

CONSTITUCIONALISMO Y LA REGLA DE DERECHO: EL PROBLEMA DEL UNIVERSALISMO Y LA TRANSGRESIÓN

CONSTITUTIONALISM AND THE RULE OF LAW: THE PROBLEM OF UNIVERSALISM AND TRANSGRESSION

RICARDO CAMARGO*

Instituto de Humanidades
Universidad Diego Portales
ricardo.camargo@udp.cl

RESUMEN: El constitucionalismo ha asentado, desde su origen, una demanda por controlar el poder del Estado, a través de la formulación de la regla de derecho, asumida como un conjunto de reglas aplicable a todos los integrantes del juego constitucional. Pero dicha pretensión conlleva, también desde el comienzo, un problema irresuelto que se aparece una y otra vez en el corazón mismo del constitucionalismo, a saber: la necesidad de un universalismo que sólo puede, sin embargo, aspirar a ser una precaria generalidad, debido a la presencia permanente de la excepción. Ello daría lugar, a su vez, a un ciclo permanente de transgresión que inscribiría al derecho del lado de la esclavitud antes que de la libertad. Este artículo analiza dicha cuestión en una mirada no sólo a las fuentes más clásicas, sino sobre todo a los aportes que han hecho autores contemporáneos como Badiou, Žižek y Agamben.

ABSTRACT: Constitutionalism has posed, from the beginning, a claim for controlling the power of the state, through the formulation of the rule of law, understood as a set of rules that apply to all the integrants of the constitutional game. However, such a pretension carries with it, also from the beginning, an irresolvable problem that appears recurrently within the heart of constitutionalism: the necessity of universalism that, however, can only aspire to be a precarious generality, due to the permanent presence of the exception. This, instead, gives rise to a permanent cycle of transgression, which would pose the law in the side of slavery rather than freedom. This paper analyses this problem by reviewing not only the classic sources but also and importantly by analyzing the thesis of contemporary authors in this respect, such as Badiou, Žižek and Agamben.

PALABRAS CLAVE: Constitucionalismo. Regla de Derecho. Universalismo. Generalidad. Excepción.

KEY WORDS: Constitutionalism. Rule of Law. Universalism. Generality. Exception.

* El autor es Doctor of Philosophy (PhD), University of Sheffield (UK), Master of International Studies, University of Otago (New Zealand), Magíster en Ciencia Política, Universidad de Chile, Abogado, Universidad de Chile y Graduado de la Academia Diplomática de Chile “Andrés Bello”. Actualmente es Investigador Adjunto y profesor del Magíster en Pensamiento Contemporáneo, ambos del Instituto de Humanidades, Universidad Diego Portales, Santiago-Chile.

1. INTRODUCCIÓN¹

Chile es un país curioso por muchas razones. Para sólo nombrar algunas, uno puede referirse a su extensa y telúrica geografía; a su variedad y en algunos casos exquisitez climática; a su chovinismo encubierto, expresado en la invención de leyendas como que “somos los creadores de la chilena en el fútbol” o que “nuestro himno nacional es el segundo más hermoso después de la Marsellesa”, o “que tratamos bien al amigo cuando es forastero”. Pero de todas las curiosidades que abundan, hay una particularmente relevante para el tema que aquí se discute, que es aquella singular “práctica social” de vender leyes importantes de la nación en los quioscos de las calles de nuestras ciudades, al menos de nuestra capital. Más aún, lo interesante de esto es que mientras más cerca están los quioscos referidos del Palacio de *La Moneda* (la sede del poder ejecutivo en Chile), pareciera que aumentasen proporcionalmente sus stocks de códigos legales, sobre todo de las Constituciones de la República, en una suerte de enigma de nuestro constitucionalismo criollo. En efecto, si es cierto como dice la teoría política tradicional, que el constitucionalismo, entendido como la expresión o configuración histórica de la regla de derecho, surge con el propósito campante de curvar, o si prefiere limitar el poder del Estado, entonces el aumento de las ofertas de venta de constituciones en las cercanías del Palacio de *La Moneda* –pareciera– confirmaría dicho postulado, pues ello sería una suerte de recordatorio desde nuestro llano actual, el mercado, de que el poder estatal estaría siempre limitado.

Pero también podría uno aventurar una explicación alternativa y sostener que es precisamente la excesiva densidad de oferta de constituciones políticas, disponible para ser adquiridas en los mercados callejeros cercanos al centro del poder de los gobernantes, una indicación de que es este poder el que estaría más interesado en mostrarse como un ente controlado, limitado en su propia condición de arbitrariedad, y sujeto finalmente a la Constitución de la República.

Esta que no pasa de ser una mera anécdota asociada a elucubraciones preliminares, me permite, sin embargo, establecer las preguntas que intentaré explorar en este artículo, más en sus intersticios y pliegues de su propia formulación, y no tanto, lo advierto desde ya, en las certezas de sus probables respuestas, a saber: ¿Responde la regla de derecho satisfactoriamente a su promesa implícita de reglar

¹ Este es fruto de una investigación posdoctoral financiada por Fondecyt Chile (proyecto N° 3090028). El artículo fue originalmente impartido como clase magistral en el módulo Ley y Poder del Magíster en Pensamiento Contemporáneo del Instituto de Humanidades, de la Universidad Diego Portales en abril de 2009. Agradezco los comentarios, críticas y sugerencias de mis colegas del Instituto, de los alumnos y de todos sus participantes, los que han hecho de ese espacio de clase magistral una vibrante tribuna de debate intelectual. Todos los errores son míos, por cierto.

a todos los actores del juego constitucional? En otras palabras, ¿duerme tranquila la república, al ser guardada en su sueño institucional por la regla de derecho que le promete protección del siempre voraz arbitrio del soberano?

2. LA TENSIÓN INHERENTE A LA REGLA DE DERECHO

Conviene primero que todo dejar asentada una cierta ambigüedad que entrecruza las definiciones más conocidas de esta noción de “regla de derecho” y que ha llevado a muchos constitucionalistas contemporáneos a reconocer que en ella, la regla de derecho, se incuba un constante, continuo e irresoluble debate.²

En efecto, desde un punto de vista formal, la regla de derecho no alude más que a un conjunto de reglas del juego que serían aplicables a todos los actores involucrados en él. Así definida, la regla de derecho no sólo referiría a aquello que parece evidente e inherente a su definición, esto es, a un conjunto de reglas, sino además a su pretensión universalista, llamémoslo así, esto es, a la promesa de regular la actividad de todos los actores del juego, incluso aquellos que hacen dichas normas. Ello, por cierto, es una pretensión fuerte y difícil de concebir si pensamos que el actor principal del juego constitucional sigue siendo el Estado (o sus administradores de turno), porque como Hobbes a menudo recordaba en *De Cive*, “un Estado lo suficientemente poderoso para protegernos es también potencialmente poderoso para reprimirnos”³, o como lo diría en el *Leviatán* para que no quedase duda, y lo cito nuevamente⁴:

*“Aquel que puede atar, puede desatar; por lo tanto aquel que sólo está atado a sí mismo, no está en verdad atado”.*⁵

Es precisamente debido a este desafío, acuñado originalmente por Hobbes y recreado posteriormente por Schmitt,⁶ que la promesa “universalista” de la regla de derecho ha resultado habitualmente controvertida cuando se le discute más allá de los tranquilas aulas del liberalismo; dando lugar a los irresolubles debates a los que aludía antes Gallie, y que ha llevado a connotados teóricos legales a expresar

² GALLIE (1955-56), p. 167.

³ HOBBS (1966), p. 175f.

⁴ Al momento de escribir este manuscrito se encuentra consolidado el último golpe de Estado “institucional” en Latinoamérica, ocurrido específicamente en Honduras a mediados de 2009. Ello, por cierto, nos presenta con patente actualidad lo exigente de la pretensión universalista de la regla de derecho, en frente de una siempre campante amenaza de extralimitación del poder del Estado (o de sus administradores de turno).

⁵ HOBBS (1966), p. 252.

⁶ Véase SCHMITT (2005).

como lo ha hecho con elocuencia Judith Shklar en su artículo “Political Theory and rule of law” de 1998, que:

“Gracias al abuso ideológico y al sobre-uso general, la regla de derecho puede ser observada como uno de esos instrumentos retóricos auto-congraciados y sin sentido que adorna las declaraciones públicas de los políticos anglo-americanos”.⁷

Pero ¿qué es lo verdaderamente problemático en esta condición universalista de la regla de derecho, en esta pretensión de querer normar las acciones de *todos* los miembros del juego, poderosos o vasallos, nobles o descamisados, carismáticos o imbéciles, creyentes o condenados, capitalistas o proletariados? ¿Es acaso la imposibilidad de producir dicha condición lo problemático, esto es, la imposibilidad de dar a luz una regla o conjunto de reglas aplicable para todos por igual –como nos sugiere Hobbes y Schmitt–, o se trata más bien de lo enigmático que resulta constatar que dicha condición, una regla igual para todos, *sería sólo posible restrictivamente*, ello debido al carácter eminentemente excluyente, inherente en la ley, que para convocar algunos iguales debe mantener a otros excluidos –como nos dirán autores post-estructuralistas como Badiou y Žižek?

3. EL FRACASO DEL UNIVERSALISMO DE LA NORMA: GENERALIDAD VERSUS EXCEPCIÓN

Varias cosas hay que precisar a este respecto para entender mejor estas alternativas, aún manteniéndonos en una reflexión meramente formal, esto es, antes de recurrir a la historia para ver cómo ésta se encargó de moldear concretamente estas problemáticas. Primero, diremos que esta idea de que la regla de derecho postularía un conjunto de normas del juego aplicables a todos sus partícipes, requiere en verdad una teorización de la propia noción de *norma* que se interroge cómo ella –la norma– resultaría al menos conceptualmente compatible, con la condición de aplicabilidad a todos, buscada.

Es Lon Fuller, quien quizás en mayor medida sigue esta línea reflexiva y logra ensayar, o si se prefiere sistematizar una serie de reflexiones que apuntan directamente a responder la pregunta antes mencionada. Para Fuller, en su clásico texto *La Moral del Derecho*, existen ocho condiciones que una *norma* debe poseer para poder dar cumplimiento a la promesa de aplicabilidad a todos los partícipes del juego, inherente a la regla del derecho en comento, a saber: 1. generalidad, 2. promulgación pública, 3. irretroactividad, 4. claridad y comprensibilidad, 5. coherencia y consistencia lógica, 6. realizabilidad, 7. duración y 8. obediencia oficial.⁸

De todas ellas, es la *generalidad* la que condensa la mayor expectación explicativa para el problema del universalismo en comento. Que una norma sea

⁷ SHKLAR (1998), p. 21.

⁸ FULLER (1967), Capítulo 2.

general, implica que la instrucción, directriz o simplemente acto jurídico que ésta contiene, está dirigida a regular uniformemente a todos los integrantes de una categoría dada. Así, una norma que grava la compraventa de bienes raíces sería general si se aplica en principio a todos aquellos que puedan estar en condiciones de celebrar dicha compraventa. La generalidad haría, según Fuller, por tanto, que una norma logre inmunizar, a lo menos conceptualmente, aquello que le es inherente, esto es, su carácter contingente que se deriva del hecho de ser fruto de la expresión de voluntad de los órganos soberanos de un Estado. La contingencia del origen de la norma, implica que ella, la norma, está siempre en riesgo no sólo de discriminar, sino de *discriminar arbitrariamente*, esto es, no sujeta a otra razón que la no-razón de la decisión del acto del gobernante. O siguiendo a Schmitt, a la *razón* construida tras, pero nunca previa, a la decisión, puesto que como él nos ha dicho, “observada normativamente, la decisión emana de la nada”.⁹

Como se ve, la generalidad de la norma es lo que permitiría que los sujetos a ella puedan prever qué es lo que les ocurrirá, puesto que las opciones no serían otras que, o estar dentro de la regla o estar fuera de ella, ambas situaciones conocibles a priori por los actores.

Lo que Fuller, sin embargo, no analiza con tanta atención es el problema de la excepción.

Una excepción hace que la generalidad de la que se reviste la norma no logre nunca estar dotada de un carácter universal, esto es, aplicable a todos *sin excepción*, sino sólo termine reafirmando la particularidad del segmento al que se dirige dicha generalidad. En efecto, las excepciones a una norma al demandar expresamente una base explicativa dentro de ella –la norma– (por ejemplo, la excepción al pago de impuestos cuando se celebran compraventas de bienes raíces por los nacionales de un país en lugares limítrofes, en base a razones de seguridad nacional) no hace más que ratificar el carácter particular de la generalidad de la norma (en el ejemplo, del impuesto que grava las compraventas de *casi todos* los bienes raíces). En tal sentido, el género es reforzado precisamente por las exclusiones que lo rodean, no lográndose nunca que éstos, los sujetos de las exclusiones –los excluidos–, sean incorporados por la norma, salvo a través de su propia exclusión como nos precisa Giorgio Agamben.¹⁰ Más aún, y siguiendo en esto a Agamben en su capítulo segundo de su texto *Estado de Excepción*, podríamos afirmar que “con el propósito de aplicar una norma es finalmente necesario suspender su aplicación, producir una excepción”,¹¹ porque, la excepción –dejando en esto Agamben– no es más que

⁹ SCHMITT (2005), pp. 31-32.

¹⁰ AGAMBEN (1998), p. 26.

¹¹ AGAMBEN (2005), p. 40.

el sustrato implícito de la generalidad y que expresa el fracaso del universalismo pretendido en toda norma. Piénsese, por ejemplo, en la norma “sólo los mayores de dieciocho años pueden votar”. ¿No es acaso la exclusión de los que tienen diecisiete años, once meses y trescientos cincuenta y cuatro días al momento de la elección, la expresión más palpable de que la generalidad de dicha norma no puede sino asentarse en un cúmulo de excepciones que siempre revisten el carácter de exclusiones? Quizás es por ello que Alain Badiou en su análisis de San Pablo, al que volveremos al final de este artículo, nos dice que “la ley es siempre predicativa, particular y parcial”.¹² El punto es, sin embargo, saber si dichas exclusiones son o no arbitrarias y por qué. Más aún, ¿si la ley es siempre parcial en su generalidad, en que quedaría entonces la promesa explícita del universalismo presentada por la regla de derecho?

4. EL DESAFÍO DEL ARBITRIO A LA REGLA DE DERECHO

Antes de indagar esta pregunta, permítanme primero evaluar el carácter general de la norma en relación al motivo central del surgimiento de la regla de derecho, esto es, la pretensión de controlar el arbitrio de los gobernantes. La cuestión previa a analizar ahora es: ¿Logra el carácter general de la norma que el poder del Estado que la crea, quede sujeto a ella, como un partícipe más del juego constitucional? ¿Podemos, en definitiva, dejar zanjado el dilema de Hobbes que ya antes recordáramos? La respuesta es, me parece a mí: no necesariamente.

Lo que postula en verdad el carácter general de la norma, ahora en relación al poder del Estado, es fijar derroteros claros para su expresión, colocando luces rojas para evitar que su poder se manifieste arbitrariamente, o cuando ello ocurra todos sepamos que así sucedió. El constitucionalismo no es ingenuo, y sabe que nada está asegurado, pero nos afirma que en la medida que el poder del Estado se exprese en esta forma civilizada, la partida estaría ganada en todo lo que puede ser ganada.

Es esta intuición la que acompañó la experiencia histórica de la regla del derecho dentro del constitucionalismo moderno, surgido como nos recuerda Hannah Arendt “para prevenir la marea de las revoluciones”.¹³ En efecto, al menos en la experiencia de la revolución americana, el constitucionalismo aparece como una manera de frenar el poder antes que de tomárselo.¹⁴ Más aún, observada la regla de derecho desde su perspectiva histórica al interior del constitucionalismo moderno,

¹² BADIOU (2003), p. 76.

¹³ ARENDT (1963), p. 143.

¹⁴ SEJESTERD (1998), p. 133.

aparece ella asociada a una noción mucho más amplia que la mera alusión a las reglas del juego, y que queda ahora mejor expresada por el término *Rechtsstaat*, o en su traducción española, estado de derecho, liberal agregaríamos de inmediato.

El *Rechtsstaat* liberal, si seguimos en esto a Schmitt en su texto la *Teoría Constitucional*, pero también a liberales republicanos como Philip Pettit, refiere al conjunto de arreglos institucionales que históricamente tuvieron como norte sujetar el poder estatal; ponerlo bajo control. Citemos a Schmitt por un momento:

*“Todo el esfuerzo del Rechtsstaat burgués está puesto en reprimir lo político, comprimiendo todas las expresiones de la vida del Estado en una serie de prescripciones, y transformando toda la actividad del Estado en acciones realizadas dentro de esferas de competencias precisamente articuladas, y en principio limitadas”.*¹⁵

En el *Rechtsstaat* liberal no sólo se incluiría la idea del imperio de la ley, sino también la de la dispersión y/o oposición de poderes y de la prohibición para que las simples mayorías puedan alterar los ejes centrales de la constitución, especialmente los derechos o libertades fundamentales.

De estas condiciones, es la noción del “imperio de la ley”, la fundamental. Se trata de una idea expresada en la frase de James Harrington (1611-1677), uno de los más destacados republicanos del siglo XVII, en su texto *The Commonwealth of Oceana and A System of Politics*, que señala que todo sistema de gobierno debería ser “un imperio de la ley y no de los hombres”.¹⁶ Schmitt, a su vez, nos dice respecto al imperio de la ley lo siguiente:

*“Esta idea fundamental del Rechtsstaat supone, histórica como intelectualmente, el rechazo a la regla de personas, ya sea una persona individual, una asamblea, o un cuerpo cuya voluntad toma el lugar de una norma general que es igual para todos y que es previamente determinada. La Regla de derecho significa sobre todo y en primer lugar que el propio poder legislativo esté sujeto por sus leyes y su autoridad sea la que llegue a ser ley, no los medios de una regla arbitraria”.*¹⁷

Ahora bien, esta idea del imperio de la ley no sólo demanda que la ley tenga una determinada forma como la señalada por Fuller (1. generalidad, 2. promulgación pública, 3. irretroactividad, 4. claridad y comprensibilidad, 5. coherencia y consistencia lógica, 6. realizabilidad, 7. duración y 8. obediencia oficial), sino además que *toda* ley que se dicte debe tener dicha forma, esto es, de que no existiría

¹⁵ SCHMITT, Carl, citado en Slagstad (1988), p. 108.

¹⁶ HARRINGTON (1992), p. 81.

¹⁷ SCHMITT (2008), p. 181.

opción para los gobernantes entre elegir actuar de acuerdo a una ley “tipo-Fuller” o seguir meras decisiones basadas en justificaciones *ad hoc* o *ex post*.

La solución encontrada para garantizar esta segunda condición del imperio de la ley es ofrecida por Joseph Raz, el discípulo de Hart, quien complementando las ocho condiciones de Fuller agrega, en su texto a esta altura clásico, *La Autoridad de la Ley* de 1979,¹⁸ un noveno requerimiento para la ley, a saber: la existencia de una estructura jerárquica que exija que las reglas o normas particulares, que de hecho existen en todo sistema legal, se conformen a las reglas más generales, salvándose así el posible arbitrio escabullido en la particularidad de dichas normas. De esta forma, el imperio de la ley sería condición necesaria para que, como lo sugiere Pettit,¹⁹ citando a Bridget Hill, “las acciones de nuestros gobernantes no fueran una mera expresión de una inconstante, incierta, desconocida y arbitraria voluntad”.²⁰

La dispersión de poderes, la segunda condición necesaria para la existencia de un *Rechtsstaat* liberal que controle el poder del Estado, a diferencia del imperio de la ley que apuntaba a la forma y contenido de la ley, refiere ahora a la manera en que ésta, la ley, opera o se ejerce. Esta condición ha sido famosamente instituida por Montesquieu en *El Espíritu de la Leyes*,²¹ y retomada por Madison en *El Federalista* 47, quien nos dice:

*“La acumulación de todos los poderes, legislativo y judicial, en las mismas manos, sean éstas de uno, de unos pocos, o de muchos, hereditarias, autonombradas o electivas, puede decirse con exactitud que constituye la definición misma de la tiranía”.*²²

Se trata ésta –la dispersión de poderes– de una pretensión sin embargo más antigua que la historia del constitucionalismo moderno, que se entronca con reflexiones de autores como Marchamont Nedham,²³ y que se extiende hasta la idea antigua de los gobiernos mixtos, esto es, la idea de que diversos sectores de la sociedad se expresen en el gobierno a través de sus representantes y el poder sea distribuido soberanamente entre ellos. La racionalidad detrás de esta idea de la dispersión de poderes es, por cierto, la de evitar el aumento de probabilidades del ejercicio del poder arbitrario que se derivaría de su concentración en unas

¹⁸ RAZ (1985).

¹⁹ PETTIT (1997), p. 176.

²⁰ HILL (1986), p. 76.

²¹ MONTESQUIEU (1972).

²² MADINSON *et al.* (2001), pp. 204-205.

²³ Véase, NEDHAM (1656).

mismas manos, no sólo de uno, sino también de pocos o de muchos, como nos dice Madinson. No es sólo, por tanto, el tirano individual el que se tiene en mente evitar sino también, y de sobremanera, a la tiranía de las multitudes electas o autoproclamadas.

Ello nos lleva a la tercera condición del *Rechtsstaat* liberal, que no es otra que la protección de la república del ejercicio despótico de las mayorías. Se trata de todos aquellos mecanismos constitucionales, por ejemplo, la exigencia de quórum calificados para reformar leyes constitucionales o la prohibición absoluta de dictar leyes o realizar actos administrativos que afecten derechos esenciales de los individuos, consagrados por la constitución.

Pero de nuevo en esto convenga ser un tanto más exigente con lo razonable que estas limitaciones pudieran parecer a *prima facie*. Para ello, permítanme formular el problema de la siguiente forma: ¿Qué justificaría que una república democrática constitucional, cuya legitimidad de existencia —o al menos de ejercicio— está basada en el consentimiento activo de todos sus sujetos, pueda mantener mecanismos que restrinjan la expresión de la mayoría?, en otras palabras, ¿qué justificaría que las multitudes se protegieran de sí mismas? La dispersión de poderes antes mencionada, no responde dicha pregunta, pues su preocupación central es proveer un mecanismo para evitar que dicha hipótesis siquiera surja. Sabemos, sin embargo, que la exigencia de quórum calificado, por ejemplo, nos confronta con la demanda de construir una racionalidad que explique dicha limitación, más aún en sociedades en donde el paradigma de la democracia como el gobierno del pueblo aparece muy extendido.

Las razones dadas por el republicanismo son sin duda atendibles, pues apelan como lo dice Pettit a “un ideal de libertad de no-dominación” que permitiría distinguir entre leyes buenas y las que no lo son.²⁴ Sin embargo, ello no sólo no evita la tensión entre, por una parte, una noción vulgar de democracia, la que privilegia el respeto irrestricto a las mayorías y, por otro lado, las restricciones constitucionales a estas últimas (aunque ellas estén basadas en el noble ideal democrático), precisamente porque los intereses detrás de las multitudes no son muchas veces tan nobles. Más aún, lo que es más significativo para lo que nos inquieta, el ideal republicano propuesto por Pettit instala un problema adicional: ¿Qué sucede si tras la justificación de proteger el ideal de libertad de no-dominación, se escondieran restricciones que apunten a intereses igualmente menos nobles, pero esta vez, no asociados a las multitudes, sino a los sectores

²⁴ PETTIT (1997), p. 182.

privilegiados de la sociedad, con más recursos para influir en los autores de dichas restricciones, los legisladores?

5. DE LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY A SU “CONDICIÓN INHERENTE DE ESCLAVITUD”

La interrogante con que se cerraba la sección anterior tiene dos vertientes a explorar, la primera es la que se abre con la pregunta ¿quién debe ser el juez para decidir cuando ello ocurre y cómo resolverlo?, una pregunta que desde Locke ha sido respondida apelando a una mayor o menor participación del pueblo.²⁵

Una segunda vertiente, que ahora quiero explorar, espero me llevará a reconectarme con alguna de las interrogantes que he dejado expresamente pendientes al comienzo de mi exposición. Se trata de la línea que se introduce cuando uno se interroga lo siguiente: si aceptamos que la restricción de las mayorías como condición del *Rechtsstaat* liberal, da lugar a un problema de parcialidad (que implica la exclusión de alguien), ¿debe entonces este problema ser entendido como un asunto del orden de la mera interpretación o es más bien inherente al carácter de la ley, que aquí uso como sinónimo de norma?

Si nuestra respuesta sigue la primera de las alternativas señaladas podríamos, si somos listos, llegar a escribir un libro como *Law's Empire*, habitualmente traducido como el *Imperio de la Justicia*, que escribiese Ronald Dworkin en 1986.²⁶ En efecto, si nuestra óptica fuera, primero, constatar que, a pesar de tener una república constitucional en donde las restricciones a las mayorías estén sólo justificadas por el resguardo de la garantía del ideal de libertad de no-dominación, en los hechos abundan las prácticas abusivas de dichas restricciones, ejercidas, por ejemplo, por las labores de los órganos a quienes hemos entregado el control de dichas restricciones, e.g.: tribunales constitucionales. Segundo, que nuestra explicación de ello apelara a la forma restrictiva en que se está concibiendo el derecho y a su aplicabilidad “positivista”. Tercero, entonces probablemente nuestra solución, al igual que Dworkin, sería extender la noción de derecho desde un conjunto restrictivo de normas a otra que asuma el derecho no sólo como ello, un conjunto de normas (ya sean éstas, principales o de reconocimiento), sino además de

²⁵ Locke expone el asunto en los siguientes términos: “¿Quién podrá juzgar si el príncipe o el cuerpo legislativo están actuando en violación de la confianza que se depositó en ellos?... Y respondo: el juez habrá de ser el pueblo; pues ¿quién podrá juzgar si su delegado o diputado está actuando de acuerdo con lo que se le ha encomendado, sino aquel que le ha encomendado la misión y conserva todavía el poder de destituirlo cuando el depositario del encargo no lo cumple?”, LOCKE (1997), pp. 230-231.

²⁶ DWORKIN (1986).

principios. Una noción de derecho que descansa en una racionalidad extensiva asentada no sólo en la interpretación de los jueces, los que nunca podrían alegar estar presos en el rigor formal de la ley para justificar restricciones abusivas a las mayorías, sino más importantemente en la labor “protestante” que realicen todos y cada uno de los ciudadanos. Permítanme citar en esto a Dworkin, en una cita más bien larga:

“¿Qué es el derecho? Ahora ofrezco una respuesta diferente. El derecho no queda agotado por ningún catálogo de reglas o principios. Cada uno con su propio dominio sobre algún discreto teatro de conducta. Ni tampoco por un grupo de funcionarios y sus poderes sobre una parte de nuestras vidas. Es la actitud lo que define el imperio de la justicia (el derecho) y no el territorio, el poder o el proceso. Estudiamos dicha actitud principalmente en las cortes de apelación donde se viste para la inspección, pero debe penetrar en nuestras vidas ordinarias si debe servirnos también en la Corte. Es una actitud interpretativa, introspectiva, dirigida a la política en sentido amplio. Es una actitud protestante que hace a cada ciudadano responsable por imaginar cuáles son los compromisos públicos de su sociedad con respecto al principio, y que requieren estos compromisos en nuevas circunstancias. La naturaleza del discernimiento retrospectivo, así como también la suposición reguladora de que a pesar de que los jueces deben tener la última palabra, su palabra no es por ello la mejor, confirman el carácter protestante del derecho y reconocen el rol creativo de las decisiones particulares. La actitud del derecho es constructiva: su objeto, en el espíritu interpretativo, es colocar el principio por encima de la práctica para demostrar el mejor camino hacia un futuro mejor, cumpliendo con el pasado. Es, por último, una actitud fraternal, una expresión de cómo estamos unidos en una comunidad a pesar de estar divididos en lo que respecta a proyectos, intereses, y convicciones. Esto es, de todas formas, lo que el derecho es para nosotros: para las personas que queremos ser y la comunidad que queremos tener”.²⁷

Pero, ¿si el derecho no fuera nada de esto; sino fuera en verdad, al menos en su núcleo central, una actitud ni interpretativa, ni retrospectiva ni muchos menos fraternal, ni tampoco una expresión de “cómo estamos unidos en una comunidad a pesar de estar divididos en lo que respecta a proyectos, intereses, y convicciones...”, esa frase hermosa que usa Dworkin para cerrar su libro? ¿Y si el derecho no fuera nada de eso digo, sino centralmente un conjunto de reglas, a pesar de su ‘textura abierta’, como insistía sin ilusiones H.L.A. Hart,²⁸ aun cuando alguna de ellas adquieran el nombre de principios; reglas que lejos de expresar actitudes fraternales estarían dirigidas por su propia condición de normas a ser “predicati-

²⁷ DWORKIN (1992), pp. 289-290.

²⁸ Véase, HART (1961).

vas, particulares y parciales” como nos dice Badiou en *Saint Paul*²⁹ y, por tanto, a construir no sólo exclusiones y/o excepciones, sino también esclavitud?

Permítanme, por tanto, explorar finalmente esta posibilidad, volviendo a la pregunta inconclusa, aquélla en la que me interrogaba: ¿si la ley es siempre parcial en su generalidad, en qué quedaría entonces la promesa explícita de universalismo presentada por la regla de derecho?

6. PARCIALIDAD DE LA LEY Y UNIVERSALISMO

Lo primero que hay que repreguntar es lo siguiente: ¿es la ley siempre parcial, y si es así qué rutas alternativas podríamos disponer para alcanzar el universalismo?

La reflexión a la que me referiré parte afirmando que la ley, lejos de garantizar libertad como dice la perspectiva kantiana, no hace más que anclarnos en una esclavitud perversa. Para ello, tanto Alain Badiou en su texto *San Pablo, las Bases del Universalismo*, como Slavoj Žižek comentando el trabajo de este último en su texto *El Sujeto Espinoso, el centro ausente de la ontología política*, recurren a la famosa carta de San Pablo a los Romanos, capítulo séptimo, versículos séptimo al vigésimo tercero, que dice, en una cita larga que excuso, sobre todo, para los no creyentes, lo siguiente:

“¿Vamos a decir entonces que la ley es pecado? ¡Claro que no! Sin embargo, de no ser por la ley, yo no hubiese sabido lo que es el pecado. Jamás habría sabido lo que es codiciar, si la ley no hubiese dicho: “No codicies”. Pero el pecado se aprovechó de esto, y valiéndose del propio mandamiento despertó en mí toda clase de malos deseos. Pues mientras no hay ley, el pecado es cosa muerta. Hubo un tiempo en que, sin la ley, yo tenía vida; pero cuando vino el mandamiento, cobró vida el pecado, y yo morí. Así resultó que aquel mandamiento que debía darme la vida, me llevó a la muerte, porque el pecado se aprovechó del mandamiento y me engañó, y con el mismo mandamiento me dio muerte.

En resumen, la ley en sí misma es santa, y el mandamiento es santo, justo y bueno. Pero entonces, ¿esto que es bueno me llevó a la muerte? ¡Claro que no! Lo que pasa es que el pecado, para demostrar verdaderamente que es pecado, me causó la muerte valiéndose de lo bueno. Y así, por medio del mandamiento, quedó demostrado lo terriblemente malo que es el pecado.

Sabemos que la ley es espiritual, pero yo soy débil, vendido como esclavo al pecado. No entiendo el resultado de mis acciones, pues no hago lo que quiero, y en cambio aquello que odio es precisamente lo que hago. Pero si lo que hago es lo que no quiero hacer, reconozco con ello que la ley es buena. Pero de hecho no soy yo quien lo hace sino el pecado

²⁹ BADIOU (2003), p. 76.

*que está en mí. Porque yo sé que en mí, es decir en mi naturaleza débil, no reside el bien, pues aunque tengo el deseo de hacer lo bueno, no soy capaz de hacerlo. No hago lo bueno que quiero hacer, sino lo malo que no quiero hacer. Ahora bien, si hago lo que no quiero hacer, ya no soy yo quien lo hace, sino el pecado que está en mí. Me doy cuenta de que, aun queriendo hacer el bien, solamente encuentro el mal a mi alcance. En mi interior me gusta la ley de Dios, pero veo en mí algo que se opone a mi capacidad de razonar: es la ley del pecado, que está en mí y que me tiene preso”.*³⁰

La interpretación de Badiou apunta a resaltar una teoría del inconsciente subjetivo estructurado a través de la oposición entre vida y muerte. Es la prohibición de la ley la que permite que el objeto del deseo pueda realizarse a sí mismo, como nos dice Badiou:

*“[i]nconsciente o involuntariamente, esto es, como vida en el pecado. Lo cual traería como consecuencia que el sujeto, descentrado estaría en el lugar de la muerte”.*³¹

A su vez, es el pecado, que para Badiou es la automatización de la repetición, el que ocuparía el lugar de la vida. Recordemos la frase de San Pablo: *Hubo un tiempo en que, sin la ley, yo tenía vida; pero cuando vino el mandamiento, cobró vida el pecado, y yo morí.* Es el pecado, entonces, el que vive por mí, pero lo hace exclusivamente porque la ley le dio vida, la vida que precisamente tenía yo sin la ley. Es por eso –sostiene Badiou– que para que la relación se revierta, y el sujeto ocupe nuevamente el lugar de la vida y el pecado el lugar de la muerte es necesario quebrar con la ley, que es la que intrínsecamente origina esta reversión que esclaviza al sujeto, y lo apresa en una vida que es ocupada no por él sino por el pecado.

Para Žižek a su vez, la epístola de San Pablo debe ser leída como la lucha en que se encuentra el Apóstol para evitar la trampa de la perversión, esto es, la condición de que “la ley genera su transgresión debido a que necesita afirmarse a sí misma como ley”.³² Más aún, para Žižek, lo que está en juego acá es la división del sujeto producida por la ley, mediante la confusión entre vida y muerte, y cito a Žižek:

*“el sujeto está dividido entre obediencia (consciente) a la Ley y el deseo (inconsciente) de su transgresión generado por la propia prohibición legal. No es el Yo, el sujeto, quien transgrede la ley, es el propio ‘Pecado’ no-subjetivizado, el impulso pecador en el cual no me reconozco a mí mismo, y que incluso odio”.*³³

³⁰ SAN PABLO (2003), p. 1505.

³¹ BADIOU (2003), p. 80.

³² ŽIŽEK (2000), p. 148.

³³ ŽIŽEK (2000), p. 149.

Para ejemplificar este ciclo perverso del que nos habla Žižek, quizás sea útil recurrir a algunos ejemplos más mundanos. El primero que se me ocurre es el de la ley que prohíbe el aborto en Chile. Se trata de una ley que pareciera totalmente ajustada a la defensa inalienable del derecho a la vida, que cualquiera podría esperar que una constitución republicana liberal garantizara. Pero, ¿qué pueden significar en el contexto de la reflexión a la que Badiou y Žižek nos invitan, las más de 150.000 transgresiones a dicha ley que ocurren anualmente en nuestro país? Siguiendo a San Pablo podríamos decir que es debido a dicha ley que hemos aprendido que “no debemos abortar”, porque ello atenta contra uno de los valores que nuestra república constitucional ha decidido resguardar. Pero también, podríamos reconocer, que es debido a dicha ley, y con la complicidad de ella o de los que la ejecutan o fiscalizan, diríamos, que las transgresiones tienen lugar en una mórbida espiral de repetición. Un ciclo de muerte –y perdonen la crudeza– no sólo para los fetos y muchas veces para sus madres, sino también para los médicos y auxiliares que vuelven y vuelven a la transgresión, a pesar de que uno podría imaginar pudiesen odiar dicha situación, como diría San Pablo. Más aún, pareciera ser que es este propio ciclo, a esta altura conocido por muchos, de transgresiones abortivas lo que mantiene clausurado la posibilidad de discutir un nuevo marco legal sobre el asunto, puesto que las transgresiones parecen haber sido ya normalizadas, no así el debate abierto sobre la permisividad legal del aborto.

Pero el ciclo perverso de transgresión no sólo aparecería en situaciones groseras como la del aborto, sino también en las leyes que recogen general y normal obediencia, que como sabemos son las más. Piénsese, por ejemplo, en la ley que obliga a realizar anualmente una declaración de impuestos a la renta. La transgresión acá no opera en verdad en forma de abierta rebeldía, lo que supondría una operación consciente, alejada precisamente de la lógica inconsciente de la transgresión, sino más bien, bajo la forma de evasión, como lo sabe cualquier fiscalizador del Servicio de Impuestos Internos. Evadimos impuestos, cuando nos refugiamos en el rigor de la fórmula, hoy incluso ni siquiera elaborada por uno, sino por el propio órgano recolector que nos propone lista nuestra declaración. El problema se presenta cuando la declaración propuesta no contiene las rentas que uno, aunque percibió nunca formalizó (emitió boletas), pues nadie se lo exigió y que ahora parece que nadie detectó. La operación de transgresión en tal caso adquiere la forma de una mera ratificación de un sistema de colección de impuesto que decide por mí, toma literalmente mi lugar, y que ya ha asumido previamente que un porcentaje marginal de evasión, resulta razonable de aceptar para un sistema tributario.

Lo que está en juego, en verdad, en la operación de la transgresión es una crítica radical a la naturaleza de la ley y a su promesa de universalismo. No se trata de una postura moralista por cierto, en esto Žižek tiene razón al afirmar que:

“El problema de San Pablo no es la indicación moralista estándar (cómo eliminar mis impulsos transgresivos, cómo finalmente purificarme de mis impulsos pecadores), sino su opuesto exacto: ¿cómo puedo romper con el ciclo vicioso de la ley y el deseo, de la prohibición y su transgresión, dentro de la cual puedo afirmar mis pasiones vitales sólo dentro del marco de su opuesto, como un motor de muerte mórbido? ¿Cómo podría ser posible para mí experimentar mis impulsos de vida no como un automatismo foráneo, como una ciega ‘compulsión a repetir’ que me hace transgredir la ley, con la reconocida complicidad de la propia Ley, sino como un completo subjetivizado positivo Sí, a mi vida?”³⁴

Ésta, que pareciese ser una doctrina extraña y ajena a las preocupaciones circunspectas del constitucionalismo, adquiere toda su validez, me parece a mí, cuando se toma en serio lo que Schmitt, el gran crítico del *Rechtsstaat* liberal nos dice respecto a la relación entre decisión y ley, y lo cito:

“El argumento legal último de toda validez y valor legal debe ser hallado en el acto de voluntad—la decisión— que como decisiones en general primero crea el Recht, y cuya fuerza de ley (Rechtskraft) no es derivada de la fuerza de la ley de la regla de decisión, porque incluso una decisión no compatible con preceptos legales es válida. Esta fuerza de ley de las decisiones antinormativas es parte de todos los sistemas legales”³⁵

En efecto, si el fundamento final de toda ley es el acto de decisión del gobernante que no deriva su validez sino de sí misma, entonces la ley genera su transgresión precisamente porque se trata de un acto en el que a pesar de las ficciones teóricas,³⁶ nunca somos autores; se trata de la voluntad de otro, el gobernante. Como no-autores, la ley se nos presentaría en todo sistema legal, constitucional o no, como una experiencia ajena respecto de la cual aunque “debía darnos la vida, nos llevo a la muerte” como nos dice San Pablo. Más aún, al no ser autores de la ley, ésta sólo se dirige a aquellos que reconocen y practican las directrices que ella específica. Tal operación siempre involucra una “enumeración, nombramiento y control de las partes de una situación” que la ley busca regular, como diría Badiou. Sin embargo en dicha operación es la excepción —aquellos que están presentes,

³⁴ ŽIŽEK (2000), pp. 149-150.

³⁵ SCHMITT, Carl, citado en Slagstad (1988), p. 117.

³⁶ Cf. HABERMAS (1996), p. 449.

pero no representados— lo que la ley no sólo no puede evitar, sino que requiere para su propia constitución en cuanto ley. Más aún, aunque hipotéticamente los que reconocen la ley son todos los representados (exceptuándose a los excluidos), éstos —los representados— al no ser autores caerían, siguiendo a Badiou y Žižek, inevitablemente en el ciclo mórbido de la transgresión.

Pero, ¿puede haber alguna esperanza, en el marco del constitucionalismo, para seguir aspirando al universalismo, que al parecer la ley no puede dar? Si uno acepta que la ley es la fuente intrínseca de la esclavitud, vía transgresiones repetitivas y exclusiones inapelables, entonces el camino parece cerrado por allí. Sin embargo, y volviendo finalmente a Schmitt, si uno considera que la validez final de la ley está en el acto de voluntad, una pista sería volver al origen, a donde se expresa dicha voluntad, esto es, al poder constituyente siempre en permanente tensión con el poder constituido que lo busca legalizar, como yo leo es el esfuerzo hecho por Antonio Negri, entre otros trabajos, en su texto *El Poder Constituyente*.³⁷ Se trataría de una tensión en donde, de tanto en tanto, la pura decisión, o conjunto de decisiones o, si se prefiere de fidelidades para usar un término de Badiou, podría afirmar y reafirmar su propia verdad, que para ser universal pareciese requerir encontrar un nuevo derrotero, quizás un nuevo lenguaje, al margen de la ley, cito a San Pablo en su *Carta a los Romanos*, 7 (1-5), para finalizar:

“[H]ermanos ustedes conocen la ley, y saben que la ley solamente tiene poder sobre una persona mientras esa persona vive. Por ejemplo, una mujer casada está ligada por ley a su esposo mientras éste vive; pero si el esposo muere, la mujer queda libre de la ley que la ligaba a él. De modo que si ella se une a otro hombre mientras el esposo vive, comete adulterio, pero si el esposo muere, ella queda libre de esa ley, y puede unirse a otro hombre sin cometer adulterio. Así también ustedes, hermanos míos, al incorporarse a Cristo han muerto con él a la ley, para quedar unidos a otro, es decir, a aquel que después de morir resucitó. De este modo, podremos dar una cosecha agradable a Dios. Porque cuando vivíamos como pecadores, la ley sirvió para despertar en nuestro cuerpo los malos deseos, y lo único que cosechamos fue la muerte. Pero ahora hemos muerto a la ley que nos tenía bajo su poder, quedando así libres para servir a Dios en la nueva vida del Espíritu y no bajo una ley ya anticuada”.³⁸

¿Será acaso, entonces, que siguiendo a Lacan,³⁹ deberíamos primero morir, esto es, alcanzar la segunda muerte simbólica, la del Gran Otro, para renacer

³⁷ NEGRI (1994).

³⁸ SAN PABLO (2003), pp. 1504-1505.

³⁹ LACAN (1992), p. 320; LACAN (2001), p. 122.

liberados de la ley?, ¿o en su símil constitucionalista, y siguiendo esta vez a Negri, de lo que se trataría sería el de ocupar, y no abandonar, la posición donde permanentemente se muere y nace a la vez, que no es otro que el sitio del constituyente popular?

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGAMBEN, Giorgio (1998): *Homo Sacer, Sovereign Power and Bare Life* (Standford, California, Standford University Press).
- AGAMBEN, Giorgio (2005): *State of Exception* (Chicago and London, Chicago University Press).
- ARENDT, Hannah (1963): *On Revolution* (London, Faber and Faber).
- BADIOU, Alain (2003): *Saint Paul, The Foundation of Universalism* (Standford, California, Standford University Press).
- GALLIE, Walter Bryce (1955-56): "Essentially contested concepts", en *Proceeding of the Aristotelian Society* (56), pp. 121-146.
- FULLER, Lon L. (1967): *La moral del derecho* (México, Trillas).
- DWORKIN, Ronald (1986): *Law's Empire* (Cambridge, Mass, Harvard University Press).
- DWORKIN, Ronald (1992): *El imperio de la justicia* (Barcelona, Editorial Gedisa).
- HABERMAS, Jürgen (1996): *Between Facts and Norms* (Cambridge, Polity Press).
- HARRINGTON, James (1992): *The Commonwealth of Oceana and A System of Politics*, ed. J. G. A. Pocock (Cambridge, Cambridge University Press).
- HART, Herbert Lionel Adolphus (1961): *The Concept of Law* (Oxford: Oxford University Press).
- HILL, Bridget (1986): *The First English Feminist: Reflection upon Marriage and other writings by Mary Astell* (Aldershot, Gower).
- HOBBS, Thomas (1966): "De Cive", en Thomas Hobbes. *The English Works of Thomas Hobbes*, vol. 2 (*Darmstadt*, Scientia Verlag Aalen).
- HOBBS, Thomas (1966): "Leviathan", en Thomas Hobbes. *The English Works of Thomas Hobbes*, vol. 3 (*Darmstadt*, Scientia Verlag Aalen).
- LACAN, Jacques (1992): *The Seminar of Jacques Lacan, Book VII: The Ethics of Psychoanalysis, 1959-1960*, edited by Jacques-Alain Miller (Traducc. Dennis Porter, New York, W.W. Norton).
- LACAN, Jacques (2001): *Le Séminaire de Jacques Lacan, Livre VIII: Le transfert, 1960-61*, edited by Jacques-Alain Miller (Paris, Éditions du Seuil).

- LOCKE, John (1997): “Segundo ensayo sobre el gobierno civil”, en John Locke, *Dos Ensayo sobre el gobierno civil*, Joaquín Abellán (ed.) (Madrid, Espasa Calpe S.A.), pp. 201-384.
- MADINSON, James, HAMILTON, Alexander y JAY, John (2001): *El Federalista* (México, Fondo de Cultura Económica).
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barón de la Bréde y de (1972): *Del espíritu de las leyes* (Madrid, Tecnos).
- NEDHAM, Marchamont (1656): *The Excellencie of a Free State* (Disponible on-line, <http://www.constitution.org/cmt/nedham/free-state.htm/> (consultada: 20 de agosto de 2009)).
- NEGRI, Antonio (1994): *El Poder Constituyente, Ensayos sobre las alternativas de la modernidad* (Madrid, Libertarias/Prodhufo S.A.).
- PETTIT, Philip (1997): *Republicanism, A Theory of Freedom and Government* (Oxford, Oxford University Press).
- SAN PABLO (2003): “Carta a los Romanos”, en *Biblia Bilingüe* (Brasil, Sociedades Bíblicas Unidas), pp. 1496-1518.
- RAZ, Joseph (1985): *La Autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y Moral*, 2ª Edición (Traducc. Rolando Tamayo y Salmorán, México, Universidad Nacional Autónoma de México).
- SEJESTERD, Francis (1998): “Democracy and the rule of law”, en Elster, Jon and Rune Slagstad, *Constitutionalism and Democracy* (Cambridge, Cambridge University Press), pp. 131-152.
- SCHMITT, Carl (2005): *Political Theology, Four Chapters on the concept of Sovereignty* (Chicago and London, Chicago University Press).
- SCHMITT, Carl (2008): *Constitutional Theory* (Durham and London, Duke University Press).
- SHKLAR, Judith (1998): “Political Theory and Rule of law”, en S. Hoffman (ed.), *Political Thought and Political Thinkers* (Chicago, Chicago University Press), pp. 21-37.
- SLAGSTAD, Rune (1988): “Liberal Constitutionalism and its Critics”, en Elster, Jon and Rune Slagstad, *Constitutionalism and Democracy* (Cambridge, Cambridge University Press), pp. 103-129.
- ŽIŽEK, Slavoj (2000): *The Ticklish Subject, the absent centre of political ontology* (London and New York, Verso).