

La esencia inacabada y la perpetua lucha del derecho

The unfinished essence and the perpetual struggle for the law

Juan Jorge Almonacid Sierra*

Fecha de recepción: 29 de junio de 2017

Fecha de aceptación: 20 de febrero de 2018

RESUMEN

Producto de siglos de fundadas críticas, comprensibles censuras y meras diatribas, el derecho ha sido desdibujado hasta el punto de reducirlo a una llana técnica normativista de opresión servil a cualquier clase de poder, censura a partir de la cual se viene promocionando la idea de que es un *deber moral desobedecer el derecho*. Ante esta tendencia, intento aproximarme al derecho tal y como es, enfatizando que, como todo producto humano, pese a tener serios defectos y carencias, el derecho posee inequívocas virtudes y fortalezas que nutren la incesante lucha por el monopolio de definir y controlar su contenido y funcionamiento.

Palabras clave: transfiguración del poder; nihilismo jurídico; eficacia material y simbólica del Derecho.

ABSTRACT

Product of centuries of well-founded criticism, understandable censorship and mere diatribes, the law has been blurred to the point of reducing it to a plain normativist technique of servile oppression to any kind of power, censorship from which it has been promoting the idea that it is a *moral duty to disobey the law*. Faced with this tendency I try to approach the law as it is, emphasizing that like any human product, despite having serious defects and deficiencies, the law has unequivocal virtues and strengths that nourish the incessant fight for the monopoly to define and control its content and functioning.

Keywords: transfiguration of power; legal nihilism; material and symbolic effectiveness of law.

* Abogado especializado en Derecho Privado-Económico, magíster y doctor en Derecho; profesor de Derecho Comercial en la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia; director del grupo de investigación Derecho y Economía: Comercio Silencioso, de Unijus; integrante del Instituto Colombiano de la Historia del Derecho y socio fundador de la firma Smart-Law. Correo electrónico: derechoyconomia.un@gmail.com

INTRODUCCIÓN: LA LUCHA POR EL DERECHO

Joaquín María Aguirre Romero resalta que, en su *Poética*, Aristóteles (384-322 a. C.) señalaba que la *imitación* podía hacerse de tres maneras: presentando a los personajes *mejores* de lo que son en verdad, dibujándolos *como son* en la realidad o haciéndolos aparecer *como peores* de lo que son. Al tomar como referencia a los *seres humanos* para indicar las cualidades de los *personajes*, Aristóteles ofreció el siguiente *modelo de conducta* para los espectadores o lectores: ante los *mejores* es necesario *admirarse*, ante los *iguales*, *reconocerse*, y ante los *peores*, *precavarse* (Aguirre, 1996, p. 1).

La inmanente e incesante autocritica en el ámbito jurídico ha ocasionado que en muchas oportunidades el derecho sea delineando *peor* de lo que es en realidad, y que frente a esta imagen negativa, naturalmente la comunidad adopte el modelo de conducta de precavarse e incluso protegerse de él.

Producto de siglos de fundadas críticas, comprensibles censuras y meras diaatribas, el derecho ha sido desdibujado hasta el punto de reducirlo a una llana técnica normativista de opresión servil a cualquier clase de poder. En efecto, a consecuencia de la lucha *por* el derecho, que de ningún modo debe y puede confundirse con la lucha *del* derecho, paulatina e inconsciente, la comunidad, incluso un sector de los juristas, viene interiorizando locuciones como la que exalta que *es un deber moral desobedecer el derecho*, sin especificar a cuál derecho se hace referencia: al derecho en sí, al derecho general, al derecho particular colombiano, a las normas aisladas injustas del sistemas jurídico del país o a las normas aisladas afectadas por una injusticia legal extrema.

14

El profesor Óscar Mejía Quintana recalca que de la teoría weberiana se infiere que el efecto general de la positivización del derecho es la legitimación de un nuevo tipo de dominación legal-racional, abstracta y despersonalizada, y que ante el desencantamiento simbólico de la realidad y la desacralización del derecho, esta legitimidad devino en una *fe en la legalidad*, que la sociedad se ve compelida a asumir para justificar los *procedimientos* a los que se encuentra sometida en aras de la racionalización sociocultural capitalista.

Bajo este marco general, Mejía Quintana estructura el reproche que le hace a la teoría del positivismo normativo por promover la *sumisión absoluta al derecho*, amonestación que puede sintetizarse así: al no reconocer el contenido material de la norma fundamental, la legitimidad es meramente *procedimental*, pues al ser vacía, la norma básica no requiere ningún tipo de congruencia con la eticidad que busca regular, y por ello la obediencia a la norma *es imperativa y absoluta*, por descansar básicamente en la *coacción* y no en el reconocimiento a su autoridad.

La reprimenda de nuestro neouisnaturalista local culmina advirtiendo que, aun cuando en 1962 abjuró de su teoría sobre la norma fundamental, Kelsen desarmó al positivismo de instrumentos de corrección, incluso de la posibilidad de resistencia legítima al derecho, impedimento que había heredado del contractualismo de Kant y de su defensa formal y formalista de la obediencia *absoluta* al derecho (Mejía, 2006, pp. 195-268).

Ante esta tendencia, no pretendo hacer una loa del derecho presentándolo *mejor* de lo que en verdad es. En la medida de lo posible, intento aproximarme a él tal y como es, enfatizando que, como todo producto humano, pese a tener serios defectos y carencias, el derecho posee inequívocas virtudes y fortalezas que nutren la incesante lucha por el monopolio de definir y controlar su contenido y funcionamiento.

1. LA FUERZA INTRÍNSECA DEL DERECHO

¿Qué es lo que tiene el Derecho que muchos lo quieren denigrar, pero, una vez desacreditado, pretenden determinarlo intentando fijar el sentido de los textos jurídicos?

Quizá la respuesta a esta incógnita ya la proporcionó Pierre Bourdieu (1930-2002), a quien le inquietó poderosamente la fuerza *intrínseca* del derecho. Recuérdese que al referirse al *poder de nombrar*, el sociólogo francés destacó y concluyó que los actos simbólicos de nominación tienen *eficacia de enunciación creadora*, y que el derecho es la forma por *excelencia* del discurso actuante capaz, por virtud *propia*, de producir efectos, hasta tal punto que no es exagerado decir que “hace el mundo social”, pero a condición de no olvidar que “está hecho por él” (Bourdieu, 2005, pp. 198, 199).

Téngase muy presente: Bourdieu advirtió que, si bien es cierto que es parte de la vocación misma de la sociología el recordar que, según palabras de Montesquieu, “no se transforma la sociedad por decreto”, no debemos olvidar que ser conscientes de las condiciones sociales que determinan la eficacia de los actos jurídicos no debe conducirnos a ignorar o a renegar la “eficacia propia de la regla”, del reglamento o la ley explícitamente enunciada, sobre todo cuando, como en el caso de la regla jurídica, está asociada a sanciones (Bourdieu, 2005, pp. 200-201).

Solo un *nominalismo* fundado en la *realidad* permite rendir cuentas del “efecto mágico de la nominación”, golpe de fuerza simbólico que no triunfa sino porque “está bien fundado en la realidad”. La eficacia de todos los actos de magia social, de los que la *sanción jurídica* representa la *forma canónica*, no puede operar

sino en la medida en que la fuerza propiamente simbólica de la legitimación o, mejor, de naturalización recubre y redobla la fuerza histórica inmanente que la autoridad y la autorización de esos actos refuerza o libera (Bourdieu, 2005, p. 200).

El sociólogo francés dejó bien claro que si no cabe dudar que el derecho ejerce una “eficacia específica”, atribuible especialmente a la labor de la “codificación”, para dar forma y formular, para neutralizar y sistematizar, que realizan todos los profesionales del trabajo simbólico, según las leyes propias de sus universos, queda siempre que esta *eficacia*, que se define por oposición a la inaplicación pura y simple o a la aplicación fundada sobre coerción pura, se “ejercita” en la medida y solamente dentro de la medida en que el Derecho es “socialmente reconocido” y encuentra “acuerdo”, aunque sea tácito y parcial, porque responde a necesidades o intereses reales, al menos en apariencia (Bourdieu, 2005, p. 201).

De modo que el derecho es más que una gran teoría. Es una idea práctica con una eficacia material y simbólica siempre relativa; no solo informa, forma, ordena, domina, ilusiona y libera, sino que intrínsecamente describe, prescribe y predice. *Describe* o refleja el *ser* de las prácticas existentes y las del pasado; *prescribe el deber ser* manifestando en la voluntad normativa vigente; y *predice* con poder prescriptivo el *deber ser*, el futuro axiológico, el inédito posible y hasta la ensoñada utopía.

2. EL DERECHO DEL REINO DE ESTE MUNDO: UN ‘UNFINISHED’, SIEMPRE EN REYERTA

16

A inicios del siglo XVI, el artista holandés Jheronimus Bosch (1450-1516) pintó el tríptico *El jardín de las delicias*. En el panel izquierdo de esta satírica obra, el Bosco representa la creación, el principio, el génesis. El típico Edén, asociado a la idea de sosiego natural y paz paradisiaca, ya se ve truncado con escenas de hostigamiento, disputa y depredación de los animales débiles por los más fuertes, y con signos perturbadores de la pacífica convivencia, como el árbol de la vida junto al árbol del bien y del mal (árbol de la ciencia), germinador del fruto del Edén o semilla de la desobediencia del hombre: el libre albedrío.

Cuatro siglos después, en *El reino de este mundo*, su obra cumbre, el escritor cubano Alejo Carpentier (1904-1980) exaltó que luego de sentir un cansancio cósmico que caía sobre sus hombros descarnados por tantos golpes, sudores y rebeldías, el anciano Ti Noel tuvo un supremo instante de lucidez en el que comprendió que el hombre ansía siempre una felicidad situada más allá de la porción que le es otorgada y que su grandeza está precisamente en querer mejorar lo que es, en imponerse tareas. Viejo de siglos incontables en su cuerpo de carne

transcurrida, Ti Noel vislumbró que en el *reino de los cielos* no hay grandeza que conquistar, puesto que allá todo es jerarquía establecida, incógnita despejada, existir sin término, imposibilidad de sacrificio, reposo y deleite. Por ello, sin desertar del terreno humano, agobiado de penas y de tareas, hermoso dentro de su miseria, capaz de amar en medio de las plagas, el hombre únicamente puede hallar su grandeza, su máxima medida, en el *reino de este mundo* (Carpentier, 1948, pp. 151-152).

A finales del siglo XIX, el jurista alemán Rudolf von Ihering (1818-1892) cáusticamente observó que aunque la Edad de Oro, en el comienzo de los tiempos, supuestamente fue un periodo en el que no se conocieron más que las bellas cualidades de la verdad, la franqueza, la fidelidad, la sencillez y la fe, y en el que el derecho se desenvolvió sin necesidad de otra fuerza más que la del poder de la persuasión legal, es un hecho probado que dicha etapa no es más que una *piadosa época* prehistórica acerca de la cual no hay datos (Von Ihering, 1872, pp. 14, 15).

Lo que sí evidencia la historia terrenal del hombre es el perpetuo esfuerzo del derecho por contener la injusticia. Para Von Ihering, el Derecho no es el reinado de la paz y el orden. El derecho no es una idea lógica, sino una idea de fuerza. Todo derecho que está en vigor ha sido adquirido después de una lucha que con frecuencia ha durado varios siglos, y muchas veces ha costado torrentes de sangre, de ahí que la energía con que un pueblo defiende sus derechos sea proporcional a los esfuerzos que le haya costado alcanzarlos (Von Ihering, 1872, pp. 5, 11, 15).

Von Ihering tuvo la convicción de que el derecho es una idea *práctica* que persigue un fin y encierra una *antítesis* de la que es completamente inseparable: la guerra y la paz. La paz es el fin del derecho, la lucha es el medio para alcanzarlo. Por tanto, la lucha no es un elemento extraño al derecho, sino una parte integrante de su naturaleza y una condición ontológica de su ser. La lucha del derecho es la contienda contra la injusticia, por ende, si el derecho no hace una heroica resistencia contra ella, se niega a sí mismo, lucha que ha de durar tanto como el mundo (Von Ihering, 1872, pp. 3, 4).

Promediando la segunda década del siglo XXI, el profesor argentino Raúl Zaffaroni recalcó que el derecho es un *unfinished*, siempre en *reyerta*, dinámico y, sobre todo, partisano, jamás neutro; que perennemente el derecho expresa una cosmovisión, un sistema de ideas; y que la cuestión está en saber qué ideas son las que expresa el derecho (Zaffaroni, 2016, p. 1).

Zaffaroni tiene plena conciencia de que, al igual que en todos los ámbitos de la vida, hay momentos de *retroceso* en los que el derecho pierde la pulsión por la dignidad de la persona. Sabe que es verdad que hay renegados que quieren

detener la dinámica de la historia para degradar al ser humano, así como tampoco faltan esribas que con tales fines corrompen los más nobles conceptos jurídicos. No tiene duda de que en todos los tiempos han existido mercenarios dedicados con empeño a estos ignominiosos menesteres (Zaffaroni, 2016, pp. 1, 2).

Pero frente a tales perjuros, Zaffaroni realza que siempre ha habido juristas que, como conocedores de que el derecho no es algo *inservible* y menos un *desperdicio*, persistentemente han *luchado* por un derecho concebido como un medio necesario para empujar la política de respeto a la dignidad humana. Así es la vida del derecho: no tiene fin, ni en sus *logros* ni en sus *fracasos* (Zaffaroni, 2016, p. 2).

Como en la mayoría de los ámbitos humanos, tal y como explicaba el filósofo italiano Umberto Eco (1932-2016), en el campo del derecho la magia tampoco puede satisfacer el deseo compulsivo del hombre de que el resultado se obtenga de golpe, sin surtir pasos intermedios. Aquí no hay lugar para el pensamiento teológico, para la confianza religiosa en la acción fulminante del milagro, ni para el sueño de la simultaneidad entre causa y efecto, pero tampoco hay cabida para la obtusa, insensata e insoportable lentitud (Eco, 2016, p. 121).

3. DEL MANIQUEÍSMO JURÍDICO AL 'YIN-YANG' DEL DERECHO

De acuerdo con la filosofía oriental, el *yin-yang* es un concepto fundamentado en la dualidad de todo lo existente en el universo, dualidad que forma un equilibrio dinámico. Cada ser, objeto o pensamiento posee un *complemento* opuesto, *relativo* e *interdependiente*, del que precisa para su existencia: movimiento-quietud, sonido-silencio, luz-oscuridad, vida-muerte, caos-orden, guerra-paz, sumisión-libertad.

Nada existe en estado *puro* ni tampoco en absoluta *quietud*. Nada es completamente *yin* ni absolutamente *yang*. Todo está en una continua transformación. Cualquier idea puede ser vista como su contraria, si se la mira desde otro punto de vista.

De acuerdo con la religión universalista fundada por el profeta Mani (216-277 d. C.), el *maniqueísmo* tiene una naturaleza gnóstica unida a una doctrina radicalmente *dualista*, según la cual existen dos principios reguladores del universo, el bien y el mal, que se encuentran en constante lucha y oposición, y a los que denomina la luz y las tinieblas, respectivamente.

Según este *dualismo*, existe una invasión del mundo de la luz por el mundo de las tinieblas y por tal razón el propósito del maniqueísmo es librar las partículas

de la luz aprisionada en la materia. Tras un largo periodo de tiempo, la lucha se saldará con la victoria definitiva de la luz sobre las tinieblas.

Actualmente, el término *maniqueísmo* se utiliza habitualmente para referirse a la actitud de quienes consideran que *todo es bueno o malo* en términos *absolutos*, sin establecer ningún tipo de *matiz* o cualquier otra consideración.

En Occidente, específicamente en el campo del derecho, el jurista italiano Norberto Bobbio (1909-2004) señaló que frente a cualquier norma jurídica se puede plantear un problema triple: 1) si es justa o injusta, 2) si es válida o inválida y 3) si es eficaz o ineficaz. A esta trilogía, otros autores suelen agregar una cuarta y quinta perspectiva: 4) si es racional o irracional y 5) si es legítima o ilegítima.

Hay quienes extienden estos cinco criterios de valoración no a una norma *en particular*, sino a un *conjunto de normas* específicas. Incluso hay quienes no hacen distinción y terminan extendiéndolos y generalizándolos a todo el ordenamiento jurídico. También hay quienes, al asumir posturas críticas, terminan calificando el derecho como *intrínsecamente ilegítimo, irracional, injusto, ineficaz e inválido*.

Sin proponérselo, unos y otros terminan difundiendo un enfoque negativo del derecho que promociona el *nihilismo jurídico*, sustentado en las máximas maniqueas según las cuales *ser abogado y ser revolucionario es una contradicción en los términos, y es un deber moral desobedecer el derecho*.

La crítica se centra en la fuente formal del derecho: la ley positiva y su autor, el legislador, a quienes se les achacan los orígenes de toda la imperfección fuente de la desventura del hombre moderno. Como alternativa, se promociona una no tradicional fuente formal del derecho: la jurisprudencia y su creador, Hércules, juez-filósofo dotado de habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumanas¹.

1 Al realizar el análisis del libro *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, del profesor Diego Eduardo López Medina, bajo el título “Dworkin en la Ciudad Blanca”, ya tuvimos la oportunidad de comentar la nueva insurrección jurídica de la mano del vanguardismo teórico norteamericano, respecto de la que advertimos que si en los años treinta del siglo XX Eduardo Zuleta Ángel confesó que “la verdad es que afrancesados éramos todos”, finalizando la primera década del siglo XXI debemos reconocer que ahora “la verdad es que ‘agringados’ somos todos”. En efecto, en la actualidad forzoso es admitir que la *fijación* de la teoría local del derecho con Ronald Dworkin ha influenciado la cultura jurídica nacional hasta tal punto que el comentario irónico que en 1975 hicieron Kenneth Karst y Keith Rosen sobre la perplejidad que les producían las delegaciones de estudiantes de derecho latinoamericanos, porque el único tema del que querían hablar era sobre la teoría pura del derecho de Kelsen, resulta aplicable especialmente respecto del imperio de la justicia y los derechos en serio, de Dworkin, autor de moda que ha logrado consolidar una sostenida devoción hasta en las aulas de la Ciudad Blanca que conforma la Universidad Nacional de Colombia (Almonacid, 2014, pp. 95-96).

Se pasa por alto que la connivencia de la jurisprudencia *irrestricta* con las tiranías tanto de derecha como de izquierda no hace diferencia para las víctimas, a quienes, ante la arbitrariedad del gobernante de turno avalada por la relatividad subjetividad de dúctiles y maleables jueces *sin límites*, solo les quedan como consuelo los valientes y minoritarios salvamentos de voto; como esperanza, la fuerza del tenor literal de la Constitución y la ley; y como última instancia, la resistencia civil.

Tan dañino es el *positivismo ingenuo* que niega las restricciones del sistema normativo como el *utópico y exacerbado neoisnaturalismo antiformalista* que tácita e inconscientemente está dispuesto a canjear una mínima seguridad jurídica por las imprevisibles consecuencias de las promesas del *relativismo moral* de los jueces y demás aplicadores del derecho.

Peligroso es el candor de la creencia de que el juez inanimado del positivismo legislativo decimonónico es capaz de encontrar siempre la norma aplicable y la respuesta correcta. Pero igual de arriesgada es la cándida convicción de que, sin libertad para crear derecho retroactivamente, pero aprisionado y determinado por los principios, el omnisciente juez-Hércules del vanguardismo teórico norteamericano del siglo XX está debidamente legitimado, autorizado y hasta obligado a construir teorías que demuestren una decisión consistente con la teoría creada.

En uno u otro caso, los derechos de las personas están a merced de la discrecionalidad de los jueces, y afirmar que los jueces están sometidos a los principios sigue siendo una mentira piadosa con la que se pretende ocultar las dúctiles decisiones políticas, el poder y el gobierno de los jueces, y se procura soslayar la sentencia de Montesquieu según la cual “en los Estados despóticos no hay leyes: *el juez es su propia regla*” (destacado fuera del original) (Montesquieu, 1995, p. 56)².

Adviértase que hay jueces Garzón que persiguen a los Pinochet, pero también jueces Velasco que critican a los Chávez. Ante los riesgos de uno y otro, quizás nuevamente la única confianza *neutral y aceptable* sea la *imperfecta* ley positiva, incluso la de naturaleza meramente adjetiva o procedural cultora de la forma,

2 En 1748, el barón de Montesquieu (1689-1755) acuñó la expresión según la cual los Jueces no son más que “la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar la fuerza ni el rigor de las leyes”. Posteriormente, Jeremías Bentham (1748-1832) afirmó que los únicos derechos existentes son los reconocidos por el sistema jurídico y que la idea de unos derechos naturales individuales era un “disparate en zancos”. En 1977, Ronald Dworkin (1931-2013) replicó que junto a los *derechos legales* existen *derechos morales*, rechazó la teoría utilitarista porque no se toma en serio los derechos individuales al subordinarlos a los fines colectivos, y concibió al omnisciente Juez Hércules, capaz de encontrar respuesta correcta a todos los casos, inclusive los difíciles, de justificar racionalmente el principio seleccionado y de construir teorías que ponderen los principios escogidos y demuestren una decisión consistente con la teoría creada (Dworkin, 1989, pp. 16-18).

que, en Colombia, no obstante estar altamente erosionada por el *antiformalismo*, operó como el último, efectivo y eficaz refugio para salvaguardar y reiterar uno de los rasgos característicos del constitucionalismo democrático colombiano, como es el relacionado con la rotación periódica del poder ejecutivo.

Recuérdese que a quien en 2010 se invocó para cerrar la segunda reelección del presidente Álvaro Uribe Vélez no fue al Santander *siciliano*, sino al *temeroso Hombre de las Leyes*, incluso en su versión más desdeñada, el adepto a la antipática rigidez de la deslucida regla procesal antes que a la tentadora elasticidad de la norma sustancial, *Hombre de Las leyes* al que en el régimen republicano y democrático, pese a la creciente aversión hacia los abogados, invariablemente se le ha asignado la función de hacer cumplir uno de los pilares de la organización política moderna: ejercer el *control* fijado en el Estado de derecho al aplaudido, vitoreado y encumbrado poder político, recordándoles a los representantes electos del pueblo, cada vez más afectos al voluble *Estado de opinión* que al restrictivo y ahora impopular *Estado de derecho*, que no pueden gobernar como quieran.

Esta constancia histórica evidencia que, a diferencia de lo que piensa Hernando Valencia Villa, sí existió oposición estratégica entre los modelos constitucionales de los dos padres fundadores, que la estricta adhesión a la legalidad no es una *fe* en el derecho, por el derecho mismo, y que el Estado colombiano, con dificultades, ha mantenido no solo una *estructura* sino el *estilo santanderista*, porque desde siempre, con mucho esfuerzo, las *constituciones del miedo* colombianas han repelido la estructura autoritaria de corte bolivariano, *estilo santanderista* que pareciera empezar a degustar el impasible crítico constitucional Hernando Valencia Villa, quien ante el fallo del guardián de la Constitución que por *error en el trámite* puso fin al *uribato* concluyó que esta decisión, que implica que “el Estado de Derecho aún alienta en la patria de Nariño, Gaitán y Galán”, constituye no solo una *derrota política* sino también y “sobre todo” una “sanción jurídica y moral” para el régimen reeleccionista (Valencia, 2010, pp. 113, 115-117).

Es necesario y conveniente llegar a un mínimo consenso sobre el respeto de la *especificidad disciplinaria* del derecho, so pena de diluir el ámbito jurídico y eliminar del todo la potencialidad y posibilidad de seguir ejerciendo influencia en el *mantenimiento* de los componentes plausibles del *statu quo* y en la *transformación* del sistema jurídico y la realidad social en todos aquellos casos en que se considere imperativo.

Por tanto, no se trata de transitar de la *argumentación meramente jurídica a la argumentación moral*, sino de fortalecer la argumentación jurídica y fortificarla con la argumentación moral cuando ello sea estrictamente necesario.

Si seguimos *desacreditando* al derecho, que de ninguna manera se debe entender como pasar a la inhibición de la autocrítica constructiva, ni los *positivistas* ni los *antiformalistas* jurídicos podrán conservar la potencialidad de ser instrumentos de cambio y de defensa de valores, principios y reglas respecto de los que la mayoría de los juristas, la generalidad de las veces, no tenemos discrepancias irreconciliables.

Participación, fiscalización y veeduría ciudadana y académica en la conformación y aplicación de la Constitución y la ley. Ejercicio responsable de las funciones judicial y doctrinaria a través de jueces, practicantes del derecho y profesores altamente capacitados en dogmática, lógica y hermenéutica jurídica, instrumentos humanos, por ende no perfectos, que *reducen*, más no *eliminan*, la indeterminación *intrínseca*, más no *absoluta*, del lenguaje humano, del que naturalmente no solo el derecho está hecho.

Formación sociojurídica de los operadores del derecho, insumo que, al lado de los propiamente disciplinares, posibilite un desarrollo de competencias epistemológicas y profesionales que, a la vez que cualifiquen su participación en las disputas teóricas ínter y transdisciplinarias, sirvan para solucionar reales, acuciantes e impostergables problemas que aquejan a la sociedad.

En síntesis, junto a Alicia, debemos concluir que hay una *quinta imposibilidad*: el País de las Maravillas no existe porque el jardín de las delicias no hace parte del reino de este mundo. Por tanto, no hay un derecho en estado *puro* que sea plenamente determinado, racional, lógico, justo, legítimo, válido y eficaz.

22

Esta *imposibilidad-posibilidad* constantemente nos debe recordar que no es factible desertar del terreno de los hombres, que ninguna verdad u orden social es inmutable y que, hasta ahora, el derecho es la única forma de *convivencia* en la que los hombres contemporáneos pueden ejercer su libertad, aunque en forma no *absoluta*, modo de convivencia frente al cual siempre existe la posibilidad de ejercer adecuadamente el libre albedrio para *desobedecer* las normas afectadas por una injusticia legal extrema y para *acatar y cumplir* el por siempre inacabado y combativo derecho³.

3 Téngase a la vista que el historiador Indalecio Liévano Aguirre denunció que la vieja fórmula española de *se acata pero no se cumple* vino a anidar entre nosotros con sentido peyorativo desde tiempos de la Conquista, cuando los encomenderos resolvieron rebelarse contra las Nuevas Leyes que Carlos V promulgó en 1542, recortando severamente los poderes casi absolutos que inicialmente les había concedido sobre las personas y los bienes de los indios sujetos a su *cuidado*. A diferencia de la extrema violencia con que esa misma rebelión se dio en Perú, en donde adquirió la forma de un levantamiento armado de las autoridades locales que culminó con la decapitación del Virrey, entre nosotros esa fórmula fue pacífica, si bien no menos efectiva. Basto con que, a través de toda suerte de artilugios jurídicos, esas estrictas leyes que la Corona dictaba del lado de allá del “Mar Océano”, se desatendieran del lado de acá mediante el sencillo expediente de no darles aplicación (Liévano, 1974, cap. III).

4. OBSESIÓN POR LA TRANSFIGURACIÓN DEL PODER

Dentro de los fenómenos sociales que el ser humano se resiste a enfrentar *cara a cara* se destaca el hecho aterrador de estar *dominado* por un *congénere*, tópico sobre el que el jurista español Manuel García-Pelayo (1909-1991) subrayó que *constantemente* el hombre ha tratado de eludir, neutralizar o *sublimar* el hecho radical y *terrible* de estar *sometido* a otro hombre (García-Pelayo, 1981, p. 38).

Pero como no hay unidad política sin *poder*, como el poder implica una *relación de mando* y de *obediencia*, y como el poder ha de *ejercerse por el hombre*, resulta, entonces, que hay que dar a ese hecho un sentido o una forma que lo *transfigure*, hasta hacerle *perder* su carácter de *dominación interhumana*. En síntesis, esta *transfiguración* alude a la pretensión de *transmutar* la dominación del hombre sobre el hombre, en un poder de otra *naturaleza*: de Dios, del pueblo, del partido, del derecho, etcétera (García-Pelayo, 1981, p. 38).

En el desarrollo de esa pretensión, la historia del pensamiento político ha creado unas fórmulas de *transfiguración del poder*, que, válidas para unas situaciones históricas, se convierten en *ineficaces* para otras, al detectar que tras ellas sigue encubierto el abominado poder del hombre sobre el hombre, y, entonces, otras fórmulas han de venir a cubrir el *vacío* abierto por la falta de *convicción* en las existentes (García-Pelayo, 1981, 38).

En la antigua concepción del mundo, la presencia de la *divinidad* en el *gobierno* no fue cuestionada. El problema solo se planteó cuando el hombre tomó conciencia de que el gobierno tenía naturaleza *humana* y el hombre era el único ser terrenal dotado de *personalidad* y *dignidad*. Siendo el gobierno cosa de hombres, germinan los problemas de *por qué* unos van a *mandar* sobre otros, y de *cómo* se ha de *designar* o *elegir* al que ha de mandar, complicación que no podía surgir cuando el hombre ni el gobierno estaban diferenciados del *orden cósmico* (García-Pelayo, 1981, p. 39).

La primera fórmula de transfiguración del poder que se concibió fue la de la teocracia hebrea: la dignidad del ser humano no le permite estar *sometido* a otro hombre, solo Dios puede *gobernarlo*, precepto que dio origen a la teocracia en la que el gobierno lo ejerce un *caudillo* en el que se hace presente la *caris*, es decir, el Espíritu del Señor, caudillo carismático que *manda* no en tanto *hombre*, sino en cuanto *portador del Espíritu*. Con el tiempo los profetas se encargarán de poner de manifiesto que el pretendido *gobierno* de Dios se había convertido en *gobierno de hombres* contra el mismo Dios y que, en consecuencia, la *perdición* del reino está a la vista (García-Pelayo, 1981, p. 39).

La fórmula judía estará llamada a tener gran influjo en el pensamiento monárquico occidental, sin embargo, no será la única mediante la que se manifieste la concepción teocrática, pues a su lado surgirán dos variantes. La *elevación* de un hombre a la divinidad, como sucedió en el periodo helenístico, y con los emperadores romanos, en especial desde Lucio Septimio Severo (145-211), y la *hierocracia* o *gobierno de los santos*, presente en las ideas de la revolución puritana y ensayada en la Ginebra de Juan Calvino (1509-1564). En estos casos, tampoco se obedece a un hombre, sino al *numen divino* o al espíritu de santidad (García-Pelayo, 1981, pp. 39, 40).

Fueron algunos de los sofistas griegos (V-IV a. C.) quienes crudamente llamaron la atención sobre que el gobierno es siempre mando de hombres sobre hombres, sea de los fuertes sobre los débiles, o bien de la reunión de los débiles para someter a los fuertes. A tan realista afirmación el idealista sistema platónico, de indudable raíz mítica, respondió que han de mandar no hombres, sino arquetipos ideales de la polis perfecta aprehendidos por unos seres humanos liberados de los cuidados vitales relacionados con los intereses económicos y familiares (García-Pelayo, 1981, p. 40).

Durante la Edad Media, la *ciudad* surgió como unidad política gobernada por sí misma, en la que el poder sobre los ciudadanos era ejercido por la *corporación impersonal* de la *comuna*. Pero, a partir del siglo XIII, en las ciudades del norte de Italia tiene lugar el fenómeno de la transformación de la *comuna* en *signoria* y la sustitución del *gobierno corporativo* por el *gobierno personal* de un señor. Los textos jurídico-políticos de la época muestran cómo no se siente el menor rubor por la entrega de los hombres al *dominio* de un hombre, sin límite alguno de leyes o estatutos. Así, por ejemplo, al nombrar a Alberto della Scala como Capitán General Perpetuo, la ciudad de Verona en 1277 le transfirió poder para “*regir, gobernar, mantener, y disponer* de la ciudad y distrito de Verona a su *arbitrio y querer*” (destacado fuera del original) (García-Pelayo, 1981, p. 45).

En la forma política de la *signoria*, el poder personal no sufre *transfiguración* alguna, sino que se manifiesta en toda su crudeza como un puro *estatus*, como una situación real y concreta de *dominación* que se agota en la muda *relación de mando y obediencia* entre el señor, con su incipiente aparato militar y burocrático (*milites* y *iudices*), y el conjunto del pueblo, que ya no es *comuna*, sino *vulgo*, masa. Al pasar la dignidad humana a último término, el principio solo está sujeto a los *límites* impuestos por la realidad de las cosas. Es por eso que Nicolás Maquiavelo (1469-1527) la llama *necessitá*, que con el tiempo se transformará en *leyes objetivas* de la sociedad o de la historia, frente a las que nada puede el espíritu humano y a las que le es preciso someterse (García-Pelayo, 1981, pp. 45, 46).

La *signoria* tuvo importancia porque constituyó la vivencia histórica de la que partió Maquiavelo, para quien la política consiste primordialmente en una *relación de dominación*, que se resume en el arte de ponerse a sí mismo en posición de *mandar* y a los demás en situación de *obedecer*, para lo cual es preciso saber cómo obtener un fin concreto, en una situación determinada, con unos medios específicos, pues para Maquiavelo la política es esencialmente dominio del hombre dotado de *virtú*, del hombre *egregio*, sobre el hombre *volgare*, concepción que bien puede entroncar con la doctrina isidoriana del poder, que pregonaba que “es mejor llamar *rey* a aquel que tiene el *poder*” (San Isidoro de Sevilla: 556-636) (García-Pelayo, 1981, p. 46).

Entre los extremos de la *teocracia* y la *signoria*, a lo largo de la historia se han desarrollado una serie de teorías orientadas a explicar y justificar la división de la sociedad en estratos de rango desigual, dentro de las cuales la *teoría funcionalista* ha alcanzado notable prestigio, al afirmar que no hay sistema social que pueda mantenerse sin el cumplimiento de ciertas *funciones*, para lo cual han de asignarse determinados encargos, tareas o labores a los individuos. Pero, comoquiera que las capacidades para cumplir algunas de las funciones más importantes son escasas, es claro que a aquellos que las *posean*, a cambio de sus *prestaciones*, ha de proporcionárseles unas gratificaciones o recompensas *preferenciales* y, por tanto, un rango superior al resto de la población (García-Pelayo, 1981, p. 14).

Antes de que se llegara a esta o análogas *racionalizaciones*, la primera de ellas formulada por Platón (427-347 a. C.), todavía con una fuerte influencia mítica, la explicación y justificación de la jerarquización social en estratos, igualmente fue formulada míticamente en distintas versiones, entre ellas, la tradición hindú que relatan los *Vedas*, según la cual los estratos sociales nacieron con la *creación del mundo*, juntamente con el resto de los seres materiales y espirituales, mediante el *sacrificio* de Parusia o el Hombre Primordial, del que, en el acto de la creación, *salieron* los sacerdotes de su boca, los guerreros de sus *brazos*, los comerciantes y artesanos de sus *piernas*, y los siervos de sus *pies* (García-Pelayo, 1981, p. 15)⁴.

4 Para Platón, la sociedad ideal tampoco debe ser *igualitaria*, sino que, de acuerdo con el principio de la *división del trabajo*, ha de organizarse conforme a una estructura *vertical* rígida dividida, de acuerdo a cualidades, habilidades y capacidades *naturales* de los hombres, en tres jerarquías que deben cumplir una función específica y tendrían derechos y obligaciones particulares. En la *República* (380 a. C.), Platón también recurre a la analogía del *cuerpo humano* en la que la *cabeza* representa a los *gobernantes*: sabios o filósofos detentadores del alma *racional*, cuya virtud es la sabiduría y su función *dirigir* a los hombres hacia lo justo y hacia la idea del bien; los *brazos* representan a los *guardianes*: militares poseedores del alma *irascible* que tiene como virtud la valentía y cuyo objetivo es *salvaguardar* los intereses de gobierno y *protegerlo* de las amenazas internas y externas; y el *resto del cuerpo* representa a los *trabajadores manuales*: artesanos, productores y agricultores depositarios del alma *concupiscente* cuya virtud es la templanza y que tienen la función de *proveer* de bienes de consumo a los gobernantes y al ejército. De todas formas, bajo el precepto de que en todo caso han de ser los más aptos quienes ocupen el poder, el nacimiento no tiene fuerza contra el *interés común*, y, por tal razón, los hijos descendientes de una clase superior pueden ser relegados a otra inferior, mientras que los de la inferior serán ascendidos a la superior, pues son *clases abiertas* y no *castas*.

5. EL DERECHO: ARTEFACTO DE OPRESIÓN E INSTRUMENTO DE LIBERACIÓN

El antropólogo argentino Adolfo Colombres advierte que lo imaginario no siempre es poesía y síntesis. También puede ser trampa, falsificación y engaño. La ideología apela a lo imaginario, no para reforzar la vida, sino para legitimar la opresión, pues por definición la ideología sirve siempre al poder. El mito, en cambio, puede servir al poder, y con frecuencia ocurre así, pero no siempre, pues hay mitos contra el poder, y otros que ni lo favorecen ni lo cuestionan, que son la gran mayoría. Por tal razón, todo proceso de *colonización cultural* implica una fuerte confrontación en el plano simbólico, en donde los mitos dominantes intentan desestructurar y banalizar a los mitos que se quiere dominar. Para someter verdaderamente a una sociedad, es preciso colonizar su imaginario, a fin de que asuma como propios los símbolos ajenos (Colombres, 2005, p. 39).

El profesor Mauricio García Villegas, quien ha trocado su pasada visión de desilusión con el derecho por un lozano *pesimismo moderado*, ahora lo dice sin ambages: lo jurídico es un fenómeno “tan rico, influyente e interesante” para los juristas como lo puede ser para los sociólogos, antropólogos, polítólogos o economistas. En el presente, es más claro que el derecho no está inevitablemente destinado a servir como instrumento de dominación política. Aunque la producción del derecho con fines de manipulación política sigue estando en la práctica jurídica, ahora compite con una “dimensión emancipadora” (García, 2016, pp. 30, 35-36).

Al reflexionar sobre el poder y la eficacia simbólica del derecho, durante tres décadas el profesor Mauricio García Villegas se ha preguntado: ¿cómo es posible que se produzca tanto discurso jurídico constitucional en medio de una realidad tan autoritaria? A su juicio, la *anomalía* estabilidad-violencia, conocida como la *paradoja colombiana*, solo puede tener esta explicación: el derecho es ante todo un lenguaje con el que se hacen cosas; pero no todo lo que el derecho dice querer hacer se hace; más aún, las cosas que el derecho dice querer hacer son solo una parte, no siempre la más importante, de las cosas que el derecho realmente hace. La incapacidad del derecho para llevar a cabo lo previsto en sus normas se compensa con su poder para lograr otros objetivos no declarados, destinados a incrementar la dominación política, y originados en el impacto simbólico de su producción y publicación. El déficit de la eficacia jurídica es remediado con el superávit de la comunicación política (García, 2016, pp. 27-28).

El profesor García-Pelayo comenta que la explicación y justificación de la *jerarquización social* en tres estratos es general a los pueblos indoeuropeos, y es expresión de un principio tripartito de ordenación, de validez universal, es decir, extensible a los dioses, a los hombres y a las cosas (García-Pelayo, 1981, p. 14).

Julieta Lemaitre Ripoll describe que el mensaje de la primera edición del texto de García Villegas publicado en 1993 —es decir, la alianza entre el derecho y el poder, la idea del derecho inútil manipulado por los gobernantes que solo produce efectos simbólicos que legitiman el poder— era desesperanzador, en especial para quienes empezaban la vida adulta con su correspondiente carga de desilusiones, idea que fue *ampliada* en la edición de 2014. Ahora la eficacia simbólica del derecho puede ser utilizada para la defensa o la crítica del poder. Los actores sociales pueden incidir e incluso transformar las estructuras sociales de dominación, pues el uso político de la autonomía relativa del campo jurídico posibilita a los movimientos sociales el logro de triunfos no determinados por el poder social y económico (García, 2016, pp. 21-23).

Se insiste, desde el río de Heráclito en donde hoy se baña, el profesor Mauricio García Villegas ahora lo dice sin rodeos: el derecho “ordena, forma e informa”, no solamente a través del sentido explícito de sus textos, sino también mediante su misma producción y su propio consumo. Más que una red de controles operativos, el derecho es un sistema de significados culturales que nos afecta por medio de la comunicación de símbolos como estigmas, promesas, persuasiones y amenazas. La fuerza del derecho no solo reside en la violencia que ejerce o en los incentivos que ofrece. También está, y a veces “de manera prioritaria”, en el poder *propio* del discurso jurídico, poder que consiste en que el derecho permite “imaginar la realidad”, una realidad “legítima y verdadera”, además (García, 2016, pp. 35-36, 42-43).

CONCLUSIONES

Dentro de los fenómenos sociales que el ser humano se resiste a enfrentar *cara a cara*, se destaca el hecho aterrador de estar *dominado* por un *congénere*, razón por la cual ha tratado de eludir, neutralizar o *sublimar* el hecho radical y terrible de estar *sometido* a otro hombre (García-Pelayo, 1981, p. 38).

Pero como no hay unidad política sin poder, como el poder implica una relación de mando y de obediencia, y como el poder ha de ejercerse por el hombre, resulta entonces que a ese hecho se le ha dado un sentido o una forma que lo transfigure, hasta hacerle perder su carácter de *dominación interhumana*. Esta transfiguración alude a la pretensión de transmutar la dominación del hombre sobre el hombre, en un poder de otra naturaleza: de Dios, del pueblo, del partido, del derecho, etcétera (García-Pelayo, 1981, p. 38).

Ante esta cruda realidad, junto a Alicia debemos concluir que hay una *quinta imposibilidad*: el país de las maravillas no existe porque el jardín de las delicias no hace parte del reino de este mundo. Por tanto, no hay un derecho en estado

puro que sea plenamente determinado, racional, lógico, justo, legítimo, válido y eficaz.

Esta *imposibilidad-posibilidad* constantemente nos debe recordar que no es factible desertar del terreno de los hombres, que ninguna verdad u orden social es inmutable y que, hasta ahora, el derecho es la única forma de convivencia en la que los hombres contemporáneos pueden ejercer su libertad, aunque en forma no *absoluta*, modo de convivencia frente al cual siempre existe la posibilidad de ejercer adecuadamente el libre albedrio para *desobedecer* las normas afectadas por una injusticia legal extrema y para *acatar y cumplir* el por siempre inacabado y combativo derecho.

El derecho es más que una gran teoría. Es una idea práctica que, con una eficacia material y simbólica siempre relativa, no solo informa, forma, ordena, domina, ilusiona y libera, sino que intrínsecamente describe, prescribe y predice. *Describe* o refleja el *ser* de las prácticas existentes y las del pasado; *prescribe* el *deber ser* manifestando en la voluntad normativa vigente; y *predice* con poder prescriptivo el *deber ser*, el futuro axiológico, el inédito posible y hasta la ensoñada utopía.

Pero, al igual que todos los ámbitos de la vida, hay momentos de retroceso en los que el Derecho pierde la pulsión hacia la dignidad de la persona. Sin embargo, siempre ha habido juristas que como conocedores de que el Derecho no es algo inservible y menos un desperdicio, persistentemente han luchado por un Derecho concebido como un medio necesario para empujar la política de respeto a la dignidad humana. Así es la vida del Derecho: no tiene fin, ni en sus logros ni en sus fracasos (Zaffaroni, 2016, pp. 1, 2).

REFERENCIAS

- Aguirre, J. (1996). Héroe y sociedad: el tema del individuo superior en la literatura decimonónica. *Espectáculo Revista Literaria*, 3. Disponible en <https://pendientedemigracion.ucm.es/info/especulo/numero3/heroe.htm>
- Almonacid, J. (2014). *Génesis del derecho comercial colombiano, el hijo de la guerra de los supremos: proyecto de código de comercio de 1842*. Bogotá: Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales Gerardo Molina (Unijus), Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia.
- Bourdieu, P. (2005). Elementos para una sociología del campo jurídico. En *La fuerza del derecho*. [Traducción al español de Carlos Morales]. Bogotá:

- Ediciones Uniandes-Instituto Pensar Pontificia Universidad Javeriana-Siglo del Hombre Editores.
- Carpentier A. (2007). *El reino de este mundo*. Barcelona: Editorial Seix Barral.
- Carpentier, A. (1948). La gran sabana: mundo del Génesis. *Carteles*, La Habana, 25.
- Colombres, A. (2005). *Teoría transcultural del arte: hacia un pensamiento visual independiente*. Buenos Aires: Ediciones del Sol.
- Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- Eco, U. (2016). *De la estupidez a la locura, crónicas para el futuro que nos espera*. Milán: Lumen.
- García, M. (2016). *La eficacia simbólica del derecho. Sociología política del campo jurídico en América Latina*. Bogotá: Penguin Random House Grupo Editorial.
- García-Pelayo, M. (1981). *Los mitos políticos*. Milán: Alianza Editorial.
- Liévano, I. (1974). *Los grandes conflictos sociales y económicos de nuestra historia, vol. 1. 6^a ed.* Bogotá: Tercer Mundo.
- López, D. (2004). *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis.
- Mejía, Ó. (2006). La norma básica como problema iusfilosófico. En Gil, N. (comp.), *Filosofía del derecho y filosofía social*. Bogotá: Ibáñez.
- Montesquieu, B. (1995). *Del espíritu de las leyes*. Madrid: Tecnos.
- Valencia, H. (2010). *Cartas de batalla: una crítica del constitucionalismo colombiano. 3^a ed.* Bogotá: Panamericana Editorial.
- Von Ihering, R. (1872). *La lucha por el Derecho. 3^a ed.* Bogotá: Editorial Temis SA.
- Zaffaroni, R. (2016). El derecho es lucha. Disponible en <http://www.pagina12.com.ar/diario/contratapa/13-308798-2016-09-07.html>