

CONTRA LA LEGALIDAD, *BIS*.

Por LUCIANA

La legalidad, el derecho, han sido concebidos tradicionalmente como instrumentos para la libertad. Aun las llamadas teorías críticas encuentran funciones que llaman “paradojales” al discurso jurídico, funciones libertarias, que se oponen al poder posibilitando la generación o expresión de un contrapoder.

La legalidad entendida como un pacto que tiene en cuenta una previsión a futuro, en vistas al cual la propia libertad puede ser alienada por la brutalidad o la fuerza, es un error. También lo es interpretar al derecho como una herramienta del poder, como un discurso tendiente a su perpetuación.

Muy por el contrario, el derecho no es ni lo uno ni lo otro. No configura nunca un instrumento para la liberación del hombre, ni en el presente, ni en el futuro, ni directa o paradójicamente. Se trata de un discurso que se opone radicalmente al poder, característica principal del lenguaje¹. El poder, siempre violento, no necesita ni de lenguajes ni de discursos para legitimarse o expresarse.

El derecho es el lenguaje de la no violencia, no como herramienta liberadora o para la liberación, sino como pacificadora, no como equilibradora de poder, sino como excluyente del mismo.

Así, el derecho es siempre derecho de las víctimas, y las víctimas son aquellas que han sufrido el abuso de poder. Se trata de un discurso “configurad(o) como instrumento de minimización de la violencia y de tutela de los más débiles contra los ataques arbitrarios de los más fuertes en el marco de una concepción más general del derecho (...) como instrumento de protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos.”² Así, el derecho cumple esta doble función, no ya de perpetuación y legitimación del poder, sino de equilibrador de fuerzas y exclusión del arbitrio.

Esto, la exclusión del arbitrio, es precisamente la negación de la libertad, la imposibilidad de ejercer mi libertad, en los términos más absolutos, frente al otro. “La libertad como fundamento infundado de la subjetividad conduce a plantear lo arbitrario como absoluto. Una libertad causa sui [sic] no puede admitir otra libertad. La dialéctica del amo y del esclavo se impone así como la ley misma de las relaciones entre libertades. (...) Cuando en Los caminos de la libertad, Mateo se siente libre a medida que siembra la muerte, lleva a cabo la radicalización del

¹ La relación del yo y el otro no violenta, más explícitamente desarrollada, es la del lenguaje. El lenguaje a pesar de presentarse también como obra y poder (como retórica y propaganda) es esencialmente no violento. La puesta en común que efectúa lo configura como generosidad y donación anterior a la lucha.

El lenguaje acorta así la distancia entre las intenciones y sus objetivaciones. Por todo esto es la relación privilegiada del yo con el otro, capaz de mantener la alteridad sin introducirla o reducirla en el mismo.

La respuesta del yo al otro, como lenguaje, es la puesta en común del mundo que se nombra, origen de la universalidad de la razón.

² FERRAJOLI.

planteamiento de la libertad como fundamento: el asesinato. La deshinibición de todas las determinaciones que la libertad fundamento exige, hace imposible toda moral que no sea la de la violencia, es decir, la negación del otro”³.

El derecho es entonces derecho de las víctimas quienes, carentes de libertad, sufren a consecuencia de la libertad de los otros. Se intenta eliminar la libertad de cuajo, y con ella las puertas que esta deja abiertas hacia el abuso de poder.

LA IGUALDAD ANTE LA LEY

“No es la analogía del Mismo lo que conduce al Otro. El Otro como otra libertad igual a la mía sólo puede ser mi enemigo mortal. La igualdad ante la ley y las instituciones sólo pueden lograr un equilibrio pasajero que siempre se degrada en lucha”⁴.

Si bien el resultado que se pretende al pasar por el derecho es el de una igualación de las partes, esto supone una desigualdad inicial. Así, no debe el acceso al derecho y a las instituciones ser igual para todos, sino privilegiarse en función de los más débiles, quienes deben salir fortalecidos, o, más bien, en iguales condiciones que el resto. Es por esto que la única que tiene legitimación para actuar es la víctima. No existe posibilidad de poner en funcionamiento el mecanismo sin ser víctima de abuso de poder, y cualquier resultado contrario a la igualación de las partes es un resultado ilegal.

Así, si defendemos una igualdad iniciática de las partes ante la ley, tendremos un resultado igualmente desigual: el más poderoso saldrá aun más fortalecido. Por esto la lucha por la legalidad es una lucha de las víctimas, de los débiles, y no de los poderosos. Es este planteo, y no uno por fuera de la legalidad, la única vía no violenta posible, si lo que se pretende es la reducción de la violencia y la equilibración de las fuerzas en una sociedad.

El Estado se ha erigido, modernamente, en el garante de este discurso, de la misma manera que lo ha hecho con el derecho de la víctima a través de la instauración de los Ministerios Públicos, y con idénticos resultados. Éste se debe a que el Estado no es imparcial, al error primigenio de concebir su existencia como único garante posible de derechos y libertades⁵, pero fundamentalmente a la inapropiada ficción de la igualdad de las partes frente al derecho y las instituciones, que resulta en una acumulación de poder por parte del Estado, restándole poder de control y acceso a su natural contraparte: el ciudadano, que se convierte así siempre en una víctima del abuso de poder. Y es esto lo que, finalmente, el Estado termina garantizando.

³ Levinas.

⁴ Levinas.

⁵ “El esquema kantiano del imperativo categorico parece desconocer todas las seducciones y violencias que se pueden ejercer sobre una voluntad. Se apoya en una libertad abstracta que desconoce los condicionamientos sociales e historicos dejando asi a la subjetividad indefensa frente a la tirania. Las condiciones de esta libertad, que admite la racionalidad autonomamente, son las instituciones y finalmente el Estado que garantiza la libertad y la posibilidad de una moral objetiva”.

Pero el derecho no es solo una herramienta estatal. Es un discurso social que preexiste al Estado y que, en tanto que lenguaje, preexiste también a la libertad. De tal manera, si bien es correcto que las garantías y principios tienen una función limitativa del poder, no lo es afirmar que a través de ellas se legitima el ejercicio del poder o del derecho por parte de las instituciones estatales, ni las pobres respuestas que éstas ofrecen como soluciones posibles⁶.

CONDICIONES DEL EJERCICIO DEL DERECHO

El derecho actúa reconociendo, antes que la libertad de los sujetos, sus necesidades. “La preocupación por la subsistencia no es una caída en la que se denigra la finitud del sujeto, sino su esencial constituirse como sujeto”. Es en el reconocimiento de estas necesidades que los sujetos son sujetos de derecho, y que lo que llamamos “derechos”, especialmente los humanos o fundamentales, tienen condición de tales. Si no fuera para satisfacer estas necesidades que nosotros conocemos como derechos, esta herramienta no sería necesaria.

Así, por ejemplo, FERRAJOLI establece en su construcción de un derecho penal garantista⁷, dos axiomas al respecto: “nulla lex (poenalis) sine necessitate”, y “nulla necessitas sine iniuria”, principio de necesidad del derecho, y principio de lesividad u ofensividad del acto. Si bien la forma de contrarrestar esa necesidad no es la misma en todas las ramas del derecho, —ya que se encuentran formas prohibitivas, formas compensatorias o reparatorias y formas propositivas o de promoción—, cada derecho se funda en una necesidad. La acción encuentra allí también su fundamento, no puede exigir derecho quien no tiene necesidad.

Estas necesidades pueden, en principio, ser o no producto del abuso de poder o de libertad de otro. Como citáramos, son condiciones esenciales para la constitución del sujeto. El derecho es importante aquí en tanto reconoce esas necesidades y, por tanto, al sujeto, frente a los otros. Es en este reconocimiento donde se produce la desigualdad de fuerzas, en una desigual distribución de la riqueza, que es imposible de revelarse sin un conjunto de sujetos.

⁶ Así, por ej., lo propone BOVINO en *Contra la legalidad*.

⁷ FERRAJOLI, p. 93.