

LEGALIDAD, SEGURIDAD Y DERECHOS HUMANOS

Óscar Correas

1. DERECHOS HUMANOS, SEGURIDAD JURÍDICA Y LEGALIDAD



ON los derechos humanos, solemos decir, por fin el derecho se ha puesto de lado de los débiles y oprimidos de la sociedad moderna. Más aún: los derechos humanos se han convertido en el antiguo «lo suyo» de la vieja fórmula de la Grecia más antigua: la justicia consiste en dar a cada uno lo suyo. Esto es, los derechos humanos son aquello en lo cual consiste la justicia.

Desde que el derecho positivo ha hecho suyos los derechos humanos, es decir, desde que el estado moderno, el democrático, ha redoblado su antiguo discurso de defensa de todos los individuos por igual, desde que ha comenzado a autodenominarse como estado democrático –y a veces «social»– de derecho, el «irrestringido» cumplimiento de la ley se ha convertido en una bandera de la mayor parte de los defensores de los derechos humanos. Digo «de la mayor parte», porque me parece que defender la justicia es reclamar el cumplimiento de las leyes, pero sólo de las leyes justas. Porque en el reclamo de la legalidad y la seguridad, se cuelan todas las

leyes que permiten, y promueven, que la mayor parte de la humanidad padezca hambre, frío e ingorancia. Lo justo, por eso, no puede ser defender todas las leyes por igual, sino sólo las justas. A las leyes injustas, no hay que obedecerlas: hay que cambiarlas. Lo cual pone en entredicho el principio de legalidad y la seguridad jurídica.

Dilucidar esta contradicción, entre el combate por los derechos humanos por una parte, y la equívoca legalidad, es el objeto de estas reflexiones. No pretendo que diré algo nuevo, pero sí quiero poner las cosas de otra manera. Y, también, expresar con franqueza, lo que veo como una trampa ideológica que, finalmente, oculta el poder de los explotadores. Y los protege.

2. LO QUE EL DERECHO ES

Sin intenciones de formular aquí una teoría del derecho, en lo que sigue quiero mostrar una manera no tradicional de mirar el mundo normativo.

2.1 El uso del derecho

Comenzaré con un texto de Kelsen

Si se les quita la máscara a los actores de la representación religiosa o social en la escena política, deja de ser dios el que recompensa y castiga, deja de ser el estado el que condena y hace la guerra: son hombres quienes ejercen violencia sobre otros hombres, es el señor X quien triunfa sobre el señor Y, o una bestia la que aplaca su apetito sanguinario revivido. Si caen las máscaras, la representación pierde todo significado propio; si hacemos abstracción de las máscaras, renunciamos justamente a esta interpretación específica en la cual consiste exclusivamente aquello que llamamos religión o sociedad. («Dios y Estado», en Correas, Óscar, *El otro Kelsen*, México, UNAM, 1989, p. 250).

Este casi desconocido texto de Kelsen resulta terriblemente clarificador acerca de lo que el derecho es, y, sobre todo, de cómo se usa. En este artículo, Kelsen está comparando la idea de Dios con la idea de Estado. Respecto de este último, lo que muestra es algo que puede ser apprehendido cuando preguntamos: ¿por qué las acciones y discursos de un individuo concreto, no son vistos como siendo suyos, sino como siendo producidos por el Estado? ¿Por qué, cuando un individuo, igual que cualesquiera de nosotros, produce una conducta o un discurso, consigue que esa conducta o



ese discurso no sean vistos como procediendo de él, como individuo, y en cambio consigue que los demás lo vean como siendo actos del Estado? La respuesta sugerida por Kelsen en este texto, es la siguiente: porque ese individuo utiliza una máscara, que le es proporcionada por el discurso del derecho; él se oculta tras la máscara. Y su habilidad consiste en que los demás vean su acción a través de la máscara; si lo consigue, lo conseguido es que su acción no sea vista como de él, sino como del Estado. Esto es, como legal, y también como legítima. Y esto quiere decir: como una acción de la cual él no es responsable, y, acerca de la cual, el ciudadano no tiene nada qué decir, ni derecho a quejarse. Precisamente, el ciudadano puede quejarse cuando el individuo no consigue que su conducta sea vista a través de la máscara, y entonces su acción ya no aparece como una del Estado sino como una propia, pero entonces se trata de un delito, o un acto jurídicamente inocuo.

Pero, adviértase, en realidad quien usa la máscara no es el poderoso, sino el ciudadano; este es quien «mira» la acción del poderoso, quien, por eso, y no por otra cosa, es un funcionario público. La habilidad de este último individuo, consiste en que *el otro* use la máscara. Si por alguna razón su habilidad no es suficiente, el otro mirará su acción como siendo individual, no del Estado, y, por tanto, como *delito* —«abuso de autoridad», o «prevaricato», tal vez. En esto consiste el uso del derecho, y nos da una buena idea de lo que es.

2.2 Las máscaras o ficciones

El derecho, según esto, es la máscara del poder. Se trata de un discurso que permite, a quien consigue usarlo eficazmente, hacer aparecer su conducta como impune. Si en el intento fracasa, su conducta será vista como punible. En el caso de quien tiene el poder, e intenta aparecer como Estado, es decir, como funcionario público, la eficacia del uso del derecho consiste en que su conducta no será vista como suya, sino como perteneciente a esa ficción llamada Estado.

El derecho es como la máscara de la tragedia griega. Es el actor quien habla, pero el público no va porque habla él, sino que va para ver hablar al personaje; no importa quien sea el actor; él cuenta solamente por su capacidad para recitar el papel de manera creíble; y si se trata de un buen actor, el público vibrará y llorará, y reirá, y sentirá al conjuro del papel que juega el

actor, y no en virtud de ninguna característica que posea como individuo —excepto la de hacer sentir que quien está en escena es el personaje, y no él.

Si cayera la máscara, se rompería el hechizo, y se vería claramente que no era el personaje sino el actor quien hablaba. Pues bien; el individuo que tiene poder, es como el actor. Si consigue hacerse percibir, no como él, sino como el personaje, entonces ya no es él, sino un funcionario público. Ese individuo, entonces, tiene el poder y acaba de ejercerlo. Y acaba de conseguir que su poder no requiriese ser ejercido por la fuerza.

Entenderemos aquí como «individuo», el hombre o la mujer de carne y hueso. El actor de la representación trágica. En cambio «persona», «ciudadano» o «funcionario público», serán el personaje. Lo que existe realmente, es el individuo. Las personas, el ciudadano o los funcionarios públicos, son *ficciones*. No existen en el mundo de los hechos. Existen sólo en el mundo vaporoso de la ideología. Si un individuo es persona, es porque alguien, usando una norma, lo ve como persona y no como individuo; si un individuo es visto como funcionario, es porque alguien, usando una norma, finge que su acción o discurso no es de él, sino producido por «el Estado». Y somos «ciudadanos», porque algunas de nuestras actividades son vistas a través de la máscara del derecho, como las acciones de votar o demandar en justicia.

Lo que siempre ha existido, y existirá, es el individuo. Pero el «ciudadano» o el «funcionario» son dibujos producidos por el discurso del derecho, actualizados por el discurso jurídico —el discurso que habla del primero—. Y es por eso que el ciudadano romano o griego no son iguales al burgués.

Estas máscaras, detrás de las cuales hablan los individuos con el objeto de aparecer como funcionarios, permiten la existencia de las *ficciones*. Kelsen nos ha enseñado esto: la *Grundnorm*, la norma fundante de todo sistema jurídico, es, dice, una *ficción*. Las ficciones son discursos; fenómenos lingüísticos, como suele decirse no sin abuso del lenguaje, porque el discurso no puede ser fenómeno, si esto último sigue siendo lo que siempre fue: lo que aparece a la experiencia sensible. Las ficciones, en tanto discursos, no aparecen, por cierto, a nuestra sensibilidad; no son *empiria*. Son lo contrario: ideología. Consisten en discursos con los cuales se consigue llegar «más allá» de la información de que disponemos. El espíritu humano es incapaz de conformarse con las pocas certezas alcanzadas; y, por otra parte, tiene la capacidad de inventar ideas que significan saltos enormes por enci-

ma de la realidad. Para bien y para mal; para el arte y para el ejercicio del poder.

Las ficciones de contenido político, como las jurídicas, consisten en que nos hacen «actuar *como si*» ciertas realidades existieran. Por ejemplo, es posible actuar, o hacer, *como si*, lo dicho por un individuo, no es dicho por él, sino por un ente ficticio llamado *Estado*. Y, haciendo así, *como si*, lo que el individuo es, ya no es: ahora, por su boca, habla el Estado. Es posible hacer *como si*, lo dicho por un individuo, no es dicho por él, sino por una sociedad anónima, de manera que el individuo no es él, sino el gerente o el presidente del consejo de administración.

Las máscaras jurídicas permiten fingir que lo dicho por alguien, no lo dijo ese alguien, sino otra entidad, que es, precisamente, ficticia: porque no existe. Por eso dice Kelsen que, cuando las máscaras caen —cuando las hacemos caer— ya no es el Estado el que habla, sino el individuo X que ejerce el poder sobre el individuo Y. Si conseguimos ver, pero no a través de las máscaras, entonces la ficción deja de existir; se esfuma en el ambiente como lo que es: una cortina de humo. Entonces aparecen los explotadores con nombre y apellido, las clases sociales, los torturadores, tal cual son.

2.3 La fuerza del lenguaje

La costumbre lingüística que nos posee, no habla del derecho de esta manera. Por el contrario, el discurso es visto como algo que existe antes de la producción de las conductas, de modo que, a primera vista, parece que actuamos ajustando —o no— nuestras acciones, a las previsiones formuladas por eso que existe con anterioridad. Esto es sólo en parte acertado. Lo cierto es que el derecho existe únicamente en su uso, en la práctica de su reconocimiento como tal. Esto viene siendo expresado por la crítica jurídica latinoamericana, diciendo que los textos que llamamos jurídicos, no dicen sino lo que alguien dice que dicen¹. Y esto es mucho más ajustado a la realidad, y concordante con el texto kelseniano citado al principio: el derecho

¹ En Brasil, Grau, Eros, *O direito posto e o direito pressuposto*, Sao Paulo, Malheiros Editores, 1996; véase pp. 35 y ss, y p. 111. En Argentina, véase de CÁRCOVA, Carlos M., *Derecho, política y magistratura*, Buenos Aires, Biblos, 1996; véase pp. 17 y ss. Para México, permítaseme citar CORREAS, Óscar, «El uso del Derecho y la circulación de la ideología», en BERGALLI, Roberto *et. al.*, (editores), *Derecho entre economía, política y cultura*, Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, 1997, pp. 59 y ss; véase también la bibliografía allí citada; también CORREAS, Óscar, *Teoría del Derecho*, M. J. BOSCH, Barcelona, 1996.

existe en el acto de lenguaje, en el cual el individuo consigue hacerse ver, gracias al uso del discurso del derecho, como funcionario y no como él. El derecho existe, en realidad, en el acto de lenguaje del otro, de aquél de quien conseguimos que realice la ficción de mirarnos, no como nosotros, sino como la figura de funcionario o ciudadano. Si no conseguimos que nos mire así, entonces nuestra conducta será vista como delito. Y comenzará a actuar nuevamente el derecho, de manera que otro, un juez por ejemplo, producirá conductas que tratará de que sean vistas a través de la máscara, de modo que la sanción que imponga será «legítima», esto es, vista como un acto del Estado, y no como un acto del individuo, en cuyo caso sería una arbitrariedad y un nuevo delito.

El derecho existe, en verdad, en el acto de lenguaje de aquél que mira la conducta del otro. En primer lugar, existe en el acto de lenguaje de reconocimiento del texto jurídico que alguien produjo, en algún momento anterior. Este texto es, en realidad, mudo: requiere que alguien lo use; que alguien diga que existe; que alguien diga lo que dice. Antes de eso, no tiene importancia social alguna. En segundo lugar, existe en el acto de lenguaje de quien, usándolo, es decir, teniendo en mente el discurso normativo, *dice* —«mira»— la conducta de otro, como siendo, no de ese individuo, sino de un funcionario; es decir, «del Estado». Pero ocurre lo mismo, cuando el resultado del acto de lenguaje es que el otro es un *ciudadano* y no necesariamente un funcionario.

El particular, en la división entre derecho público y privado, es el ciudadano quien se ve obligado a dirigirse a otro, que por eso es funcionario y no individuo, para lograr la satisfacción de sus deseos. Y es en el acto de dirigirse al funcionario, que queda constituido en ciudadano; no antes. No se es ciudadano porque una ley lo dice, sino porque *se usa* la ley en un acto de lenguaje que lo hace ciudadano. De modo que ambos, funcionario y ciudadano, en el mismo acto, se hacen percibir, no como lo que son, ciertos individuos, sino como lo que actúan: los respectivos papeles de funcionario y ciudadano. Y, en el mismo acto, el individuo al que le toca el rol de funcionario, ejerce poder sobre el otro. Todo no es otra cosa, sino actos lingüísticos. Los famosos actos de habla de Searle y Austin².

Se habla, por eso, de la fuerza performativa del lenguaje. «Performativo» —espantoso anglicismo de «performance»—, para hacer énfasis en el

² Me refiero a AUSTIN, John L. *Palabras y acciones*, Buenos Aires, Paidós, 1971, y John L., AUSTIN, *Como hacer cosas con palabras*, Barcelona, Paidós, 1981

hecho de que, hablando, «hacemos» algo, además de, claro, simplemente hablar. «Fuerza», para dar la idea, precisamente, de que ciertas realidades son producidas por el lenguaje. Son su *efecto*. Y es de esto de lo que hablamos cuando decimos que el funcionario y el ciudadano quedan *constituidos* –«producidos»– en el acto de habla en el cual se usa la máscara para hablar de la conducta de alguien; para decir que no es acto de él, sino del estado. Fuerza performativa del lenguaje: el Estado es un efecto del uso del discurso del derecho.

3. EL PROCESO DE LEGALIDAD

La costumbre lingüística que nos posee, nos hace ver el derecho como existente antes de las conductas, las cuales, con su uso, serán o no vistas como legales. Sin embargo, que una conducta sea o no legal, depende de que alguien diga, usando una norma que extrajo de un texto jurídico, que la conducta es legal o que es ilegal. La legalidad resulta *del uso* del discurso. Una norma existe, porque alguien, leyendo un texto, dice que en él hay cierta norma. Antes de su lectura por alguien, las normas, si son algo, lo son «en potencia», como tal vez diría Aristóteles.

La legalidad, entonces, sólo puede entenderse como proceso. Con esto quiero decir, un fenómeno lingüístico que tiene lugar en cierto espacio y en cierto tiempo, pero cuyos efectos ideológicos trascienden ese espacio y ese tiempo. Cuando un alguien dice que una conducta de otro alguien es legal, esto es, como acostumbramos a decir los juristas, que constituye un acto jurídico –y no uno antijurídico–, lo hace porque considera que esa conducta se describe de la misma manera como está descrita la conducta modalizada deónticamente en la norma que ha leído en un texto. Esto por una parte. Pero, por la otra, está diciendo, al mismo tiempo, que la norma que le permite tal calificación es una válida. O, lo que es lo mismo, que quien la produjo era un alguien que no era un individuo, sino un funcionario público. Y, además, que ese individuo produjo un discurso que no es de él, sino de un funcionario público, esto es del Estado, porque actuó conforme con otra norma anterior, de manera que su discurso –la creación de la norma es un discurso– tuvo un contenido previamente autorizado en otra norma. Y, además, que su discurso fue producido conforme con los patrones –proceso– establecidos en esa norma superior. De la cual, por supuesto, puede

decirse —debe decirse, para que la norma usada sea válida— lo mismo que de la norma de la cual estamos hablando.

De manera que cuando alguien, un jurista, un juez, pero también un ciudadano, declara la legalidad de una norma —o del acto de habla que la produjo—, realiza, al mismo tiempo, un discurso que juridiza, legaliza, valida, toda la cadena que constituye la imagen del discurso del derecho cuando lo pensamos como una serie de autorizaciones de actos de habla o conductas. Por eso es un proceso la legalidad. Porque el acto de habla que dice la legalidad de una conducta, tiene eficacia más allá del momento y el lugar en que se produce: tiene la virtud de decir la legalidad de todo el sistema jurídico hasta llegar a la constitución.

Esto significa que la validez, juridicidad o legalidad de una conducta, es el resultado de un discurso de validación, de juridización o de legalización. Lo mismo vale para la idea de constitucionalidad de las leyes: no existen normas inconstitucionales, porque si lo fueran, no serían legales, no serían normas. La constitucionalidad de una ley, es el producto de un acto de habla de alguien que así lo declara (trátese de un funcionario o de una persona particular). Cuando un sesudo jurista, utilizando la *Lógica Jurídica*, demuestra que una ley es inconstitucional, no ganó con ello un juicio; ni la ley deja de tener efectos. Ese sesudo jurista tiene, a lo más, con ayuda de la *Lógica*, un buen argumento para esgrimir ante un juez —siempre que este último sepa *Lógica*, y, además, esté dispuesto a producir una sentencia conforme con los silogismos argüidos por el jurista sesudo.

Dicho de otra manera: la legalidad de una conducta, no es una propiedad que le corresponde a la conducta «en sí»; sino que es una atribución que se realiza a través de un discurso. Es el discurso que califica a la conducta quien «la hace», o no, «legal». Pero en sí misma, la conducta no es, ni legal, ni ilegal. La legalidad no le pertenece a la conducta, como el ser explotado le pertenece al obrero. Porque «obrero» se define como quien cambia fuerza de trabajo por dinero, *pero siempre que en el salario reciba menos de lo producido por el uso de su fuerza de trabajo*. Pero la conducta no se define por su «legalidad» o «ilegalidad». Se requiere un discurso, de otro, que «mira» la conducta, para que pueda llegar a ser legal o ilegal.

Todo lo anterior, significa, también, que no hay sentencias *contra legem*. Si alguna nos parece así, no es que sea tal. Es que *estamos diciendo* que lo es. Y, en verdad, lo será, si el tribunal supremo así lo considera. De

lo contrario, no tendremos una sentencia *contra legem*, sino, a lo más, un buen motivo para argüir que el poder judicial no está cumpliendo con su deber. Todo lo cual tiene la máxima importancia en el terreno de la retórica en que consiste el hacer política.

En resumen: lo que en verdad hay, es un *proceso de legalización*; es decir, una serie de actos de habla cuyo efecto es ver ciertas conductas como ajustadas a la ley. El proceso de legalización otorga «legalidad» a las conductas. Es el uso de la máscara.

4. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA SEGURIDAD JURÍDICA

En algún momento, hace algunos años, el foro brasileño vibró ante la reaparición, en forma combativa y ruidosa, de una corriente de pensamiento que fue denominada *derecho alternativo*. En buena parte, se trató de un resurgimiento vernáculo del otrora famoso *uso alternativo del derecho*, del que habían hablado algunos juristas europeos ligados a la izquierda en Italia, España, Francia, y algún otro país. Es cierto, por lo demás, que, en buena otra parte, el movimiento incluyó importantes desarrollos teóricos que lo condujeron a formar parte del movimiento internacional denominado *crítica jurídica* en el español de América Latina, o *critical legal studies* en Estados Unidos y Gran Bretaña (el movimiento *critique du droit* tuvo una vida escasa que terminó hace muchos años). Actualmente esta tendencia muestra actividad sólo en algunos países de América Latina (Argentina, México, Brasil, Colombia), y en Estados Unidos y Gran Bretaña. Lo que muestra su nula dependencia del extinto movimiento francés, o del uso alternativo del derecho español e italiano de los años 60. La domesticación de los juristas, por lo visto, no ha sido total en estos países.

Como no podía ser menos, el movimiento brasileño planteó, de entrada, el problema de la lucha de clases frente al ejercicio del derecho por parte del poder judicial. «Hay que resolver conforme con la justicia», dijeron sus primeros portavoces. «Resolverán contra la ley», se apresuraron a contestar las buenas conciencias jurídicas; «acabarán con la seguridad jurídica», agregaron³. ¡Como si la ley fuera algo a defender por sí mismo!

³ La historia está contada en de Andrade, LÉDIO Rosa, *Introdução ao direito alternativo brasileiro*, Porto Alegre, Livreria do advogado, 1996, pp. 105 y ss.

¡Como si en nuestros países existiera alguna seguridad para sus habitantes no privilegiados, que son el 90 por 100 de la población!

Y en efecto: ¿por qué hay que defender la ley? No se ve otra razón que la siguiente: porque sea justa. Esto es, la ley injusta no debe ser defendida, sino atacada hasta su total desaparición. Éste es un deber moral. Y luego de enunciar este principio, hay que preguntarse: ¿es el derecho actual justo? Que cada cual conteste conforme con sus convicciones morales.

Y respecto de la seguridad jurídica, ¿tenemos la obligación moral de defenderla? Por ejemplo, la seguridad que el derecho les brinda a los terratenientes en un país con millones de pobres sin tierra, ¿debemos defenderla?

Como se ve fácilmente, tan pronto introducimos la dimensión moral, los adagios jurídicos caen estrepitosamente. Por eso es que el poder se ha ocupado, desde principios de la modernidad, digamos que desde Maquiavelo en adelante, de separar cuidadosamente el derecho de la moral. De modo que la primera clase de *Introducción al Derecho* suele ser destinada a mostrar a los estudiantes, futuros jueces, que la moral no tiene nada qué ver con el derecho.

Pero también se enseña que el uso del derecho es una «cuestión técnica»; es decir, que en ello no ingresa la ideología de los jueces o el interés de los poderosos, que nombran a los jueces superiores. Se les enseña el *principio de legalidad*, esto es, la idea de que el derecho es «algo» que no depende de los individuos, sino que funciona por sí mismo. Se enseña un lenguaje según el cual «las normas provienen» o «emanan» (como si se tratara del agua de la fuente) de la constitución, como si no hubiese alguien que las hace —el legislador—, y otro alguien —el juez—, que las mira y «las hace provenir» cuando dice su legalidad —cuando mira la conducta del que las hace, como no siendo de él, sino como siendo del Estado. Se enseña que el derecho regula conductas, como si no hubiese alguien que disciplina los cuerpos y las mentes usando —consiguiendo que otros usen— el derecho como máscara. Se enseña que los jueces «aplican» el derecho, es decir, hacen como el obrero de la matriz, que sólo hace el mecánico movimiento de imprimir la forma en el metal. Se enseña que el juez es la simple voz del derecho, el instrumento a través del cual habla la ley, o sea la justicia. Por eso puede haber «seguridad jurídica»: porque se supone que puede existir esa seguridad, puesto que el derecho actúa sin concurso

de los actores. Todo lo cual queda al descubierto como una gran mentira cuando vemos al derecho como la máscara de los actores, según la sugerencia de Kelsen.

La seguridad jurídica es una fantasía generada por la ideología jurídica de los poderosos, ideología que ha despojado al derecho de su característica principal: el ser un proceso humano, demasiado humano.

Esta ideología hace pareja con la del principio de legalidad: los juristas debemos defender la legalidad, es decir, el derecho. Pero tan pronto las leyes son interpretadas a favor de los oprimidos, las buenas conciencias saltan para defender, ahora sí, no la legalidad, sino «la paz social», «el orden», «las tradiciones occidentales y cristianas», y otras cosas que demuestran, claramente, que la legalidad y la seguridad jurídica son discursos utilizados por los poderosos cuando les conviene. América Latina muestra muchos ejemplos de esto. Podemos recordar la legalidad del régimen del presidente Allende, y el uso que de este discurso hicieron –más bien no hicieron porque no les convenía– los poderosos chilenos, tan pronto como la ley no atendía a sus intereses. O podemos hablar de la legalidad del sistema cubano y del ataque que contra la misma desarrollan las buenas conciencias que, tratándose de la misma legalidad, pero neoliberal, no trepidan en defender.

5. PROCESO DE LEGALIZACIÓN Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Tal vez vale la pena destacar que el llamado «principio de legalidad» no es lo mismo que el *acto de habla* en que consiste el proceso de legalización. Hacer legal una conducta, es decir de ella que corresponde con una norma que «autoriza» al «funcionario» a producir esa conducta. Antes de que alguien lo diga, la conducta no es ni una ni otra cosa; ni legal, ni ilegal. Ni el individuo es «funcionario». En cambio, con la expresión «principio de legalidad» aludimos a algo distinto que este proceso o *acto de habla* de legalización. Aludimos a *una aspiración*, a un deseo. El «principio» de legalidad es un discurso que dice: «los funcionarios *deben* hacer coincidir sus conductas con las normas». Nos falta añadir: «con la interpretación *que nosotros* hacemos de las normas».

Cuando aludimos al «cumplimiento» de las normas, aludimos a la conducta del juez, u otro funcionario, a la cual vemos a través de la máscara-

ra: si así lo hacemos, lo que el juez hace es «cumplir» con la ley. Si no lo hacemos así, si su conducta no cabe entre las redes de la máscara, entonces no cumplió con la ley, sino que cometió prevaricato.

Cuando, como defensores de los derechos humanos, exigimos el cumplimiento del principio de legalidad, lo que estamos diciendo es que exigimos que los jueces se comporten de manera que podamos ver como legales sus conductas. Para ello, claro, tenemos nuestra propia interpretación de las normas, y queremos que la conducta de los jueces se sujete a esa y no a otra interpretación.

6. LA SEGURIDAD JURÍDICA

La *Crítica Jurídica*, como digo, ha insistido en que el derecho existe, socialmente, en su uso. Pues bien, es por eso que la seguridad es una fantasía que revista entre las más caras utopías de la sociedad moderna. Es que el mundo burgués, como cualquier otro mundo mercantil, precisa de la seguridad en los intercambios. La mercancía requiere de los cálculos que debe hacer su portador para la conveniente circulación del valor. Esto fue estudiado perfectamente por Marx⁴. Y es por eso que la ideología momentáneamente dominante, lo ha condenado, como siempre lo hizo por lo demás, a la desaparición de la reflexión social actual; porque estudió precisamente esto: la mercancía y su movimiento. El imprescindible cálculo del portador de mercancías genera la necesidad de una ideología de la seguridad, que se incrusta luego en la ideología jurídica. Una ideología según la cual el derecho tiene como función producir la seguridad en el cálculo burgués: la sociedad, dice esta ideología, debe conocer, prever, lo que sucederá. El ciudadano debe saber, de antemano, cuál será su suerte cuando recurra a los tribunales.

Pero como todo abogado sabe, el ciudadano jamás está seguro. Porque los jueces no son computadoras; porque el derecho existe en su uso; porque la ley, para aplicarse, debe interpretarse; porque la interpretación es un acto político en el cual los actores *actúan*; es decir, proceden como no pueden menos de hacerlo: a partir de su ideología y de sus intereses.

⁴ Notoriamente, en el tomo primero de *El Capital*, que está dedicado a la mercancía.



7. LA SEGURIDAD JURÍDICA Y EL USO DEL DERECHO

El derecho es un discurso que, sin duda, alguien pronuncia; un actor social que, previendo el uso que otros harán de la máscara, enuncia el modo cómo han de comportarse ciudadanos y subordinados; o, más bien, proporciona la máscara tras la cual actuarán ciudadanos y funcionarios subordinados, para el caso de que quieren que sus conductas no sean vistas como delitos.

Este discurso es usado por los distintos actores sociales. Los jueces lo usan para justificar sus decisiones. Aunque la ideología jurídica dominante sostiene otra cosa: los jueces «aplican» el derecho; es decir, no «deciden». Porque «decidir» connota la idea de una participación activa del sujeto. Mientras que el juez, esto es, el individuo que actúa con máscara de juez, es un simple artículo mobiliario que adorna la escena. Pero detrás de esta ideología está la verdad: es el individuo quien decide, aunque quien firma la sentencia es el funcionario-juez. El juez debe calcular, y para eso usa el derecho, cómo será mirada su conducta. Si consigue hacerla pasar por «jurídica», esto es que sea vista a través de la máscara, la suya será una sentencia; si no, será prevaricato.

Frente a esto, ¿qué cabe decir respecto de la seguridad jurídica? Lo que todo abogado sabe: que la única previsión que puede hacerse, es preguntarse cómo pensará el juez; ponerse en su lugar, conforme con los elementos ideológicos-políticos que constituyen la información de que dispone el abogado. El derecho brinda únicamente un marco más o menos vago dentro del cual pueden moverse las previsiones del abogado y el ciudadano. Y esto sólo porque en la Facultad de Derecho, el abogado ha aprendido a usar el derecho más o menos como lo usa el juez; el abogado sabe que el juez tiene un rango de libertad compatible con las posibilidades de que sus superiores miren su conducta —su decisión— a través de la máscara, que la vean como «ajustada a derecho». Y el abogado también sabe, o debería saber, que, dentro de ese rango, por cierto que flexible, el juez puede decir cualquier cosa que se le ocurra. Porque no ha sido enseñado a hacer justicia, sino sólo a «aplicar la ley», esto es, hacer lo que quiere el más poderoso.

La seguridad jurídica, por eso, es una fantasía. Y una ficción, en la medida en que actuemos «como si» fuera una realidad. ¿Por qué, entonces, tanto ruido en contra del movimiento alternativo, que solamente ha puesto de manifiesto lo que todo abogado sabe —o debiera saber—? En verdad no

por esto. Sino porque ha agregado la ética: el movimiento alternativista ha sostenido que, siendo así las cosas, el juez debe actuar conforme con los principios éticos de una sociedad solidaria. Y esto es francamente subversivo. En el mundo capitalista, la solidaridad social está en contra del orden. Eso es lo que les molesta. No pueden aceptar, las buenas conciencias jurídicas, defensoras de la seguridad jurídica, esto es, de la previsión mercantil, que los principios socialistas sean éticamente superiores, y que sean puestos en el orden del día del tema judicial.

8. ALTERNATIVIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA

Frente a la ética, tenemos a la seguridad jurídica y la legalidad. La cuestión aparece disfrazada de una defensa de la cientificidad contra la ideología; de la técnica jurídica contra el desconocimiento del derecho; del orden contra la anarquía; de las buenas conciencias jurídicas contra la disolución social. Pero no es más que otra faceta de la lucha ideológica entre los portavoces jurídicos de la sociedad antisolidaria contra toda forma de contestación, incluso ésta, la jurídica.

La verdad es que *siempre* la interpretación de la ley ha sido una actividad política en la cual cada actor social cumple sus *roles* conforme con sus convicciones. Como se ha dicho ya, el derecho sirve sólo para justificar las decisiones. Quienes se rasgan las vestiduras, quienes se quejan amargamente contra el movimiento alternativista, quisieran que los jueces resolvieran siempre conforme con las preferencias de los poderosos. Simulan no saber que el antialternativismo esconde el hecho de que los jueces «normales», los que no saben, o dicen no saber que interpretan la ley conforme con su ideología, *también* hacen política, sólo que bajo el nombre de «técnica jurídica».

La alternatividad jurídica no ataca en verdad la seguridad jurídica, que no existe. Sólo intenta desnudar la fantasía de la seguridad jurídica, exponer a la mirada del jurista moderno las mentiras de la cultura jurídica oficial. Trata de decir, solamente, que el derecho todo es un fenómeno político, que se encuentra en el centro de la lucha de clases y entre los distintos grupos sociales; más aún, que *es un campo de batalla* donde se juegan los intereses tanto como en cualesquiera otros. Y, siendo tal fenómeno político,

no tiene ninguna posibilidad, ni de existir ni ser tratado, como uno «técnico» al margen del mundo de la lucha cotidiana.

El alternativismo no está en contra de la seguridad jurídica. Sólo denuncia la mentira.

9. LAS GARANTÍAS CIUDADANAS Y EL USO DEL DERECHO

El deseo, la búsqueda de la seguridad jurídica, se agudiza cuando se trata de las garantías ciudadanas, máxime cuando las mismas son vistas como *derechos humanos*. Cuando se trata de atajar los intentos autoritarios del estado, es decir, de los actores sociales haciéndose pasar por «estado», las garantías constituyen un campo de lucha de primera importancia. Se da, por eso, aquí, una paradoja: todos quienes sabemos que la seguridad jurídica es apenas una aspiración, tratamos de pasar por encima de esa convicción, demandando el irrestricto respeto a las garantías constitucionales; más aún, demandamos ampliarlas.

La paradoja la marca la palabra «irrestricto»; con ella queremos decir que demandamos al poder su abstención de violentar las garantías, y a los jueces su defensa más enérgica. Pero, en el fondo, lo que en realidad estamos en condiciones de demandar, es solamente una interpretación favorable a las garantías constitucionales por parte de los jueces. Lo que no podemos hacer es ignorar que las garantías también son objeto de interpretación, y que los jueces actúan con ellas como con cualquier otro tramo del discurso del derecho. Que, respecto de las garantías, tampoco existe la seguridad jurídica, sino como una aspiración en la cual hemos puesto todas las expectativas democráticas.

Lo que en verdad tenemos, no es seguridad alguna, sino un espacio de combate. El derecho no da para más que eso: para ser otro campo de la lucha política. No es ocultando esto que mejoramos la posición de las garantías. Al contrario. Solamente sabiendo cuál es la situación real es como podemos desarrollar mejor un combate que es sempiterno; con el cual sólo engañándonos podemos considerar de ganancia segura. Las garantías contra la arbitrariedad de los funcionarios del Estado, no pueden quedar en manos de los jueces, como si ellos pudieran en verdad ser los paladines de una lucha que, en verdad, es de los propios ciudadanos.

Por supuesto, preferimos jueces conscientes de su *rol* social; preferimos jueces democráticos, convencidos de que deben actuar a favor de los ciudadanos y en contra del Estado. Pero ¿no es eso mucho pedir para actores sociales que son parte del Estado? La ideología que pone la seguridad jurídica en manos de los jueces, es más que una aspiración, un desconocimiento de lo que los jueces y el derecho son.

10. ÉTICA Y SEGURIDAD JURÍDICA

El tema de la seguridad jurídica, a la luz de la comprensión del derecho como máscara de los actores sociales, no puede dejar de verse como parte de los temas propios de la Ética. En efecto, esos jueces, en cuyas manos la ideología de la seguridad jurídica quiere poner su confianza, actúan conforme con sus propias convicciones, que no necesariamente son las mismas que las de quienes queremos defender a ultranza las garantías constitucionales.

La cuestión vuelve a ser de carácter eminentemente político, y, por eso, también, de carácter moral. La cuestión de la seguridad jurídica, pertenece al campo de la Hermenéutica. En definitiva, todo ronda alrededor de la interpretación de los textos y de la voluntad de aplicarlos a conductas particulares. Pero esta cuestión, es absolutamente política. No existe otra posibilidad. Lo que causa, en verdad, el problema puesto por los juristas alternativos, es lo que en épocas mejores se llamaba *lucha de clases*. Es decir, la evidencia de que los intereses sociales dependen de la posición de clase de los actores. Y esto no tiene solución posible en una sociedad dividida en clases antagónicas. Lo que conviene a unos, no conviene a otros. Los antialternativistas, los juristas tradicionales, en realidad no defienden el derecho, sino la propiedad privada de los medios de producción. Ésa es la cuestión. Y lo es ahora, como lo ha sido siempre desde que la sociedad es capitalista. Lo que asusta a quienes proponen la seguridad jurídica frente al derecho alternativo, es la seguridad en los negocios y la propiedad. Y, también es cierto, lo que promueven los alternativistas, es una sociedad en la que no haya seguridad para eso. De modo que el problema ahora es: seguridad jurídica ¿de qué y para quién? La respuesta sólo puede ser moral: la seguridad jurídica no puede estar en contra de la justicia. Es aceptable la seguridad jurídica, siempre que lo asegurado sea la justicia. Y en el mundo

capitalista, la justicia no está del lado del derecho. Aquí está el problema: que el derecho que se propone como garante de la justicia, es esencialmente injusto, porque sostiene, o «regula», una sociedad esencialmente injusta. Este problema, es insoluble en sede jurídica. No es con razonamientos y técnicas jurídicas como puede solucionarse. Se requiere, para su solución, que las máscaras jurídicas no escondan a las clases opresoras, a los arbitrarios beneficiarios de la injusticia. Las máscaras jurídicas deben caer; detrás de ellas están los actores reales. Y mientras éstos sean estos de ahora, la seguridad jurídica es sólo una aspiración y el derecho nada más que un campo de combate.

