenéutica, es decir un relato que se impone sobre otro relato, pero de manera inestable, por fuerza práctica, acción trágica que despliega un efecto, un simulacro, una ilusión, pues subyace un conflicto trágico. Ese efecto sin embargo despliega el drama a partir de la acción de los actores que hasta el final creen poder hacer y decir algo (y en cierto sentido lo hacen) Para “comprender” esto ver apéndice relatos de Kafka y de Borges, pero insistimos se trata de una *experiencia*. En efecto, la lógica enunciada por Borges –en cierto sentido trágica- difiere y hasta contradice el efecto de “justicia” de sus juicios finales...Método pueril como el de Ulises, pero que sin embargo sostiene una acción, una acción de significado, una experiencia hermenéutica...

37. Dos casos se nos vienen a la mente para pensar, aunque sea de modo sólo tangencial. Por un lado el caso de Romina Tejerina, en la que el tribunal superior de Jujuy como uno de los centros de la razón pública centralizada, condena a 14 años de prisión a una joven de 18, por matar al beber fruto de una violación. El caso ocurre en una localidad pequeña con índices particularmente altos de delitos sexuales no resueltos, y sin acceso a medidas anticonceptivas de emergencia, ni a abortos no punibles. Por el otro, el caso del jurado popular de Córdoba (uno de los centros, descentralizado) que exculpa y libera a una joven que incurre en similar conducta, y que se nos presenta como ejemplo de un tímido ensayo de descentralización del derecho en el conflicto concreto. Se trata de Elizabeth Díaz, de 19 años, de la ciudad de San Javier, Córdoba, víctima de violación y acusada de homicidio agravado por el vínculo por matar al bebé fruto de la violación. Fue absuelta el 27 de noviembre de 2006 por un jurado popular de la provincia de Córdoba que entendió que no tuvo conciencia de sus actos al momento de los hechos.

38. Dicha nominación puede ser problemática en sus compromisos semánticos pues refiere algún tipo de “objetividad” afin al paradigma cartesiano y su sujeto-objeto.

inmanencia propia de la subjetividad política como posibilidad de poner en crisis el orden, la resistencia a su reducción heterónoma.<sup>39</sup>

Si a Rosenkrantz realmente le preocupa la cultura jurídica nacional, más allá del orden por el orden mismo, no puede ignorar su relación con la acción de producir el derecho como un modo de apropiarse e identificarse con las expresiones del derecho. La *praxis* de identificación del actor del conflicto con las expresiones de derecho y la justicia como la forma de vida que se resiste a la *ley del otro, a su lengua mono-lingue*<sup>40</sup> en la que siempre termina enmarañado, por la dinámica de las relaciones, las fuerzas, etc. El conflicto irresoluble entre lo uno y lo múltiple que nos interpela y llama a la hospitalidad respecto de lo diferente, las alteridades negadas.

En otras palabras, la única manera de unir ley y voluntad, que es la preocupación tanto de Filippini como de Rosenkrantz (la que intentan saltar en el esquema de justificación con falacias intelectualistas), es descentralizando la producción de significados con los cuales (re)presentaremos en el teatro de lo público el conflicto social. Siempre será ficción, pero como la tragedia griega su efecto de catarsis estaba en el proceso de identificación que convertía al público en *public* (al auditorio pasivo en actor expresivo), es decir en actores sociales<sup>41</sup>...

En resumen, si según Rosenkrantz la percepción de la razón pública esta ligada a los niveles de contingencias, lo cual deriva de los niveles de inmediatez entre productores de discurso jurídico-aplicadores-destinatarios, el problema tiene que ver necesariamente con centralización y descentralización. Pero además, subyace en nuestra provocación una pregunta más radical: ¿la llamada “razón pública” debe ser inmune a toda interpelación, o debe ser la máxima expresión de la interpelación, de la contingencia permanente? ¿Donde ponemos el énfasis, en “razón” o en “public”?

Si alguien en cuanto argentino percibe como ajeno o injusto (por no endosable) un derecho extranjero o producido en el extranjero, es probable que perciba como ajeno también el derecho federal, en cuanto porteño, pero más aún, en cuanto correntino, y mucho más ajeno e injusto será éste para el guaraní (caso ése último en el que también se

---

39. Es pertinente notar una discusión sobre moralidad política en el norte, que tiene ciertas analogías y argumentos pertinentes para la nuestra aquí. Se trata del debate entre Thomas Nagel, Charles Sabel y Joshua Cohen sobre la justicia global, en la prestigiosa revista *Philosophy & Public Affairs*. El primero sostiene que fuera del Estado no hay Justicia, mientras que los segundos proponen una moralidad política alternativa a la moderna. Una política “*sensitive to the circumstances and associative conditions, to the “different cases or type of relation” for which it is formulated, without being statist*” Concluyendo que “*it is now a mistake to assign the state so fundamental a role in political morality.*” Obviamente Rosenkrantz está particularmente cerca de los argumentos de Nagel, mientras que nosotros, compartimos en buena parte las conclusiones de Sabel and Cohen. Ver Cohen, J. Sabel, Ch. “Extra Republican Nulla Justitia” Blackwell Publishing, Inc. *Philosophy & Public Affairs* 34, no. 2 (2006) y en [http://www2.law.columbia.edu/sabel/papers/papa\\_060.pdf](http://www2.law.columbia.edu/sabel/papers/papa_060.pdf). pp.149. Rogamos sin embargo al lector (a los fines de facilitar nuestra conversación aquí), no emparentarnos, ni traducir nuestros argumentos en los de aquella discusión, que por lo demás responde a matrices interpretativas y discusiones diferentes a las nuestras aquí.

40. Derrida, Jaques *El monolingüismo del otro. O la Prótesis del Origen*, Manantial 1997. Tal vez lo que la “literatura francesa,” (ese modelo imposible, la inimaginable lengua del otro) fue para un argeliano y sefradita como Derrida, es lo que “Las bases” de Alberdi vienen siendo para nuestros actores sociales.

41. Estamos pensando en la acción social como instituyente de sentido. En clave similar es muy interesante el camino recorrido por Cornelius Castoriadis, o incluso antes, Hannah Arendt.

percibirá injusto el derecho correntino). Pero sin duda, en cuanto guaraní, el derecho menos endosable es el internacional. En definitiva, lo injusto, lo no endosable, está en la distancia contextual (que no es sólo geográfica, ni sólo temporal) entre un parlamento y su velo de ignorancia (en la versión racional), o sus prácticas arraigadas de voto sin deliberación (en las más realistas), y los conflictos *particularísimos* en lugares muy lejanos a ese centro de producción jurídica.

## La consistencia de los modelos constitucionales

Finalmente, no podemos negar el importante aporte de Roberto Gargarella al debate, aunque merece un acápite independiente a partir de que pretende cambiar los términos de la disputa.

En efecto, él parte de la premisa de que es equivocado plantear el problema en términos de jurisdicción, soberanía y/o nacionalidad de origen de las instituciones jurídicas. La pregunta no sería *de dónde* sino *qué*. Es decir, concibe a los modelos constitucionales como totalidades orgánicas cuyo código genético acepta o rechaza los trasplantes o injertos según la compatibilidad o incompatibilidad con la racionalidad que le es inherente. El rechazo del injerto nace en la inconsistencia, en la resistencia del modelo puro a aceptar instituciones propias de otro modelo. El contexto se reduce entonces a contexto constitucional y las distancias a distancias entre racionalidades constitucionales. Hay un fuerte postulado de fe en la doble capacidad de las razones: a) a ejercer control, y de la mejor manera (la más imparcial); y b) que ellas tienen fuerza práctica. Si están las mejores razones, disponemos de la mejor solución.

Postula la existencia de tres modelos constitucionales: el conservador, el liberal, y el radical. Las constituciones americanas serían el fruto de la alianza de los dos primeros, encabezados por las tradiciones propias de las elites de la época. El fracaso de las reformas del siglo XX, o constitucionalismo contemporáneo, se debería a que se incluyeron injertos propios del tercero incompatibles con los dos primeros.

Insistimos y añadimos, subyacen tres fuertes creencias: 1) que la racionalidad y la consistencia equivalen a la fuerza práctica, en base a que los sujetos son racionales y actúan en base a razones; 2) que las razones y las teorías pueden crear a sus actores, es decir, a los sujetos encargados de encarnarlas y llevarlas a cabo, convertirlas en acción; (estas dos son variantes de lo que venimos llamando “falacia intelectualista”) y 3) que tales razones son universales, se mueven en un terreno trascendental donde tiempo y espacio son homogéneos y donde no hay contexto ni entorno que las parcialice o torne en perspectiva. No existen las condiciones de la enunciación, el desde y hacia donde, el espacio social.

Ahora bien, su propio despliegue argumentativo relativiza esas bases al punto de verse obligado a complejizar la perspectiva y reconocer implícitamente la importancia de las condiciones socio-económicas o materiales, así como las prácticas institucionales arraigadas que privan de seriedad toda aspiración del mundo normativo a modificar la realidad por sus meras declamaciones. Pero nunca abandona a pesar de ello la tesis central consistente en que el problema es la incoherencia, la irracionalidad, las buenas o malas razones para realizar el trasplante e injerto. En otras palabras, no abandona el monopolio de La Razón como instancia regulativa última. El rechazo lo produce el sistema, el organismo.

Así como dichos modelos responden a esquemas teóricos desvinculados de la *praxis*, su crisis o ineficacia responde a problemas de la misma índole. A lo sumo reconoce que requieren de ciertas precondiciones como toda instancia remedial para surtir el efecto terapéutico: el pensamiento no tiene problemas, o si los tiene, se reducen a inconsistencias lógicas. Si a pesar de la pureza no funciona, lo que falla es el contexto, el mundo.<sup>42</sup>

La escisión tajante entre las razones o el pensamiento y el mundo o contexto, ignora el lenguaje (como dimensión de sentido<sup>43</sup>) que los ubica en la misma red y continuo. Habilita, entonces, un juego crítico reducido a lo teórico, como si ello alcanzara para *normar* el mundo. Si hiciéramos X obtendríamos Y, esa operación, ese cálculo se ignora a sí mismo como parte del problema, en tanto se pretende ajeno y trascendente al espacio social conflictivo, y se muestra consistente, respuesta final.

Resulta sintomática la actitud hacia un *modelo radical* que nunca tuvo fuerza práctica y que predica creer en la acción política pero se idea con independencia de ella, como quien monta un espectáculo público para un público que no está ahí, una revolución sin revolucionarios (¿régimen instaurado?). Una utopía en su significado etimológico: “lugar que no existe”.

Las razones de Gargarella están tan lejos de las de *los otros* locales, que si bien responden a los códigos de comunicación de cierta línea de constitucionalistas, parecen impotentes para actuar internamente como razones para participar en la *cosa pública*... La pregunta es, ¿por qué?

Nuestra hipótesis es que parte de la Razón homogénea, autosuficiente, de una abstracción, y no del conflicto local, aquel que no se resuelve, sino que simplemente se negocia o redefine de manera contingente. Tal racionalidad, si bien encumbra en teoría a la participación política, la excluye de sí al pretender agotar las posibilidades del modelo y su racionalidad en sus propios enunciados, escindidos de la *praxis*, expulsa la *diferencia*.<sup>44</sup> Ignora la acción trágica, esto es la distancia intraducible entre lo general/universal y lo particular/concreto. Pero volveremos sobre esto ya en la segunda parte, a la que esta invitado/a, claro, pero con la advertencia de que puede resultar una tertulia algo exultante...

---

42. Se trata de una concepción particular de lo que constituye el campo de lo jurídico, similar a la que Roberto Vidal describe como "...un conjunto de estándares ideales. Tales concepciones no suelen incluir dentro del panorama de lo jurídico a los operadores, los destinatarios, los productores, y mucho menos sus prácticas. Gracias a esa separación de elementos jurídicos que reducen el Derecho a un mensaje y no a un sistema de comunicación, es posible referirse, por una parte, a las normas, como si ellas tuvieran existencia propia, y por otra parte, a las prácticas de sus operadores, esas sí caóticas, políticas, egoístas, violentas" Extracto del desafiante libro de Roberto Carlos Vidal López, "Derecho Global y Desplazamiento Interno. Creación, uso y desaparición del desplazamiento forzado por la violencia en el Derecho Contemporáneo" (2007) Bogotá: Universidad Javeriana. Pp. 19.

43. Luis Sáez Rueda ha realizado un notable trabajo digno de transitarse en: El conflicto entre las tradiciones continentales y analíticas, Barcelona, Crítica, 2002.

44. Idéntica fe en la razón como órgano de control subyace a las preocupaciones importadas del *Common Law* referentes a la importancia de los precedentes, así como en la teoría de la integridad del derecho de Ronald Dworkin.

## Segunda Parte: Manifiesto

*“¿Me pregunta usted qué cosas son idiosincrasia en los filósofos?...por ejemplo, su falta de sentido histórico, su odio a la noción misma de devenir, su egipticismo. Ellos creen otorgar un honor a una cosa cuando la deshistorizan, sub especie ad aeterni (desde la perspectiva de lo eterno), cuando hacen de ella una momia. Todo lo que los filósofos han venido manejando desde hace milenios fueron momias conceptuales; de sus manos no salió nada real. Matan, rellenan con paja, esos señores idólatras de los conceptos, cuando adoran,- se vuelven moralmente peligrosos para todo, cuando adoran. La muerte, el cambio, la vejez, así como la procreación y el crecimiento son para ellos objeciones,- incluso refutaciones. Lo que es no deviene; lo que deviene no es...”*

F. Nietzsche El crepúsculo de los ídolos o como se filosofa con el martillo, “La ‘razón’ en la filosofía”

### Otra epistemología<sup>45</sup>

Desahuciados o reafirmados, los mas resueltos combatientes de “la causa de los derechos humanos” suelen dictaminar ya en democracia, que el escollo para la eficacia legal es la “falta de voluntad política”. Esta manera de percibir los escollos es parte del efecto búmeran,<sup>46</sup> ese efecto de reactualización de representaciones de otros

---

45. Que, en cierto sentido, quiebra la dicotomía doxa-episteme que la tradición occidental viene acarreado desde el poema de Parménides y es especial condición de posibilidad para la constitución de campos relativamente autónomos de saber cuyo soporte es la ignorancia de sí mismos como instancias de diferenciación en el espacio social y respecto del campo general de poder.

46. No siempre es buena idea recurrir a los diccionarios para clarificar las metáforas. Christopher John Francis Moon, el personaje principal de una novela inglesa, “The curious incident of the dog in the night time” by Mark Haddon, tiene quince años, es entre autista y obsesivo compulsivo, y con una mentalidad increíblemente analítica, cartesiana. La claridad es su obsesión principal y por eso le gustan mas los perros que las personas, en tanto sólo tienen tres estados “tristes” “enojados” y “contentos”, y un gesto categórico para cada uno de ellos. En un momento de la trama de su diario dice: “The word metaphor means carrying something from one place to another...I think it should be called a lie...” De manera enfática a lo largo del relato afirma y reafirma “I don’t lie...” como su máxima.

Para este personaje tanto las metáforas como las mentiras sólo traen confusión al mundo. Él se representa exactamente lo que «la palabra» significa, cree en esa correspondencia exacta entre las palabras y las cosas, entonces, cuando le dicen una metáfora el se representa a los pájaros volando y no una cantidad de problemas y ambiciones imposibles de abarcar. En el lado opuesto se encuentra Friedrich Nietzsche quien define al lenguaje mismo como metafórico y metonímico, al punto de referirse incluso al “poder legislativo del lenguaje”, precursando el giro lingüístico (Ver en particular sus obras El Nihilismo: Escritos póstumos; Sobre la Verdad y la Mentira en sentido extramoral; Escritos sobre retórica). Hecha la salvedad, en este caso puede recurrirse al diccionario y redoblar la apuesta a la metáfora sin temores, no obstante lo dejaremos librado al lector.

Por otra parte, y como en este trabajo abundan las metáforas, también quedará librado al lector determinar si ello nos hace meros mentirosos o (audaces) ironistas retóricos, o porqué no, ambos.

tiempos y de otros contextos; por ejemplo, allá en las dictaduras, cuando la Razón de Estado era el enemigo monolítico al que desestabilizar. Esta representación retrata la unidimensionalidad en la forma de encarar “los problemas”, y al menos dos (para empezar) clausuras discursivas.

La primera refleja al problema y a la solución enfrentado a lo político, a esa arbitrariedad estatal que hay que torcer en “la lucha” por el derecho. La segunda, niega la posibilidad de conflicto y desacuerdo respecto a la “legitimidad”, ignorando el carácter trágico, el de conflicto irresoluble que subyace en la pregunta en torno a lo legítimo. Vamos a desafiar este diagnóstico fatalista desde un esquema epistemológico que parte de entender que **todo es interpretación** (hermenéutica<sup>47</sup>), perspectiva, que no existen los hechos ni los valores *a priori*, es decir, incondicionados, primeros o últimos, como el fondo objetivo, ontológico o metafísico independientes de una matriz de percepción. Ambas clausuras se relacionan con pensar al derecho como externalidad.

Como ya venimos insinuando, negamos que la “razón pública categórica” sea objetiva y que haya un derecho sin contingencias. Tal razón es (y a veces parece que Rosenkrantz lo insinúa en un relato con idas y vueltas), una cuestión de percepción, la que se construye ligada a la inmediatez en la producción de su racionalidad (o inteligibilidad).

Claro que podrá objetarse que si no se cree en meta-lugares o meta-relatos últimos, no se puede hablar de derechos humanos, ni de justicia, de ese páramo de lo trascendental que ocupa e insita a Filippini. Pues no es así. La gente habla de Dios sin creer en él (o ella), o creyendo, pero de formas diferentes a las medievales. La pérdida de fe en el carácter trascendente, estable y objetivo de los derechos humanos no nos deja sin nada, como suele denunciar un discurso maniqueo amigo-enemigo. De la misma forma, la pérdida de fe en una razón pública objetiva, restringida a una comunidad política (Estado-Nación) tampoco nos deja sin justicia posible. En todo caso, su imposibilidad hace a su posibilidad como experiencia personalísima y colectiva. Por el contrario, es más usual que la cristalización de saberes objetivos que clausuran la investigación, las búsquedas, y que imponen la necesidad de lo absoluto y universal, sean las que lleven a callejones sin salida, a la arbitrariedad enmascarada y el desasosiego.

Para los críticos como nosotros, el pensamiento, lenguaje y contexto forman parte de un mismo círculo hermenéutico del cual no se puede salir a riesgo de mistificar o cristalizar

---

47. En efecto la hermenéutica, a partir de que *el lenguaje nos trasciende y sin embargo hablamos* –como decía Merleau Ponty-, es decir venimos al mundo y venimos al lenguaje, “todo lo que es no pudo ser sino en el templo del lenguaje, casa del Ser que el hombre habita” (Martin Heidegger en Carta sobre el humanismo), consiste en “interpretar, interpretar la interpretación y seguir interpretando, sin refugiarse en ningún punto absoluto de clausura, en un abierto desafío a cualquier programa de semiología estructural. Muerto el significado trascendental, la significación se extenderá al infinito, enmarcada por la tradición y una de sus formas, la crítica” explica Martiniuk (op. Cit. P. 69) a raíz del modelo de la razón práctica de Gadamer. “Desde esta perspectiva –donde la interpretación no resulta externa a lo interpretado-, el problema se desplaza hacia un cuestionamiento a la unidad de la razón, a la univocidad del sentido y hasta la existencia de una verdad: las verdades serán tenidas por expresiones de diferentes maneras de ser ante el mundo... Así se examinan las condiciones en que tiene lugar la comprensión, partiendo de la tradición histórica en juego, y en ese comprender se excede al primer objeto –la obra escrita- para envolver a la experiencia humana, explorándola en su historicidad a través del lenguaje” (ob. Cit. misma p.). El intérprete es interpretado, todo es interpretación, incluso esa afirmación: el círculo hermenéutico rompe con el pensamiento binario impidiendo la estabilización del sentido.

esas perspectivas con pretensiones de saberes supremos. Y ese círculo no es vicioso, al menos lo es mucho menos que la tendencia del pensamiento piramidal a medirlo todo con la vara cartesiana (que requiere de un *cogito ergo sum* para empezar a hablar, pero ese preacuerdo o pensamiento *ex nihilo* no existe salvo como fuerza y desplazamiento de las interferencias, es decir, como monopolios, homo hegemonías, y cierta autoridad sobre los significantes que entran en el juego –y salen–).

Las clausuras discursivas que se mencionan más arriba, representan el tipo de mitos del “saber objetivo” contra la arbitraria política, un juego de suma cero, la lucha por “la verdad”. A pesar del ingrediente trágico de esta lucha, es decir, de que nunca hay soluciones finales ni últimas, aquellos que creen hablar legítimamente en sentido pleno, lo hacen violentando a los sujetos cuyo conflicto expropián a través de un discurso que desplaza la diferencia/contingencia fuera de él. El juego es, en definitiva, el del saber-poder-derecho que ignora el conflicto, el problema, y las posibilidades de re-descripción insitas en su reactualización.<sup>48</sup>

El debate en el que nos circunscribimos parte de reconocer que el conflicto siempre pone en crisis cierta configuración del orden social. El discurso jurídico tradicional pretende que existe un producto cerrado externo a ese conflicto que apareja su solución, una verdad jurídica que le pone fin a una disputa violenta, por medio de un marco institucional que entrecomilla cualquier respuesta (aún la más violenta: prisión, pena de muerte, etc.). Una perspectiva alternativa para aproximarse al asunto es que ese conflicto atraviesa también al discurso jurídico y deberíamos permitir que lo interpele, que se abra un espacio político que redefina las relaciones de fuerza a un nivel local y altamente contingente -como instancia crítica-.

Es desde la deconstrucción de ese discurso y la interdisciplinaria en las comprensiones del conflicto, desde donde se puede intentar desestabilizar y desmitificar en términos relativos, saberes que a pesar de parciales se muestran totales, completos, sin lagunas, u omnipresentes. Lo que pretendemos en este escrito es brindarle eficacia simbólica a las preguntas antes que a las respuestas, y no solo en cuanto preguntas sino también en cuanto a su formulación como forma de restricción de respuestas.

Claro que la objeción de siempre es porqué hacerlo, porqué desestabilizar nuestros “instrumentos de lucha”, “de orden y convivencia”, nuestra fe en la universalidad, la objetividad y la razón pública general del derecho. Tal vez porque su fuerza simbólica, en tiempos post-modernos, está tan debilitada como rezagada está la lucha por relaciones sociales más justas, por la emancipación de los oprimidos. Y tal vez porque es hora de intentar hacer algo de verdad, por esa fuerza y en esas luchas. En fin, el imperativo práctico que siempre pone en jaque a las vanidades teóricas y obliga a mover las piezas.<sup>49</sup>

---

48. Otros sentidos del derecho podrían imaginarse si en lugar de pensar a la producción jurídica como un hecho original y estable que perdura y atraviesa los conflictos, se la imaginara como la función F5 o de “actualización” en algunos navegadores de Internet. Un reenvío de mensajes de ida y vuelta al servidor ante cada conflicto, que da como resultado una nueva versión de la página, un nuevo estadio precario y contingente, pendiente del próximo click.

49. Las posibilidades de la ironía rortiana como crítica pueden apreciarse en: Allan C. Hutchinson, “The three ‘Rs’: Reading/ Rorty/Radically”, Book review, Harvard Law Review [Vol 103: 555, 1089]

## A donde va, y qué trae el búmeran

Imaginemos que la lucha por los derechos humanos que promueve Filippini es como lanzar un búmeran al “mundo civilizado”, el de las “relaciones y el orden” internacional, para que nos traiga la “receta” mágica de la dignidad, igualdad y libertad, esa retórica de “los caminos que los sueños, prometieron a sus ansias”<sup>50</sup> Tratemos de ver este como un ejemplo más del despliegue jurídico que en lugar de confrontar la crisis y su propia impotencia para zanjarla, eleva la mirada para ver donde puede remitificarse. La lucha por el derecho como la de todo discurso dualista (entre verdad y mentira, amigo y enemigo, el más acá y el más allá) que al fin de cuentas busca la jerarquía, el-orden-de-prelación-del-mundo. Un derecho que niega sus impotencias remitificándose a sí mismo, cuando tal vez podría redescibirse con un pie afuera y otro adentro del mito.<sup>51</sup>

Cada vez que lanzamos ese búmeran, también en cierta manera reafirmamos una filiación occidental y moderna, pero desde nuestro lugar marginal, post colonial, contingente, con todo lo que ello significa, nos ponemos en el lugar del que consume industria cultural, pues ninguna tecnología es neutral. Esa tecnología trae a los juristas todas las clasificaciones maniqueas, cual saber objetivo y superior, entre derechos políticos y sociales, civiles, económicos y culturales, entre tantos otros. Dualidades con sus jerarquías insitas, sus discusiones sobre las justiciabilidad y la exigibilidad, y sobre el carácter contra-mayoritario del poder judicial que consumimos sin chistar, como de “mayor calibre.” En definitiva, la *acción de arrojar el búmeran* solo difiere por el cambio de horizontes de turno: léase Ginebra, Kant, Dios, el orden, la democracia, el derecho, el humanismo, la razón, etc...

El búmeran vuelve cargado de nuevas violencias que desplazan las primitivas y autóctonas. En las alegóricas batallas entre las letras o palabras y las armas que imprime Borges a cuentos y poemas (ver por ejemplo, Poema conjetural), haciendo eco de cierta visión trágica de Sarmiento, aparece ese “destino sudamericano” que enseña que la lengua del otro como mono-lengua,<sup>52</sup> es tan violenta como las armas de la tierra que se defienden brutalmente, cual barbarie menos refinada en los usos estéticos de la “vieja Europa”.

Binder se pregunta qué puede salir de la amalgama entre una praxis enraizada en las prácticas coloniales de la España reaccionaria, normas “modernas” (es decir, ancladas en las revoluciones), unitarios y federales, caudillos, y a la vez recursos materiales que definen,

---

50. Evocamos ese tango, “Uno” de Mariano Mores y Santos Discepolo, tan lleno de sentidos “Uno [sic] busca lleno [sic] de esperanzas, el camino que los sueños prometieron a sus ansias. Sabe, que la lucha es cruel y es mucha, pero lucha y se desangra, por la fé que lo empecina...si yo tuviera el corazón que perdí [por la traición]...me abrazaría a tu ilusión...”

51. Otra metáfora: es como si, de la misma manera que la saturación de los mercados en las crisis del ‘30 obligó a la creación de los grandes mercados financieros para que, en la interpretación marxista del fenómeno, se readaptara el capitalismo y se salvara de sus contradicciones internas, la crisis del estado Benefactor hubiera también encontrado la salida especulativa y simbólica a través de los tratados internacionales de DDHH y las certificaciones ISO de la modernidad.

52. “Cada día que muere una lengua muere una cultura” enseña Eduardo Grüner en sus clases de Antropología y Sociología del Arte evocando a C. Levi Strauss.

en última instancia, no sólo el reparto material sino simbólico (basta pensar en las condiciones de ingreso de Buenos Aires a la confederación, o mejor de egreso de la confederación, para unirse a Buenos Aires).

Una llamada “organización del estado nacional” instauro la palabra y con ello dice dejar la sangre atrás, pero es esa misma sangre la que instauró ese orden y lo mantendrá en vigencia (vgr. campaña del desierto). El *orden del discurso* no carece de vocación política normativa. Entonces el conflicto local, la elegancia de la palabra, ciertas relaciones materiales, termina enfrentándonos a la complejidad y sudando una intuición: la igualdad, dignidad y libertad serían la etiqueta edulcorante de la fuerza. Se funda la fuerza legítima que en el tiempo y el olvido va dejando las huellas atrás y reduciendo cada vez más la percepción de la continua connivencia del derecho con la violencia y el conflicto...

### **Interludio sobre La voluntad política**

¿Qué supone pensar a la voluntad política como un escollo? Supone dos cosas: **1.** Que solo el Estado causa (ya sea por acción o por omisión), o que solo el accionar del Estado es relevante legalmente y, **2.** Que el Estado es monolítico, un sólo ser piramidal con la voluntad en la punta. Si de arriba de la pirámide se da la orden se derrama voluntad por las venas del estado.

¿Por qué se piensa así? Ya algo adelantamos. Los derechos humanos surgieron como una estrategia de defensa contra estados que actuaban para destruir paradigmas políticos que se interponían en su aventura autoritaria, y lo hacían de manera voluntarista, consistente y desde las lógicas verticalistas de gobiernos militares, con una doctrina monolítica: la doctrina de la seguridad nacional. Históricamente el concepto de los derechos humanos está ligado fuertemente (en términos de antagonismo) al nazismo, la más voluntarista y monolítica doctrina de estado, con una voluntad en la punta de la pirámide: el *führer*.

Muertos el *Führer* y Galtieri, el Estado está descabezado, sin voluntad. La película transcurre entonces como la búsqueda del malvado, que si no es alguien es una “falta.” Como el pecado original, primero se trataba de un hacer transgresor, y ello imprimía una carencia en la naturaleza humana pos-adánica, cual castigo divino: falta de voluntad. Ahora bien, ¿Cuál es el pecado original latinoamericano? ¿La razón de los DDHH es una suerte de gracia divina que viene a paliar nuestra debilidad estructural, nuestra naturaleza anómica? ¿Nos habremos independizado demasiado rápido en un arrebato adolescente cuando aún no estábamos domesticados?

Claro que ayuda a este razonar que la gran maquinaria burocrática tenga el efecto de la impersonalidad del poder, el cual se adjudica a la racionalidad del sistema con una confianza ciega en su funcionamiento “regular,” o a la voluntad (usualmente carismática -versión alemana- o al menos mesiánica -versión argentina con la doctrina de la SN-) que se encuentra en el vértice. Pero ahora, sin malvado, hallamos una nueva verdad: La inercia no tiene voluntad.

Tómese esto como un *entre*, espectral y ambiguo, subyacente en lo que sigue, que ya es lo último...

## La voluntad política como fetiche orgánico

En esta clave parece existir cierta continuidad entre el fetichismo de las formas jurídicas y el *fetichismo del estado*.<sup>53</sup> La adoración de un concepto, una abstracción, deviene en su sustancialización y con ello un discurso homogéneo sobre una realidad inexistente o de existencia restringida a cierta eficacia simbólica. Hablamos y legitimamos nuestros argumentos refiriendo al “Derecho” y al “Estado”, que no existen mas que como significado, cuyo poder simbólico homogeniza nuestro discurso jurídico que es el que a su vez le da existencia semántica, y mayor o menor valor simbólico.

La falta de voluntad política, la mala legislación, la corrupción, la anomia popular, el estado ineficiente, el estado malo, el estado benefactor, etc. son todas rutas subalternas de esta estirpe, las que tomamos para eludir la autopista de complejidades que impone el conflicto. Ello, porque precisamente lo que esta en juego es el efecto propio del fetiche: registrar la representación, una propiedad mayor a lo que es representado, el modo de significación a expensas de lo que es significado. O mejor, cual falsa totalidad, un nombre que evoca algo que no existe pero cuyo enunciar no reconoce esa condición.

Y ese fetiche sostiene un mercado simbólico. En ese mercado nos hacemos acreedores y deudores simultáneamente del juego ¿Qué sucede para que en lugar de un entramado de prácticas complejas se perciba como causa de todos los males y destinatario de todos los reclamos a una entidad ideológicamente sustancializada que ya nadie sabe muy bien qué significa, que actúa como significante vacío, como “la seguridad” en la *razón populista* de Ernesto Laclau? Cuando se reclama la aparición con vida de Julio López ¿qué se reclama sino la readaptación del estado a la visión fetichizada del mismo? ¿Acaso no se ignoran sus limitaciones estructurales y no se piensa que simplemente le falta voluntad para encontrarlo?

La búsqueda de fetiches mistificantes (legitimantes) en el lanzamiento del búmeran es otra de las formas de búsqueda de una llave mágica en el espacio internacional, el espacio que dé vida a una “voluntad política inexistente,” o a una “ley igualmente espectral,” que funcione como los “frenos y contrapesos” de Alberdi, que nos encadenen al “orden y la cultura” como especifica la cita de Filippini.<sup>54</sup>

---

53. Regis Debray en “El Estado seductor” afirma a propósito del concepto de estado y la violencia simbólica: “Nadie ha visto nunca un Estado. Ni a simple vista ni en microscopio, ni en foto ni desde un avión. No es una cosa, como un territorio o una porción de océano. Es una cierta relación entre los hombres por la cual el derecho de mandar es independiente de la persona del que manda. Una colectividad se rige por un estado cuando el vínculo de sumisión de hombre a hombre es reemplazado por una subordinación de principio. Esta despersonalización de la obediencia crea la institución. La violencia puede dar a luz un poder de hecho, pero no puede ni suscitar ni perpetuar por sí sola el consentimiento, este último supone una ‘dominación simbólica’ mediante la cual los sometidos incorporan los principios de su propia sujeción. Esta adhesión hace que la autoridad sea ‘natural’, lo cual en reciprocidad, hace obligatoria la adhesión. Si bien la institución estatal acompaña relaciones de fuerza materiales funciona en sí misma como un fenómeno de creencia”. Cfr. Debray, R., *El Estado Seductor*, Alianza, Madrid, 1997, pág. 132. Respecto al problema del fetichismo del Estado se pueden ver algunas aproximaciones en: Abram Philips “Notes on the Difficulty of studying State” (1977), en *Journal of Historical Sociology* Vol. 1 No. 1 March 1985 ISSN 0952-1909; Michael Taussig, *Un Gigante en convulsiones*, Cap. 7 *Maleficium*: el fetichismo del Estado; Gastón Gordillo, *El Gran Chaco: Antropologías e Historias*. Bs As, Prometeo, 2006, *Fetichismos de la ciudadanía*.

54. Filippini, Leonardo. Ob. Cit. p. 197

Pero cuando usualmente se dice que no existe dicha voluntad, no se está haciendo referencia al vacío, sino a culpables unívocos como disfunción de un sistema que en términos genéricos, es *universalmente defendible*. La lógica del búmeran aparece en última instancia organicista, y nuestro *margen*<sup>55</sup> es disfuncional, está enfermo y necesita las recetas de otros lugares. La mirada aérea convierte una crisis en un *pattern*, con numerosísimos estudios en el mundo dándole respuesta. Filippini lo especifica con claridad en la cita a Barra: “Argentina se estaba ahorrando los cuarenta años de discusión que hubo en Europa a partir del Tratado de Roma para consolidar y constituir la Unión Europea.”<sup>56</sup>

Siempre podemos decir, “Pedrito no estudia, hablamos 500 veces con el y no hay caso. El año pasado se llevo 10 materias. Le falta voluntad, es vago, salió al tío pepito...”, o se puede recurrir al sujeto fragmentado del psicoanálisis, e interpretar la existencia de algún conflicto que trasciende la falta de voluntad. Porque deconstruir la voluntad, es deconstruir el sujeto cartesiano mostrando la cantidad de fuerzas y choques que lo hacen distar de un principio de acción homogéneo y perfectamente auto reflexivo.<sup>57</sup> Tal vez sólo de la primera manera pueda interpretarse la aspiración de Filippini, de que el foro internacional será el ágora donde puedan oírse las voces silenciadas en el ámbito nacional.<sup>58</sup> (Y ello sin las suspicacias que genera la composición de las hegemonías en la comunidad política internacional, y la inaccesibilidad geográfica, cultural y económica de esos foros para la enormísima mayoría de las voces).

El problema es que el discurso que se centra en la individualidad, homogeneidad, unidad del “sujeto situado en el centro del ordenamiento jurídico”, invisibiliza invariablemente la complejidad de la psiquis, de la localidad cultural y política. Por eso resulta tan maniqueo y poco convincente (a cualquiera que no profese el culto a los fetiches jurídicos), el pensar la “anomia” como una uniformidad idiosincrásica, o reenviar su explicación a la falta de mecanismos de aplicación y coacción de las normas. Son dos caras de la misma moneda que niega al sujeto local y localizado, a la complejidad de la interacción<sup>59</sup>.

Cuando se alude a la falta de voluntad de obedecer a la razón universal, trascendental, se apunta, como ya dijimos, a una particular filiación-devoción a un *norte* (otra ambigüedad sin falta de ironía), claramente visible: “es sabido lo que hay que hacer”, “es cuestión de querer hacerlo”. Avergoncemos entonces al Estado argentino ante el mundo (*a shame on*

---

55. La metáfora del margen la utiliza Eugenio Raúl Zaffaroni en *Criminología: aproximación desde el margen*. Ob. Cit.

56. Filippini, Leonardo. Ob. Cit. p. 198.

57. En ese sentido, resulta extraordinario, de gran originalidad y rigor el último trabajo Jaime Malamud Goti: *Suerte moralidad y responsabilidad penal*, Ed. Hamurabbi, 2008. En las palabras previas realiza la siguiente afirmación que (a nuestro juicio) subyace a todo el relato, “El tema de la suerte y la responsabilidad nos enfrenta con el hecho de ser varias identidades simultáneas. Atribuimos así a la suerte hechos y proyectos trazados por criaturas ignoradas y recónditas que por momentos se adueñan de nosotros. A pesar de tratarse de una cuestión de suerte para nuestra identidad cotidiana, son otras existencias las que se apoderan de las riendas que guían nuestro cuerpo, como las que comandan los sueños y las fantasías. No se trata, por cierto, de un descubrimiento del siglo XX, ya que, a fines del mil quinientos, Michel De Montaigne dedicó uno de sus ensayos a esta extrañeza.” (ob. cit. p. 13).

58. Filippini, Leonardo. Ob. Cit. 201-202

59. Ver: Enrique Martín Criado, “Los decires y los haceres”, Universidad de Sevilla, Departamento de Sociología 41005 Sevilla. Spain. Papers 56, 1998 57-71.

*you Argentina*). Acallemos desacuerdos y disidencias internas, saldemos la falta de voluntad a través de La Voluntad, la del saber privilegiado, la hija predilecta de la modernidad, eso sí, corregida.

Claro que estarán los que pregunten y... ¿las guerras mundiales? Bueno, no, eso es porque faltaban límites a los Estados, a sus ideologías, sus soberanías desbordadas, su crecimiento imperial. Esto tuvo que ver con líderes carismáticos que además de estar locos convencieron a las masas. La culpa la tuvo Nietzsche (o cierta versión de él que expandió su hermana anti-semita), o Schmitt, tal vez. Hay que **corregir** acudiendo al imperialismo de la buena razón, que nada tuvo que ver: los buenos y razonables derechos humanos, pues ahí no hay imperio sino “deber ser”<sup>60</sup>.

Es decir, desplacemos la voluntad de Hitler y de Galtieri por la buena razón de los derechos humanos, nieta de los griegos y romanos, e hija de las revoluciones modernas, la *grund norm* kelseniana que casualmente dio lugar a la constitución que el tercer reich desplazó... Y qué casualidad que *Grund* quiere decir principio, fundamento, en definitiva el *arkhe* griego que funda toda la onto-teología occidental, que sustancializa el presupuesto del orden, del dualismo y de la jerarquía.<sup>61</sup> Reajustemos nuestros desvíos de la historia occidental...

Todo el pensamiento crítico de la modernidad, efervescente en la posguerra, quedó sin embargo barrido, por las respuestas de manual, un nuevo recurso a la ilustración y la línea del progreso. Ganó la teoría “del desvío y la disfunción”, la necesidad de meros correctores... El discurso de los derechos humanos y sus herramientas de “aplicación” son eso, un aparato corrector insensible a las complejidades. Lo mismo pasó con otras batallas locales sobre la teoría del derecho, como la de los realistas y los *critics* en Norteamérica, barridas por las teorías reconstructivas como la de Dworkin, y las críticas latinoamericanas de Atria, barridas por el optimismo cosmopolita devoto de tribunales constitucionales (reconvertidos ahora a productores retóricos de los mensajes emancipadores “que los sueños prometieron a sus ansias”).

Las paradojas de los discursos universalistas se guardan bajo la alfombra, se amortiguan con versiones de lo “ambivalente” en el activismo y los “nuevos derechos”<sup>62</sup> que se construyen sobre las “identidades.” Hoy tenemos un inmenso desarrollo del derecho internacional, múltiples fuentes internacionales<sup>63</sup> y “un estado”, tal vez “el” paradigma de muchos estados (mayor financista de esa producción) que puede decir abiertamente que la tortura es legítima como medio para combatir el *llamado* terrorismo... Eso, que a la vista teórica es paradójico, en el ámbito de las razones prácticas es totalmente coherente...

---

60. Los trabajos de Costas Douzinas resultan bastante provocadores al respecto.

61. Ver nota 4.

62. Ver Rosenblum, Peter “Teaching Human Rights: Ambivalent Activism, Multiple Discourses, and Lingering Dilemmas” Spring 2002, 15 Harv.Hum. Rts. J. 3001 en inocua respuesta a la contundente crítica de Kennedy, David “The International Human Rights Movement: Part of the Problem?” Spring 2002, 15 Harv. Hum. Rts. J. 99

63. Es notable, y cuento común, la decepción de alumnos en el cursado de la carrera de abogacía en la UBA cuando llega el momento de estudiar Derecho Internacional Público. Con plena expectativa de estudiar al fin algo del mundo real, de las relaciones de fuerzas del llamado *real politics*, se encuentran sin embargo con programas de estudio consistentes en docenas de tratados internacionales...

Y frente a cada crisis, vuelven los intentos reconstructivos, las teorías de la disfunción, el ánimo organicista a fagocitar sus propio *default*. ¿Cómo? Sencillo. Arrojando el búmeran una vez más...

Cuán diferente sería si, en cambio, se abordaran las crisis de sentido atendiendo a las razones prácticas desde los bordes del discurso del derecho, hundiéndose en el campo jurídico como conglomerado de prácticas y representaciones, y deconstruyendo las razones teóricas pues en ellas se ciernen una serie de exclusiones (y relaciones de fuerza cristalizadas, estabilizadas). Estas son la clave para vislumbrar las fugas tapadas en pos de lograr la eficacia simbólica en el campo... los olvidos constitutivos<sup>64</sup>

En otras palabras, cuando el búmeran vuelve cargado podemos participar de la racionalización imperialista por borrar los significados locales con un significante trascendental, o podemos, en cambio, acampar en sus paradojas y sus dilemas, deconstruir las recetas todo lo que sea necesario, hasta que las razones del hecho local, del conflicto inundado de sus complejidades, pueda conversar en algún punto no expropiante con las razones de esas normas que deberán dejar de pretenderse trascendentes, y abandonar la pretensión de que no violentan a los sujetos del campo.

## **El conflicto y la autoridad del derecho, entre relatos y meta-relatos privilegiados**

Hemos insinuado que cuando a Carlos Rosenkrantz le preocupa la autoridad del derecho, es decir ese particular efecto que el mandato jurídico tiene sobre nosotros (hacernos sentir obligados a actuar conforme a la regla jurídica), lo que le interesa no es otra cosa que el efecto performativo del lenguaje jurídico por sí mismo, sin otro aditamento, y en términos generales (bajo cualquier circunstancia). Se embarca entonces, en la búsqueda de esa razón (que no es estrictamente moral) que nos lleva a obedecer, lo que no es otra cosa que ese argumento que nos persuade a actuar de tal o cual manera en cualquier circunstancia.<sup>65</sup>

Esa razón es el efecto simbólico del derecho, su poder performativo autónomo y en abstracto sobre nosotros, y que se espera, actúe incondicionalmente en cualquier contexto. En la línea de esa obsesión particular le preocupa, por ejemplo, que las sentencias judiciales se cumplan, pero no porque son derecho justo, sino porque proponen un resultado de derecho. Y más que éste, lo inquieta cómo queda parado el derecho si las sentencias fundadas en derecho no se cumplieran.

---

64. Pierre Bourdieu, *Razones Prácticas. Sobre la teoría de la acción*, Anagrama, Barcelona, 1997, en particular el capítulo "La economía de los bienes simbólicos", p. 159/201; F. Nietzsche, *Sobre Verdad y Mentira en Sentido extramoral*, ob. cit., "se ha inventado una forma de las cosas uniformemente válida y obligatoria, y el poder legislativo del lenguaje proporciona también las primeras leyes de verdad, pues aquí se origina el contraste entre verdad y mentira.(...)Solamente mediante el olvido puede el hombre alguna vez llegar a imaginarse que está en posesión de una 'verdad'..."

65. En honor a la exactitud (imposible), estamos aquí comentando el pensamiento *Rosenkrantziano* en relación a la autoridad del derecho que trasciende el debate con Filippini, y que se encuentra reflejado con mayor coherencia y completitud en el texto "La autoridad del derecho y la injusticia económica y social" y la réplica a sus comentaristas "La autoridad del derecho y la teoría de un derecho con autoridad", publicado en la Revista *Discusiones*, Número 6-2006, *Derecho y Autoridad*, Paula Gaido (editora). P. 17-58 y 209-242.

Sucede que la gente no solo cumple las sentencias por el efecto performativo del lenguaje jurídico (su potencial simbólico actualizado),<sup>66</sup> como ya muchísima literatura desde antaño lo sostiene. Los efectos performativos de la orden judicial compiten y se refuerzan con el efecto performativo de muchos otros discursos.

Ahora bien, a Rosenkrantz le encantaría que esa competencia siempre la gane el derecho, aun cuando la gente obedezca no por los efectos performativos del discurso jurídico, sino por los efectos performativos (disuasivos o prudenciales) de, por ejemplo, una policía dispuesta a encarcelarlos. Ello es así, porque lo que realmente obsesiona a Rosenkrantz es que el «símbolo» en abstracto (no su valor performativo en concreto) como potencial generador de performatividad, subsista y se consolide.

Si se entiende esta sutil distinción (el efecto preformativo abstracto y el actualizado en concreto) se entendería que para Rosenkrantz lo importante es que gane el derecho (que se obedezca las reglas y que se cumplan las sentencias) no por meras razones lúdicas ni de justicia trascendente, sino por razones instrumentales en abstracto. Alguien que realmente cree que es bueno que siempre gane la razón del derecho (aunque la gente lo obedezca por otras razones internas) tiene la creencia de un positivista ideológico, cree en el valor intrínseco del orden jurídico para brindar una imagen de coordinación sistémica de la vida social.

Pero cuando de-construimos la creencia de Rosenkrantz, como Nino solía hacerlo con los positivistas ideológicos<sup>67</sup>, con lo que nos encontramos es con el prejuicio de que «en general» el discurso jurídico describe y soluciona los conflictos de la mejor manera posible, o que, al menos, lo mejor es que quien describa y solucione los conflictos sea el discurso jurídico (y no la fuerza no-institucional). Ese relato monopolizado que provee el derecho encapsulado en normas, acerca de como son las cosas y como es justo que se resuelvan las disputas sobre ellas, es el relato que debe imponerse porque creemos que en términos generales es lo mejor (aunque no lo sea en concreto). No obstante, ese meta-relato del derecho, suele ser arbitrario en el caso concreto, y aún con el imaginativo/especulativo auxilio de las versiones re-constructivistas al estilo Dworkin o Rawls, que después de unos pasos de esgrima argumental creen que el mundo estará mejor con las clausuras del derecho (y si no lo está, se insiste ahora convencer que es culpa de la política, tan diferente a los purísimos principios).

Hecho el ejercicio de des-autorización local de la proyección abstracta del derecho, las cosas cambian. Las metatallas re-constructivistas aparecen como malos relatos que no superan el conflicto, son insuficientes, lo suspenden, y lo acentúan por ser incapaces de capturar las complejidades de los sujetos y de la *praxis*, es decir, suponen clausuras discursivas a través de conceptos abstractos que en el caso concreto constituyen auténticas declaraciones de guerra hacia lo particular. Es en esos casos donde entran en conflicto la fidelidad al valor simbólico del derecho y su valor concreto.

---

66. Al respecto se puede ver un trabajo de antropología: "Derecho y coerción moral en el mundo de los ingenios" de Ligya Sigaud, *Estudios históricos*, Vol. 9 N° 18, 1996/2; resulta ilustrativo en torno a las complejas relaciones entre el derecho y la movilización social.

67. Nino, Carlos *Introducción al Análisis del Derecho*. Ed. ASTREA.

Reconocer que los relatos del derecho son insuficientes, y en la práctica resultan injustos, arbitrarios, dilemáticos, y por lo tanto no superadores de los conflictos, es reconocer en algún punto que no hay diferencia entre la clausura violenta del conflicto en manos del más fuerte, y la decisión de clausura del derecho, de la sentencia judicial. Mandar hacer, bajo amenaza de coacción, una vacuna a una administración dislocada en su coordinación y circuitos de comunicación, puede ser burdo, arbitrario y hasta déspota en muchos sentidos relevantes, aunque en abstracto resulte muy racional que en nombre de los derechos se tuerza el brazo de la voluntad política.<sup>68</sup>

Pero otra vez, el derecho tiene solo efecto performativo en competencia con el efecto performativo de otros discursos, de otros relatos de cómo son las cosas y qué es lo injusto y lo justo.<sup>69</sup> Entonces, en lugar de concentrarnos en su valor simbólico como hacen Rosenkrantz y Filippini, nos concentramos en los efectos performativos inmediatos y contextuales del derecho, no como fin en si mismo, sino como herramienta en un juego del lenguaje mas amplio. En ese caso, nuestra manera de servir al valor simbólico del derecho será diferente, buscando su eficiencia no en términos de ganar siempre (de ganar casos y de que las sentencias se ejecuten correctamente), sino en clave de desestabilizar estados de cosas cuya justicia es, al menos, de-construible desde las miradas locales de quienes padecen el statu quo.<sup>70</sup>

Alguien debería funcionar desde el derecho como «apéndice del conflicto», timón de la violencia, que obligue, jugando el juego, a generar nuevos relatos, que no es otra cosa que mover a la experimentación, a las redescrpciones que nos acerque a un derecho que le sirva a la gente de carne y hueso, de hoy, en un lugar determinado y durante cierto tiempo. Más que versiones ingenuas sobre el dialogo, la deliberación o la teoría de la acción comunicativa, puro ejercicio de deconstrucción (en lo negativo) y de hermenéutica (en lo positivo), pero una hermenéutica local, efectista.

## **Contra el fetichismo de la Razón**

La Razón jurídica, como la consistencia, excluye el conflicto y hacen creer en soluciones conciliatorias «justas.» Ahora bien, creemos que lo interesante de la reivindicación del conflicto, cual irresoluble (a pesar de la ficción jurídica), y que hace a la movilización de los actores (no siempre de manera pacífica o respetando las ficciones), es que son ellos los que buscarán imponerse con cuanto recurso encuentren, incidiendo en la configuración del orden social y del discurso que los

---

68. El director de cine danés, Lars Von Trier, ha sabido reflejar la arbitrariedad local del discurso legítimo magistralmente en las películas "Dogville" y "Manderlay", representando genialmente lo que podríamos llamar las "aporías del narcisismo moral."

69. Derrida se refiere a la justicia como siempre atravesada por la indecidibilidad y como tal último valuarte de la posibilidad de la de-construcción y crítica del derecho (su condición de perfectibilidad)... Derrida, J., *Fuerza de Ley: El Fundamento místico de la autoridad*, Tecnos, Madrid, 1997. Es muy interesante y afín a estas líneas el trabajo reciente de Ana Mesutti: *La Justicia deconstruida*. Ed. Bellaterra. Barcelona, 2008.

70. La mayor parte de estas conclusiones son fruto de algunos de los debates que tuvieron lugar en la red de clínicas ([www.reddeclinicas.org.ar](http://www.reddeclinicas.org.ar)) entre Mayo y Diciembre del 2008.

excluye. La indecibilidad, la imposibilidad de elección racional y justa rescata ese ingrediente trágico para devolver a los actores la posibilidad de un drama, pues es él, el que los hace verse como actores y los constituye como tales, desmonopolizando el orden simbólico del mundo, el imaginario social instituido. Reinstala la disputa en el borde del orden discursivo que pretendía conservar las relaciones de violencia (cual legítimas/invisibles).

Ello nos situaría, a los operadores jurídicos, en un lugar más negativo que positivo, en tanto se trataría de actuar como apéndices de conflictos que no encuentran lugar en las clausuras discursivas del derecho, pero de ninguna manera para dar la solución justa, sino para a partir de la praxis deconstructiva hacer posible un juego hermenéutico que desplaza el meta-relato del derecho por el relato de la praxis de los actores situados (aquellos desplazados y aquellos que abogan por la conservación del orden).

No hay institución que resuelva nada, sólo objetos transformados en sujetos por un orden discursivo. Al quebrar ese orden discursivo, los antes meros sujetos producto de meras adjudicaciones categoriales aparecen como actores.

Desestabilizar -propuesta que ponemos sobre la mesa- es abrir conflictos que subyacen a las clausuras discursivas. Abrir un juego hermenéutico y experimental es entender que el meta-relato de la justicia y del derecho son sólo relatos contingentes con pretensión monopólica, final y definitiva.

### **Conclusiones (no conclusivas): *Hermes y la justicia como experiencia*** *(intraducible y que sin embargo nos obliga a decir)*

Hemos recorrido un camino aporético: quienes pretenden abrir el juego de la emancipación, del cambio sistémico, nos dejan presos de contenidos foráneos, abstractos, vacíos, y de una determinada filiación moderna y occidental, que pretende neutralizar la heteronomía. ¿Qué hombre van a proteger los derechos humanos si ya lo están concibiendo, encerrando y condicionando de antemano según sus propias definiciones, en tanto no pueden ver a los otros hombres? ¿En qué se parecen los hombres de oriente (que en realidad carecen del concepto) con el hombre del humanismo occidental<sup>71</sup> de raíces greco-judeo-cristianas?

---

71. Una ética de la interpretación como la que proponen filósofos como Gianni Vattimo nos lleva a recordar las palabras (para el ultra hombre del post-humanismo) de Giorgio Agamben en *La Comunidad que viene*: «El hecho del que debe partir todo discurso sobre la ética es que el hombre no es, ni ha de ser o realizar ninguna esencia, ninguna vocación histórica o espiritual, ningún destino biológico. Sólo por esto puede existir algo así como una ética: pues está claro que si el hombre fuese o tuviese que ser esta o aquella sustancia, este o aquel destino, no existiría experiencia ética posible, y sólo habría tareas que realizar» (SIC). Ernesto Sábato en la introducción a su ensayo *Hombres y engranajes*, nos mostraba con estas palabras los efectos paradójicos del humanismo: «El capitalismo moderno y la ciencia positiva son las dos caras de una misma realidad desposeída de atributos concretos, de una abstracta fantasmagoría de la que también forma parte el hombre, pero no ya el hombre concreto e individual, sino el hombre-masa, ese extraño ser con aspecto todavía humano, con ojos y llanto, voz y emociones, pero en verdad engranaje de una gigantesca maquinaria anónima. Este es el destino contradictorio de aquel semidios renacentista que reivindicó su individualidad, que orgullosamente se levantó contra Dios, proclamando su voluntad de dominio y transformación de las cosas. Ignoraba que también él llegaría a transformarse en cosa» (SIC).

Así, aún encerrados en cierto coqueteo<sup>72</sup> con los esquemas clásicos con los cuales discutimos, volvemos a cierta tríada: Justicia- Comunidad y Derecho, atravesada por el conflicto y la violencia, es decir, esos indecibles, imposibles de reducir a homo-hegemonía (hegemonía de lo igual, Derrida). Si no los consideramos en el contexto de la relación política corremos el riesgo de hablar en nombre de una universalidad que tras su máscara de secularidad y neutralidad esconde violencia contra los llamados sujetos propios de derecho, contra sus voces excluidas, las personas y su (declamado) derecho a identificarse con las expresiones de derecho y de justicia, los actores sociales privados de su condición de tales.<sup>73</sup>

La pregunta para hacerse es si la legitimidad del discurso de los derechos humanos debe buscarse en sus contenidos y/o en su reconocimiento e instauración constituyente por las comunidades. Si vemos únicamente los contenidos corremos el riesgo del positivismo ideológico de confundir justicia y legalidad impidiendo la perfectibilidad y crítica de ese discurso que se torna autorreferente. Si vemos únicamente las formas procedimentales (inapelables, como la presunción democrática) como aquellas que lo legitiman todo, corremos el riesgo de que sus formas participativas escondan exclusiones originarias, relaciones de fuerza, el juego inevitable de la suma cero, etc. La pregunta no es nueva, sólo que han abundado las respuestas meramente institucionalistas...

Sea como sea, estamos pensando que nunca debe considerarse plenamente legítimo ningún discurso de los derechos para rescatar eso que Derrida llama la indecidibilidad de la justicia, el “por fuera” excluido, la violencia ineludible del lenguaje. Para ponerlo en los términos clásicos del debate, ignorar los vínculos entre el derecho, política y moral, exacerbados en momentos de conflicto, irá en desmedro de las posibilidades auténticas de ese estado de derecho legítimo (o razón pública de Rosenkrantz) y con ello peligrará su validez, vigencia y efectividad, categorías ellas más propias de una matriz epistemológica que va develando su propia impotencia, pero que para empezar podemos re-escribir.

Si explicitamos las contingencias en esa serie circular pensamiento-lenguaje-contexto que desmiente el privilegio moderno del pensamiento, nos sentimos más a gusto cuando las “decisiones” están cerca *nuestro* (y este *nuestro* es más que geográfico), cuando las “razones” tienen más que ver con lo que sentimos y como nos vemos a nosotros mismos y al mundo, cuando somos admitidos como alteridades fragmentadas

---

72. Joaquín Millón en su comentario a Tlön, Uqbar, Orbis Tertius en el marco del seminario de Jaime Malamud Goti en la Universidad de Palermo, explica la conveniencia estratégica de introducir juegos de lenguaje nuevos con cierta moderación (Inédito).

73. Las metáforas contractualistas habilitan trasladar legitimidad desde la idealidad a la realidad, sujetos hipotéticos justifican coerciones sobre sujetos de carne y hueso, imperativos categóricos funcionan con contenidos que paradójicamente ninguna razón/sujeto particular concreta y visible discute y sostiene. Del voto a la representatividad existe una distancia asimilable a la que hay de la subjetividad como alteridad a la subjetividad como trascendentalidad universal y a priori. Las distancias antes mencionadas no sólo son cívicas sino epistemológicas, del no voto al voto, del voto a la (re)presentación, de la representación a lo presente y de la discusiones jurídicas al conflicto y la violencia que les subyace existen distancias proporcionales y abismales. En definitiva, se reclama espacio, espacio en la teoría y en la praxis –en tanto inescindibles- para la voz de las personas que sufren de la peor violencia, la institucional, cristalizada debajo del aura de la legitimidad, del olvido existente en el sustento meramente jurídico, pues como enseñaron en cierto modo Nietzsche, Freud, Borges y otros detrás de todo fundamento hay olvido

por la contradicciones, diferentes, como deseantes e inconscientes, cuando la arena pública es hospitalaria respecto de nuestra arbitraria necesidad.

La deconstrucción del discurso jurídico nos brinda la posibilidad de desestabilizar sus clausuras, es decir las claves arbitrarias pero encubiertas que lo reproducen. No porque lo arbitrario sea malo, sino precisamente porque afirmada la arbitrariedad, podemos luchar por incidir en ella como actores sociales. Lo arbitrario es nuestro, mientras que la Razón es de nadie.<sup>74</sup>

Ahora bien, si nos quedáramos en el juego deconstructivo no estaríamos haciendo más que teoría crítica. La hermenéutica como hecho de fuerza, de interpretación desde el lugar local y situado, admite un relato que puede nutrir una manera descentralizada de redefinición de los conflictos. Es decir, si ya nadie tiene la “palabra legítima” para decir ni hacer nada, lo que tenemos es fuerza contingente. El universo normativo asume así su enfrentamiento trágico respecto de lo particular, viéndose obligado a nutrirse de la palabra viva de los actores.

Esa es la experiencia hermenéutica que se propone, y es lo que convierte al Juez ya no en Júpiter (la legalidad abstracta hecha carne) ni Hércules (juez hiperactivo salvador) sino en hermes (con minúscula), un mero espacio o mecanismo de “comunicación”/“lucha”, lenguaje en acto, experiencia que encarna todas las contradicciones sociales ... Eso sí, no en el sentido deliberativo y dialógico donde en el plano de la racionalidad todos deberían ser felices, más bien como hecho de fuerza, de interpretación...

Así que, si hemos criticado mucho y dicho demasiado poco, estas líneas están justificadas. De otro modo, también lo están...Sobre todo si fuimos arbitrarios...

---

74. Hannah Adendt, *On Violence*, Ed Harvest/HBJBook: “Hoy debemos agregar la última y quizás mas formidable forma de esa dominación: La burocracia o el gobierno de un intricado sistema de agencias en que ningún hombre, ni el mejor ni el peor, ni unos pocos ni muchos, puede ser tenido como responsable, y que podría llamarse el gobierno de Nadie (“the rule of Nobody”)...Si de acuerdo con el pensamiento político tradicional o clásico, identificamos como tiranía al gobierno que no está obligado a rendir cuentas de sí mismo, el gobierno de Nadie (impersonal) es claramente el mas tiránico de todos, ya que no queda nadie que al menos pudiera ser requerido o interrogando en torno a lo que ‘se está haciendo’” (Pag. 38). Asimismo, Robert Cover en *Derecho, Narratividad y Violencia* (Ed Gedisa) analiza la relación que existe entre el juez que “dice el derecho” y la violencia, que a partir de ello se actualiza como una de lejanía, amortiguada de manera que se atribuye toda consecuencia a la institucionalidad o función negando todo compromiso moral y con ello sensibilidad personal...

## Apéndice:

A)

### **El silencio de la sirenas**<sup>75</sup>

Existen métodos insuficientes, casi pueriles, que también pueden servir para la salvación. He aquí la prueba: Para guardarse del canto de las sirenas, Ulises tapó sus oídos con cera y se hizo encadenar al mástil de la nave. Aunque todo el mundo sabía que este recurso era ineficaz, muchos navegantes podían haber hecho lo mismo, excepto aquellos que eran atraídos por las sirenas ya desde lejos. El canto de las sirenas lo traspasaba todo, la pasión de los seducidos habría hecho saltar prisiones más fuertes que mástiles y cadenas. Ulises no pensó en eso, si bien quizás alguna vez, algo había llegado a sus oídos. Se confió por completo en aquel puñado de cera y en el manojito de cadenas. Contento con sus pequeñas estratagemas, navegó en pos de las sirenas con inocente alegría. Sin embargo, las sirenas poseen un arma mucho más terrible que el canto: su silencio. No sucedió en realidad, pero es probable que alguien se hubiera salvado alguna vez de sus cantos, aunque nunca de su silencio.

Ningún sentimiento terreno puede equiparse a la vanidad de haberlas vencido mediante las propias fuerzas. En efecto, las terribles seductoras no cantaron cuando pasó Ulises; tal vez porque creyeron que a aquel enemigo sólo podía herirlo el silencio, tal vez porque el espectáculo de felicidad en el rostro de Ulises, quien sólo pensaba en ceras y cadenas, les hizo olvidar toda canción. Ulises, (para expresarlo de alguna manera), no oyó el silencio. Estaba convencido de que ellas cantaban y que sólo él se hallaba a salvo. Fugazmente, vio primero las curvas de sus cuellos, la respiración profunda, los ojos llenos de lágrimas, los labios entreabiertos. Creía que todo era parte de la melodía que fluía sorda en torno de él.

El espectáculo comenzó a desvanecerse pronto; las sirenas se esfumaron de su horizonte personal, y precisamente cuando se hallaba más próximo, ya no supo más acerca de ellas. Y ellas, más hermosas que nunca, se estiraban, se contoneaban. Desplegaban sus húmedas cabelleras al viento, abrían sus garras acariciando la roca. Ya no pretendían seducir, tan sólo querían atrapar por un momento más el fulgor de los grandes ojos de Ulises. Si las sirenas hubieran tenido conciencia, habrían parecido aquel día. Pero ellas permanecieron y Ulises escapó. La tradición añade un comentario a la historia. Se dice que Ulises era tan astuto, tan ladino, que incluso los dioses del destino eran incapaces de penetrar en su fuero interno. Por más que esto sea inconcebible para la mente humana, tal vez Ulises supo del silencio de las sirenas y tan sólo representó tamaña farsa para ellas y para los dioses, en cierta manera a modo de escudo.

---

75. Franz Kafka, Obras Completas, Ed- Teorema, Visión Libros, Título del original en alemán: Gesammelte Werke, Traducciones de Joan Bosch Estrada, A. Laurent, Roberto R. Mahler, José Martín González y Jordi Rottner, Impreso en España, 1983.

B)

**Lunes, 22 de julio de 1985** • <sup>76</sup> (Jorge Luis Borges)

He asistido, por primera y última vez, a un juicio oral. Un juicio oral a un hombre que había sufrido unos cuatro años de prisión, de azotes, de vejámenes y de cotidiana tortura. Yo esperaba oír quejas, denuestos y la indignación de la carne humana interminablemente sometida a ese milagro atroz que es el dolor físico. Ocurrió algo distinto. Ocurrió algo peor. El réprobo había entrado enteramente en la rutina de su infierno. Hablaba con simplicidad, casi con indiferencia, de la picana eléctrica, de la represión, de la logística, de los turnos, del calabozo, de las esposas y de los grillos. También de la capucha. No había odio en su voz. Bajo el suplicio, había delatado a sus camaradas; éstos lo acompañarían después y le dirían que no se hiciera mala sangre, porque al cabo de unas «sesiones» cualquier hombre declara cualquier cosa. Ante el fiscal y ante nosotros, enumeraba con valentía y con precisión los castigos corporales que fueron su pan nuestro de cada día. Doscientas personas lo oíamos, pero sentí que estaba en la cárcel. Lo más terrible de una cárcel es que quienes entraron en ella no pueden salir nunca. De éste o del otro lado de los barrotes siguen estando presos. El encarcelado y el carcelero acaban por ser uno. Stevenson creía que la crueldad es el pecado capital; ejercerlo o sufrirlo es alcanzar una suerte de horrible insensibilidad o inocencia. Los réprobos se confunden con sus demonios, el mártir con el que ha encendido la pira. La cárcel es, de hecho, infinita.

De las muchas cosas que oí esa tarde y que espero olvidar, referiré la que más me marcó, para librarme de ella. Ocurrió un 24 de diciembre. Llevaron a todos los presos a una sala donde no habían estado nunca. No sin algún asombro vieron una larga mesa tendida. Vieron manteles, platos de porcelana, cubiertos y botellas de vino. Después llegaron los manjares (repito las palabras del huésped). Era la cena de Nochebuena. Habían sido torturados y no ignoraban que los torturarían al día siguiente. Apareció el Señor de ese Infierno y les deseó Feliz Navidad. No era una burla, no era una manifestación de cinismo, no era un remordimiento. Era, como ya dije, una suerte de inocencia del mal.

¿Qué pensar de todo esto? Yo, personalmente, descreo del libre albedrío. Descreo de castigos y de premios. Descreo del infierno y del cielo. Almafuerite escribió:

Somos los anunciados, los previstos  
si hay un Dios, si hay un punto omnisciente;  
¡y antes de ser, ya son, en esa mente,  
los Judas, los Pilatos y los Cristos!

Sin embargo, no juzgar y no condenar el crimen sería fomentar la impunidad y convertirse, de algún modo, en su cómplice.

---

76. Debemos éste último texto a Jaime Malamud Goti y sus siempre presentes ganas de discutir y compartir ideas.

Es de curiosa observación que los militares, que abolieron el Código Civil y prefirieron el secuestro, la tortura y la ejecución clandestina al ejercicio público de la ley, quieran acogerse ahora a los beneficios de esa antigualla y busquen buenos defensores. No menos admirable es que haya abogados que, desinteresadamente sin duda, se dediquen a resguardar de todo peligro a sus negadores de ayer.

---

• Nota de Rolando Lazarte para *La Insignia*: Originalmente publicado en *Clarín*, 31 de julio de 1985. Aquí se transcribe la versión publicada con el título *El asombro de Borges* en el sitio *Testimonios del Juicio a las Juntas* y, hasta donde sabemos, está disponible entre las páginas 314-316 del libro de Jorge Luis Borges editado por Emecé-Planeta, *Textos recobrados III*. Se agradece la colaboración de *Martín Hadis* y del *Centro Cultural Borges* en la obtención de estas informaciones. Las juntas militares (1976-1983) fueron responsables por la desaparición de más de 30.000 personas en Argentina. Fueron juzgadas por tribunales civiles, con acusación y derecho a defensa. Condenados, fueron amnistiados por las leyes de «Obediencia debida» y «punto final», que arrancaron al Congreso después de crueles agresiones a la población civil. Aquí se transcribe lo dicho en el sitio *Testimonios*, arriba citado: «El testimonio más largo del juicio duró 5 horas 40 minutos. Fue el 22 de julio y estuvo a cargo de Víctor Melchor Basterra. Pasó cuatro años secuestrado en la ESMA, entre 1979 y el final del régimen militar, aunque siguió siendo vigilado y controlado hasta agosto de 1984, ya en pleno período democrático. Había sido obrero gráfico y militante del Peronismo de Base. Tras su secuestro fue torturado, dijo, durante unas 20 horas. Sufrió dos paros cardíacos. Luego, aceptó ir con sus captores a citas para señalar a otros cuatro militantes que también fueron secuestrados. Dos de ellos siguen desaparecidos. Las defensas intentaron demostrar en todo momento que Basterra se había convertido en un agente voluntario de la ESMA. Basterra, en la ESMA, era uno de los encargados de falsificar documentación (pasaportes, cédulas, permisos de armas) para oficiales y gente allegada a la Armada. Poco a poco fue robando material (incluyendo fotografías tomadas en la ESMA) que presentó como pruebas ante el tribunal. Ese día en la sala estuvo el escritor Jorge Luis Borges. Llegó silenciosamente, con su bastón, un acompañante, y su eterno gesto de asombro. Escuchó. Luego decidió escribir una crónica para la agencia española EFE. Se llamó Lunes, 22 de julio de 1985».

