

TRAS BAMBALINAS DE LA FICCIÓN: DESPERTANDO DE NUESTRA ILUSIÓN

ALEJANDRO RAÚL SARMIENTO CANTILLO*

JESSICA PAOLA SOLANO PINEDA**

RESUMEN

El presente artículo propone analizar desde la teoría crítica el trasfondo y arraigo de un tema muy importante de la teoría del derecho como es el tema de las ficciones jurídicas, para poder desentrañar el objeto y el fin de estas, su utilidad misma como mecanismo de creación de la realidad en manos del derecho. Busca tratar de encontrar herramientas útiles para determinar el destino de tales ficciones, sirviendo a quien lo precise para desentrañar el lado oscuro y deforme del derecho. Nos interesa en el presente escrito establecer la forma en la que se da la relación entre la realidad jurídica y la realidad propiamente dicha. Este trabajo funciona también como una brújula para una crítica de la ilusión trascendental que persiste en el alma del discurso jurídico-político moderno, como una cierta descripción del estado de la cuestión acerca del derecho desde una perspectiva crítica.

Palabras clave: derecho, ficciones jurídicas, violencia, justicia, ilusión, poder.

*Fecha de recepción: 17 de febrero de 2013
Fecha de aceptación: 10 de julio de 2013*

* Estudiante de IX semestre de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena - Colombia; Miembro del Semillero de Investigación, Teoría de la Interpretación y Derecho Constitucional a cargo del Dr. David Mercado Pérez. Ha sido ponente en encuentros nacionales en los tópicos Filosofía del Derecho y Teoría de los Sistemas; arsc27@outlook.com

** Estudiante de VIII semestre de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena - Colombia; Miembro del Semillero de Investigación, Teoría de la Interpretación y Derecho Constitucional a cargo del Dr. David Mercado Pérez. Ha sido ponente en encuentro nacionales en los tópicos de Teoría Crítica Constitucional; jessilupin@outlook.com

BEHIND THE SCENES OF FICTION: WAKING UP FROM OUR ILLUSION

ABSTRACT

This article aims to analyze, since critical theory in the background and establishment of a very important topic of the theory of law as is the issue of legal fictions, to unravel the object and purpose of these, its usefulness same as a means of creating reality in the right hands. What is sought is to try to provide more precise tools for calculating the fate of such legal fictions, and serve to everybody to unravel the dark side and deformed the law. This work also functions as a compass for a critique of the transcendental illusion that persists in the soul of modern legal and political discourse, as some description of the state of affairs on the law from critical perspective.

Key words: law, legal fictions, violence, justice, illusion, power.

INTRODUCCIÓN

“El mago recordó bruscamente las palabras del dios. Recordó que de todas las criaturas que componen el orbe, el fuego era la única que sabía que su hijo era un fantasma. Ese recuerdo, apaciguador al principio, acabó por atormentarlo. Temió que su hijo meditara en ese privilegio anormal y descubriera de algún modo su condición de mero simulacro. No ser un hombre, ser la proyección del sueño de otro hombre ¡qué humillación incomparable, qué vértigo! A todo padre le interesan los hijos que ha procreado (que ha permitido) en una mera confusión o felicidad; es natural que el mago temiera por el porvenir de aquel hijo, pensado entraña por entraña y rasgo por rasgo, en mil y una noches secretas.”

Fragmento del cuento “Ruinas circulares” del libro *Ficciones* de Jorge Luis Borges

El anterior fragmento de Borges retrata la angustia de un soñador al ver cómo se derrumba su sueño. El sueño de este particular soñador es un sueño prolongado e intenso que ha terminado por crear una realidad onírica, dicha realidad onírica ha remplazado en la vida del soñador, la realidad por fuera del sueño, esto es la realidad “real” –por decirlo de alguna manera–, de tal forma que en la mente

de este mago soñador existe la idea que del eventual choque entre la realidad onírica y la realidad extraonírica, solo una de estas dos podrá sostenerse.

Solo dicho lo anterior podemos aquí comenzar a tratar la temática que nos ocupa, planteando las preguntas: ¿A quién se le ocurrió alguna vez pensar en lo imposible?, ¿Debemos acaso a él la definición de lo posible?, ¿Cuál es el sustento de lo imposible más allá de los límites físicos al conocimiento humano? En absoluto pretendemos a continuación resolver los anteriores interrogantes; sin embargo, su planteamiento es aquí fundamental para abordar la temática que nos ocupa. Pero ¿cuál es la dichosa temática? no estamos seguros, lo admitimos sin vergüenza y sin remordimientos. Nuestro punto de partida incluye una concepción de derecho atada al poder político dominante, y la intención en un principio es hablar desde una perspectiva crítica sobre el derecho como una máquina generadora de ilusiones¹, limitarnos a hablar de la necesidad del derecho por los espejismos y sus razones de ser, lo de ¿cuál es la intención oculta del derecho tras la ficción? y ¿cómo [es que] el derecho logra imponer la ficción que crea en el mundo de lo real? pero quién quita que terminemos hablando de un par de cosas diferentes y hasta más interesantes, quién quita...

1. DERECHO, FICCIÓN, JUSTICIA, CORRECCIÓN MATERIAL Y OTRAS PATRAÑAS

No es un secreto para la filosofía del derecho que el derecho se vale de ficciones para lograr sus cometidos, de hecho, la dogmática jurídica clásica lo afirma sin intención alguna de tratar de enmascararlo, aspecto que se hace evidente al ver la definición que el derecho le da a conceptos como el de “personalidad jurídica” y a las presunciones en general –todas ellas son definidas como ficciones–. Ahora bien, desde esta perspectiva, la ficción jurídica que aquí hemos comenzado a tratar, constituye un intento del derecho por dar unas especiales consecuencias a una particular situación social, económica e incluso jurídica. No nos interesa aquí ofrecer una perspectiva ontica de este tipo de ficciones, sino lo que pretendemos es exponer algunas consideraciones en torno a la intención que oculta el derecho tras la ficción y en su método de acceder a la realidad, y la forma en que se toca con ella.

1 Al referirnos al término ilusión lo hacemos en referencia a la realidad fabricada manifiestamente diferente a la que se percibe, esta es la creada por derecho. Tal ilusión o realidad jurídica tiene dos dimensiones que generan dos básicos puntos de vista desde donde se puede analizar la temática, uno referente a la forma en la que el derecho que la ilusión y otra que pretenda explicar cómo el individuo a nivel interno acepta o se cree dicha ilusión y las razones porque lo hace. En este artículo nos interesa solo desarrollar la primera de estas perspectivas.

El derecho del que hoy en día se habla es un derecho cimentado en una supuesta dogmática jurídica, una dogmática jurídica liberal construida a partir de una serie de universales vacíos, –aspecto del que habla Ricardo Sanín Restrepo en su libro *Teoría Crítica Constitucional*–, y que en el lenguaje del Derecho Constitucional encontrarían cierta identidad con los llamados “textos abiertos”; estos universales son llenados como a bien tenga el poder político, y su voluntad históricamente no ha sido otra que su preservación a toda costa. El discurso jurídico liberal en su ánimo maquiavélico de conservación es incapaz de mostrar sus verdaderas intenciones por lo cual históricamente ha recurrido a artificios para mostrarse firme pero benevolente con los menos favorecidos, así es como toma las banderas de la “justicia” en una supuesta intención de llevar esta a quienes la demandan, en la búsqueda de la satisfacción del criterio de lo justo aquí y ahora, en lo que ha sido una suerte de prostitución del concepto de justicia.

[...] Justicia y protección de los débiles son las palabras sagradas de la política. Allí donde una prepotencia tiene derecho a decir de sí misma que ha creado la paz, ha originado la justicia y ha convertido la protección de la vida más frágil en su asunto más importante, empieza a superar su propio núcleo de poder y a ganarse una legitimidad superior [...]. (Sloterdijk, 2003).

Este concepto de justicia le sirve de excusa al derecho para modificar la realidad. El derecho con la excusa de la realización de lo justo en un mundo materialmente injusto, modifica lo que es concebido como justo y pasa a definirlo en los términos que mejor le sirven, para así satisfacer sus fines, logrando así una peligrosa confusión entre el derecho y la justicia, toda vez que el concepto de justicia utilizado por el derecho es un concepto ficto, lo cual se pone en evidencia cuando en la teoría del derecho liberal moderno se habla indistintamente de justicia material, justicia procedimental o corrección material. Esta peligrosa indistinción es evidente en la obra de Robert Alexy, quien en su libro *Concepto y validez del derecho* y en su obra en general, comienza hablando de justicia para luego de forma sutilmente artificiosa equiparar el concepto de justicia al concepto de “corrección material”, cuyo criterio no es otro que los derechos fundamentales. Son en la teoría del derecho liberal moderno los derechos humanos la última barrera, el dogma infranqueable, la Biblia del tribunal constitucional, la consecuencia de la hegemonía liberal, sin que exista en algún momento la posibilidad de sentarse a pensar en el contenido de justicia de cada uno de ellos².

2 En torno al tema de los derechos humanos y su papel dentro del derecho hoy en día, nos remitimos a las consideraciones hechas por Costas Douzinas en su escrito titulado “El fin(al) de los derechos

Equiparar justicia a corrección material ha llevado a que la brecha existente entre lo materialmente concebido como justo y lo materialmente correcto –lo artificialmente justo– se vaya abriendo cada vez más conforme va creciendo en la sociedad la desigualdad social y económica. En ese gran abismo van cayendo los marginados, el bárbaro que se debe civilizar, el subdesarrollado que se debe desarrollar, los excluidos, los desposeídos, los falsos positivos etc., y van dejando en su lugar a otros que pasan a ocupar el borde del abismo, con la certeza de que el sistema abrirá la brecha para que caigan en cualquier momento, pero con la incertidumbre del cuándo. “La venda sobre los ojos de la justicia significa no solo que no se debe atentar contra el derecho, sino también que este no procede de la libertad” (Horkheimer y Adorno, 1994). En un sentido marxista el derecho como superestructura de poder, no es sino que el cuerpo del capitalismo global, el músculo con el que esculpe la realidad y anonimiza al individuo.

A pesar de los múltiples intentos por realizar teorías de la justicia, ninguna de ellas ha logrado crear una mediana certeza en torno a que lo que el derecho llama o considera justo, toda vez que

[...] El lenguaje del poder equivoca sus expresiones, pues a la proposición de la guerra la llama paz; dice poner orden cuando reprime disturbios; uno se precia de su talante social, cuando lo que hace es dar limosnas enmascaradas y dice hacer justicia cuando ejecuta leyes. (Sloterdijk, 2003).

2. ¿DÓNDE TERMINA EL DERECHO Y COMIENZA LO REAL?

Es quizá Werner Heisenberg quien termina de incendiar de una vez por todas la obsesión objetivista de la modernidad –Incendio que ya Planck y Einstein habían iniciado–, con su principio de incertidumbre, tira abajo todo lo hasta ese entonces conocido como ciencia, y de paso lo llamado verdadero y el conocimiento mismo. Dicho principio de incertidumbre³ sumado a la Teoría de

humanos”, donde desarrolla una serie de tesis en torno al papel que jugaron los derechos humanos en el triunfo de las revoluciones liberales y sobre el papel de estos en el derecho de hoy en día. (Douzinas, 2006).

3 Para la explicación del Principio de Incertidumbre y sus consecuencias en las ciencias sociales nos valemos aquí del importante desarrollo hecho por el profesor David Mercado Pérez en su “Manual de Teoría Constitucional” donde afirma: “Heisenberg nos demuestra que es imposible conocer simultáneamente posiciones y velocidad de los objetos del mundo en torno a uno; si queremos saber con precisión la posición de un objeto debemos sacrificar en parte el conocimiento de su velocidad, a la inversa, si queremos conocer su velocidad debemos sacrificar en parte el conocimiento de su posición, si queremos interrelacionar velocidad y posición tenemos que hacer un promedio de las distintas mediciones que realicemos” (...)El hombre ha llegado al umbral

la relatividad, hacen que la ciencia desde entonces solo sea concebida atada a los conceptos de incertidumbre, relatividad e indeterminación.

Tal relatividad de la ciencia se construye no solo a partir de la relatividad de su objeto sino también de su definición como actividad social, punto en el que convergen autores como Kuhn y Lakatos, así la ciencia no es más un producto impersonal y abstracto, evidenciado ello en que los referentes reales de las teorías llámense paradigmas, programa de investigación, matriz disciplinar, etc. se convierten en foco para alumbrar un resultado querido. Kuhn construye la ciencia en un relativismo ontológico al considerar que las teorías científicas entre sí enfrentadas, son portadoras de visiones del mundo contrapuestas, cargadas metafísicamente (Kuhn, 2004). El relativismo de la ciencia no se reduce entonces a su objeto sino que permea cada uno de los entes que la hacen posible, y al verla como actividad social, no puede escapar la ciencia de los intereses sociales, siendo determinada por la negociación entre los agentes que la desarrollan, politizándose en un grado variable, que determina no solo los polos entre los que oscilara el resultado de la investigación sino la libertad del sujeto científico para moverse entre ellos, haciéndose posible la fabricación de mitos y de verdades científicas instrumentales al servicio del factor real del poder que ha hecho posible la investigación, sin que dichas verdades sean susceptibles de ser cuestionadas en su científicidad, ya que entran la infradeterminación y la incertidumbre frente a los datos a hacer imposible establecer un criterio evaluativo para seleccionar entre la teoría cuestionada y la que la cuestiona.

Lo anterior se hace pertinente para entender como toda objetividad que nos es presentada hoy, no es realmente objetiva, toda vez que se encuentra ella permeada de la concepción de objetividad del sistema en que esta existe, es decir, al considerar la profunda indeterminación de la existencia humana, tras el principio de incertidumbre y la relatividad, hemos de entender que lo objetivo no es un concepto puro al cual podamos atender sino que se identifica a lo que se tiene como objetivo, de tal manera que lo objetivo hoy es lo que el sistema tiene como objetivo, toda objetividad es sintética, y al estar el sistema regido por el flujo con pretensiones omnipresentes del poder político imperante, no escapa de la capacidad definatoria de este. Dichas consideraciones sobre la objetividad se extienden a lo que se concibe como cierto, ya que lo anterior implica que no es posible el concepto de verdad en sentido objetivo, y menos como concepto

de la causalidad, después de ese umbral no hay causas sino juegos de fenómenos; el hombre ha encontrado límites a su saber y es consciente de ello, cada día puede saber más pero también sabe que nunca lo sabrá todo a partir de ahora el diálogo entre el hombre y el universo implica una modificación tanto del hombre como del universo” (Mercado, 2008).

universal o universalizable, de lo que sigue que todo criterio universal o universalizable de certeza es determinado por el sistema, y este por el poder, he aquí la inescindible unión entre la verdad y lo político. Así tanto verdad como objetividad no pueden provenir sino de un acto materializado de poder. Planteado lo anterior podemos ahora preguntarnos, ¿En qué momento entra el derecho? o si se prefiere ¿Cuál es el papel del derecho en todo esto? Pues que las anteriores consideraciones ponen de manifiesto el mecanismo de acción del derecho sobre una confusión entre verdad, realidad y conocimiento. El derecho como lo concebimos hoy en día y como lo ha sido siempre, se constituye en un sistema instaurador de verdades en torno a las cuales construye una especie de realidad. El concepto que el derecho usa de verdad es un concepto que se encuentra diluido en su onticidad, toda vez que lo que el derecho ordena se torna irrefutable porque ello es verdadero, lo cual es posible ya que el derecho a predetermined los criterios y procedimiento de lo verdadero, a través de su propio lenguaje.

El derecho como institución de regulación social, ha creado un lenguaje específico para su funcionamiento, que muchas veces, excluye de forma deliberada a aquellos que deberían entender el ordenamiento de forma más clara a fin de hacer valer sus contenidos. La posibilidad de apertura del lenguaje técnico, que no implica de ningún modo la pérdida de validez de la institucionalidad científicamente⁴ fundada, reclama, a su vez, la vileza que conlleva la exclusión lingüística de los no abogados; tanto para ellos como receptores del ordenamiento, como para los operadores jurídicos que lo implementan; sin embargo, tal apertura se hace difícil toda vez que la exclusión es deliberada, es la forma en la que el derecho excluye de la realidad lo que no le sirve. Contrario a lo que una crítica apresurada y facilista podría afirmar, el derecho no se sirve del lenguaje, el derecho es lenguaje porque solo se puede producir por medio de él, aunque no solo a través de él, en forma tal que el lenguaje que “inventa realidades” inventa la realidad jurídica, el “mundo del derecho”, es decir, un “mundo” que deviene a partir y por la palabra. Esto lleva a Arthur Kaufmann a afirmar que “El derecho es la correspondencia entre deber ser y ser, el deber ser de las cosas y el ser de la realidad” (Kaufmann, 1999). Hume en su “Tratado de la naturaleza humana” anticipó todo esto, al concebir el derecho como una forma del “lenguaje”, así, las cualidades jurídicas del “derecho” de propiedad son “conferidas” o “dadas” experimental o empíricamente, nada les sirve de

4 Al respecto cabe hacer la aclaración de que no nos referimos aquí a la ciencia moderna sino a la ciencia surgida después de la asimilación de todos los descubrimientos de la física cuántica, es decir una ciencia que se encuentra limitada al resultado preconcebido de cada investigación. Así la institucionalidad a la que aquí nos referimos está indefectiblemente atada a un poder político que encuentra a través de aquella una forma efectiva para manifestarse.

soporte (Hume, 2005). El derecho en últimas es un grupo de signos, creados para dar validez a unos determinados valores, que se privilegian frente a otros que deliberadamente se excluyen.

El derecho en un principio es solo un grupo de signos, creados por la ideología imperante para crear una suerte de consenso en torno a la validez de determinados valores cualitativos imaginarios, como lo son por ejemplo la noción de “derecho fundamental”. Concluye Hume, que las normas son propuestas de construcción de un lenguaje útil y práctico y una técnica comunicativa que se aplica para solucionar conflictos o divergencias entre contendientes del mismo grupo social. El lenguaje es el alma del derecho, es el derecho mismo, es un catálogo de significantes y significados al servicio del liberalismo.

La labor del derecho como sistema de alma lingüística no es otra que funcionar, funcionar a toda costa, no importa cuanta sangre cueste, ni cuantos cadáveres haya en el fondo del abismo, ni mucho menos cuantas mentiras tenga que decirle al individuo para que camine feliz hacia su anulación. Y he aquí una de las más perversas capacidades del derecho, esa facultad que tiene para definir cuanto se le dé la gana, siendo incluso capaz de crear una metarrealidad jurídica, y para eso es que en un principio utiliza las ficciones. La operatividad del derecho a nivel interno solo es posible a través de las ficciones, ya que ellas vienen a ocupar los puntos muertos de contacto entre la realidad del mundo que percibimos y la metarrealidad jurídica, lo que genera una particular consecuencia (¿o causa?) que se evidencia al intentar encontrar donde termina el mundo que percibimos y comienza el del derecho. Podemos encontrar en el derecho ficciones por doquier, que obedecen a una intención particular del derecho en términos particularmente económicos, es decir una serie de categorías que le sirven por ejemplo al capitalismo, así:

[...] El Estado también es real, que se trata de una realidad operativa en la sociedad y que el modo de su operación es la producción de plusvalor, que luego es redistribuido (de manera parcial) a través de los demás ámbitos de la sociedad. El éxito de esta operación, de esta lógica, puede observarse por ejemplo, en el uso extendido de esa invención (fantasmática) del derecho moderno conocida como ‘personalidad jurídica’. Es probable que sin ella el mercado capitalista, por ejemplo, jamás hubiera podido devenir mercado mundial (Guardiola, 2004).

El derecho se dio cuenta cómo puede hacer que constructos como la personalidad jurídica adquieran presencia dentro de la realidad en un principio ajena a él, y no le ha bastado con crear su propia realidad, se ha obsesionado

con la definición de lo posible, de lo real, del individuo mismo incluso, se ha convertido en una gran máquina ilusoria que se muestra como necesaria en medio de la perpetua crisis histórica de lo establecido, y que construye a través de las ficciones de su discurso una ilusión de orden hecha a su medida. El derecho al constituirse como sistema y contemplar su autolegitimación, optimiza y realiza su pretensión totalizante, labor que sería casi que imposible sin la utilización de los universales vacíos que le permiten darse el significado que más le sirva y moldear el destino de los constructos semánticos que llama personas, en una especial artimaña que convierte al pueblo portador del poder constituyente en súbditos sometidos por la paranoia del leviatán.

La lógica del mercado capitalista expresada en la teoría del derecho liberal moderno no hace sino alejar al individuo de toda posibilidad de modificar su realidad, “el hombre es libre si la naturaleza es su obra y su realidad, de modo que se reconoce a sí mismo en el mundo que el mismo ha hecho” (Marcuse, 1994), y eso precisamente es lo que la ideología liberal a través del derecho le ha imposibilitado al individuo, la posibilidad de moldear un mundo a la medida de sus necesidades, y por el contrario le ha creado una realidad en la que es completamente prescindible.

“No saben que la mano señalada del jugador gobierna su destino, no saben que un rigor adamantino sujeta su albedrío y su jornada.”

Fragmento del poema “Ajedrez” de Jorge Luis Borges

Esa pretensión totalizante y la obsesión por la anulación del individuo ha resultado en que el pensamiento libertario en el derecho de nuestros tiempos haya sido una verdadera frustración, una victoria del gran monstruo llamado Derecho. Al hombre lo han amaestrado para pensar según categorías preestablecidas, es realmente un hombre muy conservador, un hombre idiotizado que le teme profundamente a cambiar el *statu quo*. Ricardo Sanín Restrepo frente a este punto señalaba:

¿Cuál es más realista? Un derecho que niega un mundo sumido en el dolor y desesperación, o una utopía que comienza a existir a partir del dolor que reconoce multiplicándose en el mundo, que comienza a desplegarse en las palabras de un mundo que crea ¿Cuál es más ilusorio?, ¿Cuál más corrupto? ¿Cuál es más real? (Sanín, 2010).

Lo que hoy concebimos como derecho no es más que un mecanismo de imposición/exclusión/definición que intenta crear sus condiciones de plausibilidad en torno a la creación de una realidad propia, una realidad jurídica

que sustituya y de paso subsuma a lo real, ello sobre la base de que su discurso solo encontrará realización en la medida que logre circunscribir lo real al propio discurso, dicho de otra manera el derecho –y concretamente el derecho moderno– a través de su propio discurso intenta hacer posible una concepción del mundo determinista, una domesticación del caos, incertidumbre, relatividad e indeterminación que ahora sabemos permean la existencia humana, y ello lo hace negando la posibilidad de una multiplicidad de verdades, llenadas de sentido por los individuos, y por el contrario establece una serie de verdades predeterminadas por el sistema, y que solo pueden ser llenadas de sentido desde lo que la ideología liberal considera justo, ajustado a derecho, moralmente aceptable, razonable, etc.

3. LA VIOLENCIA TRAS LA FICCIÓN

El derecho se vale de categorías lingüísticas que dan forma a la realidad de una manera “violenta”, generando ficciones sociales en nombre de lo real, parece haber una realidad más verdadera, un campo ontológico de unidad en relación con el cual se comparan estas ficciones sociales. Wittig rechaza la diferenciación entre un concepto “abstracto” y una realidad “material”, alegando que los conceptos se crean y se mueven dentro de la materialidad del lenguaje y que este funciona de un modo material para construir el mundo social. Por otro lado, estas “construcciones” se consideran distorsiones y reificaciones que deben afirmarse en relación con un campo ontológico anterior de unidad y plenitud radicales. Así pues decimos aquí con Judith Butler, que los constructos son “reales” en la medida en que son fenómenos ficticios que adquieren poder dentro del discurso (Butler, 2001). ¿Pero cuál es el método para que esos constructos adquieran poder? ¿Qué los hace «reales»? , pues no puede ser sino ello una consecuencia de la especial naturaleza coercitiva del derecho, la violencia, las armas, las espadas, la sumisión, la destrucción, la acotación, esos son los métodos del derecho, la violencia implícita en cada uno de sus mandatos por el solo hecho de ser reglas coercitivas e inamovibles, es la que hace posible que los meros constructos pensados por el derecho se conviertan en entes reales, haciendo que la metarrealidad lingüística quede inmersa en la realidad, sin la posibilidad de que se distinga cuál es cuál.

En su momento Walter Benjamin dijo con respecto a la violencia y la imposición de que hace uso el derecho algo que podríamos encuadrar dentro de nuestras consideraciones:

Será necesario en cambio tomar en consideración la sorprendente posibilidad de que el interés del derecho por monopolizar la violencia

respecto a la persona aislada no tenga como explicación la intención de salvaguardar fines jurídicos, sino más bien la de salvaguardar al derecho mismo. (Benjamin, 1998).

En Benjamin encontramos manifiesta dos sentidos en los que el derecho se intercepta con la violencia, uno el sentido conservador –la violencia con la función de conservar el derecho– del que ya hemos aquí hablado, y por otra parte la violencia creadora del derecho, de tal manera que la violencia no tiene hasta aquí más funciones que crear y conservar el derecho. A ello sigue una importante consideración y es que la violencia creadora de derecho no es aquí un medio para la producción, sino algo que se encuentra ligado al derecho mismo, de tal manera que todo acto de creación del derecho será un acto violento, ya que todo acto de “creación de derecho es creación de poder, y en tal medida un acto de inmediata manifestación de violencia” (Benjamin, 1998).

Seguimos valiéndonos de Benjamin, al hablar de la llamada “violencia mítica”, la cual primeramente es considerada por el Benjamin como una violencia diferente a la utilizada por el derecho, y que posteriormente al desentrañar el mito de Niobe, no puede evitar identificarla con la violencia creadora del derecho, toda vez que en el mito además de la existencia de los dioses se manifiesta una innegable similitud entre voluntad de los dioses que castiga a Niobe, y la estructura de la violencia creadora del derecho. Ello encuentra sentido en que tanto a la manifestación de la violencia mítica, a la de la violencia creadora del derecho, no asiste posibilidad alguna de su negación, los postulados que de sus manifestaciones resultan se tornan irrefutables, innegables, intransgredibles. Pretende el derecho así como también el mito que la asunción de su contenido sea una aceptación dogmática, ya que la negación de sus contenidos implica la negación del derecho o del mito mismo.

Es aquí donde el tema de las ficciones jurídicas encuentra una especial relevancia, toda vez que ellas son la manifestación de un derecho que a través de ellas oculta su intención perversa de autoconservación. Ello encuentra explicación en que el derecho al construirse como relato global, presupone a través de ficciones la inclusión dentro de su cuerpo de toda clase de hechos, contingencias, posibilidades, realidades, etc. que no alcanza a representar dentro de su lenguaje o que bien no le interesa considerar, es así como el derecho al usar su poder definitorio para determinar la realidad jurídica que pretende que devenga en única realidad, enuncia una serie de situaciones, hechos, regulaciones de la vida social, sanciones, etc., que no alcanzan a reconocer los materialmente existentes, excluyendo y suprimiendo de “la realidad”, todo lo que no es “traducible al mundo de lo jurídico”. Al ejemplo citado en el capítulo

anterior referente a la personalidad jurídica, queremos agregar el siguiente ejemplo: en el principio de “igualdad”, mediante el cual el derecho supone que “todos nacen iguales y libres ante la ley”⁵, lo cual supone la igualdad social, económica y política de los destinatarios de la norma; sin embargo, ni de las más industrializadas o alfabetizadas sociedades se puede decir que todas las personas son iguales. Ya a ello los teóricos liberales respondieron con la creación del concepto “igualdad material” –atada al concepto de discriminación negativa– la cual supone que la igualdad material de los ciudadanos en el marco del Estado social de derecho debe ser procurada por el Estado. Y aunque parezca que tras este principio no se esconde más que un espíritu altruista de la ideología liberal, ello obedece a algo que tiene más relación con la realización de sus condiciones de posibilidad, toda vez que en el estado liberal aceptar que quienes se predicán como libres no son iguales, equivaldría a negar la libertad misma. Es así como mediante un artificio como el del ejemplo, la ideología liberal procura a través del derecho la conservación del poder que ha posibilitado su hegemonía, lo cual se hace evidente con solo mirar lo que acontece tras la ficción sin escuchar lo que ella dice:

Pasando tras las ficciones judiciales del libre cambio de mercancías, del libre contrato de trabajo, de la libre fijación de precios, por todas partes salen a la luz chantajes y desigualdades de poder; sin embargo, todavía hacen ruido, entre las formas más libres y más sublimes de la comunicación estética, las voces del sufrimiento social y de las tosquedades culturales. (Sloterdijk, 2003).

Sabiendo el derecho desde la particular ideología en este impreso, va generando la exclusión de lo que no es enunciado en su lenguaje, debe entonces blindarse contra la posibilidad de su negación y ello lo hace dotándose de un carácter mítico-dogmático, al que ya arriba hacíamos referencia, así pues al no contemplar negar el derecho y la realidad configurada y reparada por este a través de ficciones, su negación esta se hace imposible en sus propios términos toda vez que toda crítica solo es posible desde un punto de vista o ideología diferente, lo cual implica utilizar un lenguaje que es irreductible dentro del mundo creado por el derecho liberal. Las ficciones jurídicas prevalentes, las ficciones como sujetos constituyentes de todo posible performance del derecho mismo, son a su vez su carta de navegación en su despliegue en su realidad, son los libretos de

5 Nos asiste en esta anotación el capricho de enunciar la satírica reflexión hecha por Anatole France, a la que hacen referencia Walter Benjamin en “Para una crítica de la violencia” y Peter Sloterdijk en su “Crítica de la razón cínica”, la cual reza: “la ley, en su sublime igualdad, prohíbe igualmente tanto a mendigos como a millonarios dormir bajo los puentes” (Benjamin, 1998) y (Sloterdijk, 2003).

los actores que confundidos entre el pueblo recitan cual autómatas las consignas del derecho y su ideología liberal.

Otro aspecto por resaltar lo encontramos en que en la actualidad nos engañamos creyendo que las fuentes externas al derecho funcionan como si de ficción literaria o cinematográfica se tratara, menospreciándolas de antemano creyendo que son solo motivos aislados que no nos pueden decir nada de lo que el derecho es (o debería ser). Creemos que carecen de valor argumentativo o documental (Sanmiguel, 2010). Nos tomamos demasiado en serio su irrealidad/ externalidad cuando, por el contrario, deberíamos contemplar mejor lo que estas nos dicen sobre el estudio del derecho, del contexto en el que debería analizarse y desde donde deberían surgir sus cuestionamientos/respuestas, pues muchas veces representan condiciones más reales que la realidad misma, más reales de lo que quisiéramos que fueran, o de lo que somos capaces de aceptar (Pervert's Guide to Cinema)⁶ e incluso conteniendo estas fuentes externas, verdaderos mecanismos de limitación, un fuerte contenido de violencia definidora, de fuerza simbólica, y “«fuerza» significa aquí no solamente la nuda coerción que identificamos de manera usual y algo ingenua con el uso de las armas, aunque sin duda este momento es originario, sino también la no menos importante fuerza imaginaria y simbólica que consiste en la determinación de unos caracteres o atributos que se establecen como esenciales (la ‘unidad de cultura’: lengua, religión, territorio y etnicidad) y de las formas –también esencializadas– como han de resolverse los conflictos”. (Guardiola, 2004). La violencia es el método del derecho, y dada la condición autodestructiva de la misma, siempre está buscando nuevos métodos de acción.

CONCLUSIÓN

A modo de conclusión podemos afirmar considerando lo aquí brevemente desarrollado, y sirviéndonos del genio de Borges, que el derecho es el sueño perfecto del capitalismo, es el hijo soñado tras largas noches y días, es la obsesión de un ser frustrado por crear un mundo del tamaño que se le dé la gana, un mundo que no sea capaz de contemplar su autodestrucción, un mundo asido a su cuerpo, a su imaginación, donde las normas son presupuesto de la existencia de los seres y en lo que parece una travesía propia de la “Inception” de Christopher Nolan, el derecho sueña a unos idiotas llamados personas y nos dice a nosotros que somos eso, y nos vende la alienación como el evangelio de nuestra salvación, solo para que no queramos despertar, para que tengamos

6 Pervert's Guide to Cinema. Documental de 2006 dirigido y producido por Sophie Fiennes, escrito y presentado por Slavoj Žižek.

miedo a abrir los ojos y descubrirnos siendo el sueño de alguien más. El derecho a través de las ficciones construye la gran ilusión que intenta remplazar a lo real, y que al pensar en el capitalismo no podemos sino pensar, que contribuye tal fabricación de la realidad en torno a lo jurídico –con sus contenidos liberales– la construcción en lenguaje jurídico de una parte del gran relato ilusorio que entraña el mito de lo global, y los discursos que lo hacen posible.

Ahora cabría preguntarnos ¿Puede una concepción libertaria del derecho funcionar sin ficciones? ¿Es posible que renuncie el derecho a su obsesión por determinar lo real? vaya preguntas que nos quedan por responder y por hacer; sin embargo, nos interesa aquí abrir una ventana a la solución de los siguientes interrogantes: ¿Qué hace el transeúnte del común contra la ilusión? ¿Cómo despierta el individuo del sueño liberal sin que eso signifique su desaparición o la del mundo que conoce? No esperamos responder estas preguntas, pero no podemos pensar en una respuesta a ellas sin fuego, sin el ardor en las llamas de la libertad de la condición dada, no se puede despertar de la ilusión sin encandilarse con la luz del fuego ardiente de la plena libertad, de la libertad sin atributos sin apodos, sin eufemismos, sin ficciones, sin mentiras.

Adquirir un compromiso libertario contra la ilusión significa renunciar a esa creencia de que solo en la alienación de las instituciones se encuentra la condición humana o cual sea el fundamento de la existencia humana, implica ello rechazar nuestra realidad jurídica y hacernos conscientes de nuestra realidad social. Significa desprenderse de las categorías dadas, y comenzar a ver el mundo desde lo grotesco, según su caos perpetuo, desde su constante autodestrucción, desde lo más crudo de su realidad, desde su infinitud ensangrentada, desde los ojos de los marginados. No se puede reaccionar contra la realidad creada por el derecho sin rebelarse contra la lógica del mercado capitalista y contra el sueño liberal, no es posible si los jodidos no adquieren conciencia de cuan jodidos están por lo establecido. El camino de la liberación no es otro que la marcha perpetua hacia la utopía, el despertar siempre ha estado en el fuego que arde al final del camino eterno (sin sonar algo evangélicos).

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, ROBERT (2004). *Concepto y validez del derecho*; Editorial Gedisa.

BENJAMIN, WALTER (1998). Para una crítica de la violencia y otros ensayos. *Iluminaciones*. IV; Editorial Taurus.

BORGES, JORGE LUIS (1993). *Obras completas*; Editorial Círculo de Lectores.

- BUTLER, JUDITH (2001). *Gender trouble: feminism and the subversion of identity*. Trad Mónica Mosour, Laura Manríquez; Editorial Paidós.
- DOUZINAS, COSTAS (2006). El fin(al) de los derechos humanos. *Anuario de Derechos Humanos*. Nueva Época, vol. 7, t. 1.
- DUVERGER, MAURICE (1987). *Instituciones políticas y Derecho Constitucional*; Editorial Ariel, 5a. edición.
- KAUFMANN, ARTHUR (1999). *Filosofía del derecho*; Editorial Universidad Externado de Colombia.
- KUHN, THOMAS (2004). *La estructura de las revoluciones científicas*. Editorial Fondo de Cultura Económica, 2a. edición, 8a. reimpresión, México.
- GUARDIOLA RIVERA, ÓSCAR (2004). El porvenir de una ilusión: sobre el futuro del derecho, desde la perspectiva de la teoría jurídica. En *Revista Vniversitas*, Pontificia Universidad Javeriana. Diciembre, (108), 711-732.
- HORKHEIMER, MAX y ADORNO, THEODOR (1994). “Dialéctica de la ilustración”; Editorial Trotta.
- HUME, DAVID (2005). “Tratado de la naturaleza humana”. 4a. edición, Editorial Tecnos.
- Inception. Dir. Christopher Nolan. Interpretada por Leonardo DiCaprio, Ken Watanabe, Joseph Gordon - Levitt, Marion Cotillard, Ellen Page, Tom Hardy, Cillian Murphy, Tom Berenger, Michael Caine. Warner Bros. Pictures, Legendary Picture, Syncopy Films. 2010.
- MARCUSE, HERBERT (1994). “Razón y revolución”, Editorial Atalaya.
- MERCADO PÉREZ, DAVID ENRIQUE (2008). *Manual de Teoría Constitucional*; Quito Editores.
- NOVOA MONREAL, EDUARDO (1975). El derecho como obstáculo al cambio Social. Editorial Siglo XXI, 1a. edición.
- Perverts Guide to Cinema. Dir. Sophie Fiennes. Interpretada y escrita por Slavoj Žižek.
- Amoeba Film, Kasander Film Company, Lone Star Productions, Mischief Films. 2006.
- SANÍN RESTREPO, RICARDO. Lo que arde en la Sombra, discurso leído en la Pontificia Universidad Javeriana, 8 de noviembre de 2010.
- SANÍN RESTREPO, RICARDO (2009). *Teoría Crítica Constitucional*; Grupo Editorial Ibáñez.
- SANMIGUEL, SANTIAGO (2010). Por qué los abogados hablan para que nadie les entienda y otras historias policiales. Trabajo de grado para optar al título de Abogado. Universidad Pontificia Javeriana: Bogotá.
- SLOTERDIJK, PETER (2003). *Crítica de la razón cínica*. Ediciones Siruela.

