

## Al Derecho, por la Izquierda:

### Camino a una noción auto-organizacional de soberanía (desde Cuba)

——• Por Dmitri Prieto Samsónov •——

#### » *Soberanía del Estado: ¿Zona de Paz?*

Hay una cláusula (la 5) que puede ser calificada de sorprendente en la *Proclama de América Latina y el Caribe como zona de paz*, adoptada por la CELAC (Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños) en su segunda Cumbre, celebrada en La Habana en enero de 2014. La cláusula establece el “derecho inalienable de todo Estado a elegir su sistema político, económico, social y cultural”. Provisto que según los documentos internacionales básicos, como la Carta de las Naciones Unidas o los Pactos Internacionales de Derechos Humanos (en el Artículo 1 de ambos Pactos) -así como numerosas resoluciones de la ONU y constituciones nacionales-, son **los pueblos**, y no los Estados, los titulares del derecho a la libre autodeterminación (que sin duda alguna incluye el poder libremente “elegir su sistema político, económico, social y cultural”), la “innovación jurídica” que unánimemente aprobaron los gobiernos de la CELAC, de distintas tendencias políticas, debería resultar al menos controversial (pero quizás también inconstitucional, en los marcos jurídicos de determinados países). Sin embargo, aparentemente ha pasado inadvertida. Los intereses gubernamentales (insisto: de las más diversas filiaciones políticas) han jugado así la carta de la **soberanía**.

Notoriamente, la Cumbre de La Habana fue excepcional en el sentido de no haber sido acompañada por un encuentro paralelo de los Movimientos Sociales, como suele suceder en las reuniones internacionales a ese nivel desde 1992, al parecer por una petición del gobierno cubano. Probablemente los Movimientos se habrían dado cuenta de lo riesgoso de la mencionada “innovación”, introducida por sus contrapartes estatales.

El escándalo de la desaparición de los 43 muchachos de Ayotzinapa (una gota en el mar de desapariciones forzadas que viven México y el resto de nuestra América) en otoño del 2014 (mismo año de la proclama de la CELAC) inscribió un vigoroso signo de dolor sobre el redivivo mito del “buen Estado”. Expresiones verbales triviales, casi acostumbradamente inocentes, como pudiera ser la noticia de una

reciente “visita de Estado”, portan en tal contexto la imborrable marca de la catástrofe, del abismo liminal llamado de repente a coexistir con la cómoda cena familiar ante la televisión, entre quienes escuchamos las señales sembradas en el mundo por la Palabra, despejándolas del ubicuo ruido de la cizaña aventada.

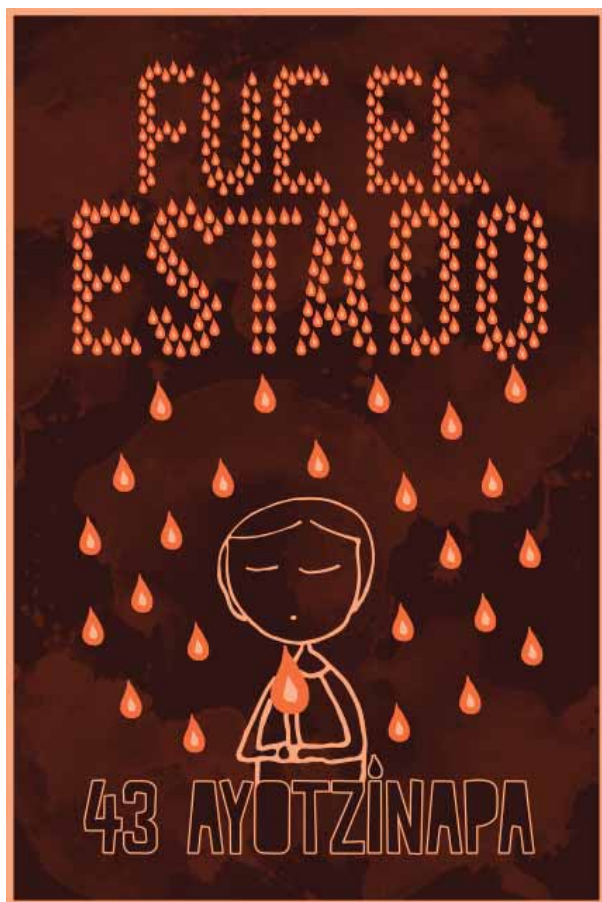
Los camposantos son zonas de paz, pero jamás lo será la memoria irredenta de los nombres que habitan zonas liminales entre vida y muerte, territorio raigal de la soberanía, según Giorgio Agamben. Por otra parte, es una trivialidad decir que tenemos que aprender de la Historia.

En la historia del siglo XX los destinos del proyecto socialista, y sobre todo su trágico fin en enormes territorios, no revelan precisamente pautas de éxito: oscilando entre totalitarismos de Estado y de mercado, los años recientes parecen insinuarnos que frente a los riesgos que implica cualquier proceso de contra-alienación, puede existir cierta utilidad en determinadas reflexiones teóricas, más allá del mero ejercicio intelectual...

Sentimos que la vida tiene un “residuo” no escribible; quizás el Derecho también. Pero la política, la ciencia, la poesía incluso, confrontan el poder-saber con una escritura. Milán Kundera vivió en Praga los tanques del Kremlin, y la resistencia a las narrativas tatuadas por las orugas de estos sobre la piel de su ciudad fue la escritura de sus novelas. Recíprocamente, en un relato (*La colonia penitenciaria*) de otro checo -Franz Kafka-, una máquina inscribe la Ley sobre cuerpos vivos de los presos. ¿Puede contra-escribirse la Ley desde la libertad? ¿Puede haber derechos sin Estado? ¿Qué sería entonces de la soberanía? Acá pretendemos incursionar en una necesaria reformulación teórica del Derecho desde la emancipación, o, quizás, una versión cubana del “buen vivir” libre, justo, alegre y hermanado.

#### » *La inaterrizable gravedad de la teoría*

El Derecho ha sido vigorosamente interpelado desde la segunda mitad del siglo XX; autores críti-



cos como Michel Foucault usualmente lo vieron como parte del dispositivo instrumentalizador de las sociedades modernas; en fin, primariamente como instrumento de dominación. Ello no obstó, sin embargo, a que existiera interés y respeto por la juridicidad en algunos segmentos minoritarios del pensamiento crítico-emancipador. En todo caso, el propio Foucault militó en causas que reivindicaban el uso de medios jurídicos, como la de posibilitar el sufragio de los reclusos.

Y es que la creación teórica en el Derecho ha estado marcada por la apologética del dominio capitalista-burocrático en el mundo. Es relativamente reciente la aparición de nuevas corrientes contestatarias en la ciencia jurídica, como la teoría crítica, el uso alternativo del Derecho, o el nuevo constitucionalismo latinoamericano. Muchos piensan que, como saber esencialmente práctico, el Derecho puede prescindir de las teorías, que son solo útiles a las élites académicas o para desaprobar a poco aplicados aspirantes a abogados cuando estudian su carrera.

El relevante jurista norteamericano Ronald Dworkin, sin embargo, plantea en su clásico libro

*Taking Rights Seriously*<sup>1</sup> que la teoría jurídica es útil en la práctica del Derecho, pues entre otras cosas posibilita razonar la justicia. “[L]a función de la escuela es evaluar y producir un sistema para la organización de una vida económica basada en su concepto de justicia”, señala a propósito de las escuelas o teorías económicas el jurista y mártir chií Ayatolá Muhammad Baqir As-Sadr<sup>2</sup>; lo mismo (creemos) vale para las teorías jurídicas, tal y como las entiende Dworkin.

A quienes no son juristas y nos leen pensando que estamos hablando de trivialidades les debemos desilusionar: no es así. Existen pensadores jurídicos muy prestigiosos y paradójicos que han elaborado teorías del Derecho donde no hay lugar para la justicia. Es que la doctrina del Derecho Natural o jusnaturalismo ha ido perdiendo adeptos, y hoy la mayoría de los filósofos admiten que a partir de un conjunto de hechos no es posible deducir valores o deberes (la idea contraria se conoce como “falacia naturalista”).

#### » *El “Derecho Puro” como voluntad colectiva de obedecer*

Hans Kelsen pretendió con su Teoría Pura del Derecho construir una ciencia jurídica en sentido positivista, con un objeto propio bien delimitado (no hechos sino normas; no normas morales o religiosas sino jurídicas), y para ello separó tajantemente el ámbito jurídico de la moral y de las ciencias que estudian los hechos sociales (sociología, historia, antropología...), haciéndose abstracción de toda consideración ajena al Derecho concebido esencialmente como un sistema jerarquizado de normas donde unas dependen de las otras. Para Kelsen, “Una norma jurídica no vale por tener un contenido determinado; es decir, no vale porque su contenido pueda inferirse, mediante un argumento deductivo lógico, de una norma fundamental básica presupuesta, sino por haber sido producida de determinada manera, y en última instancia, por haber sido producida de la manera determinada por una norma fundante básica presupuesta. Por ello, y solo por ello, pertenece la norma al orden jurídico”<sup>3</sup>.

Tal “separatismo” del ámbito jurídico-normativo en relación con el resto de la vida social (incluidas las nociones morales y, sobre todo, la idea de **justicia**)<sup>4</sup>, y la aseveración de que la validez de cada norma y del Derecho en su conjunto está determinada por el modo en que estas se dictan y no por su contenido, han provocado justas críticas a Kelsen, en especial a partir de que en “la sociedad explotadora la doctrina kelseniana devenía un blando comodín para ejercer el derecho (todos, abogados, jueces, fiscales) sin sentirse maculados por sus injusticias notables... que

el derecho tuviera muchas injusticias no era cuestión de los juristas... porque todo eso era metajurídico. Esas responsabilidades y cuentas se pasaban a los políticos, los economistas, los filósofos. El jurista, devenido simple normatólogo, se sentía protegido en su estructura normativa fría, formal, sin carne ni nervio social.// Por supuesto, en el alivio estaba también la alienación. El jurista-normatólogo se sentía cada vez más ajeno a los ideales que un día lo impulsaron hacia una carrera, una profesión altamente social, comprometida en profundidad”<sup>5</sup>. Es decir, el kelsenianismo sirvió de coartada teórica para toda una tecnocracia defensora del orden establecido. Por otra parte, el propio Kelsen defendió la científicidad de su teoría en clave positivista, es decir, alegando su independencia de todo juicio de valor. Desde esta perspectiva, aún los sistemas jurídicos más represivos y genocidas resultaban “blindados” a cualquier ataque desde el Derecho Puro, ya que su validez no dependería del contenido de sus normas ni de la praxis que en ella se generaba, siempre y cuando se respetara la jerarquía normativa y se usaran las técnicas jurídicas correctas.

Analizando la estructura de los sistemas jurídicos, Kelsen concluye que toda norma obtiene su vigencia de una norma superior, remitiendo su validez hasta una Norma Fundante Básica (la *Grundnorm*: GN), cuyo valor es pre-supuesto y no cuestionado. Sin embargo, en 1963 Kelsen se retractó públicamente en cuanto a la necesidad de considerar la GN como punto de partida de su sistema:

“En mi doctrina la norma básica fue siempre concebida como una norma que no era el contenido significativo de un acto de volición sino que estaba presupuesta por nuestro pensamiento. Debo ahora confesar que no puedo seguir sosteniendo esa doctrina... Pueden crearme, no ha sido fácil renunciar a una doctrina que he defendido durante décadas. La he abandonado al comprobar que una norma debe ser (*sollen*) el correlato de una voluntad (*wollen*). Mi norma básica es una norma *ficticia* basada en un acto de volición ficticio, que realmente no existe”<sup>6</sup>.

Puede ser exótico que a estas alturas haga yo defensa de lo más vulnerable de la teoría de Kelsen, de algo de que él mismo se retractó. Pero sin GN su sistema pierde todo sentido. Lo intentaré, pues.

El profesor Fernández Bulté lamentaba que tal aseveración del propio Kelsen haya sido ignorada por muchos de sus seguidores, y desconcertado a otros. En este punto discrepo de Fernández Bulté y de Kelsen. Existe un significativo fallo en el argumento de este último: la GN, norma que valida a la Constitución (cuando esta existe en el país) y al resto del árbol normativo, sí tiene un correlato

de voluntad. Es la voluntad colectiva de obedecer al sistema. En el contexto de una revolución, por ejemplo, esta se convierte en fuente válida del Derecho solo si logra el consenso orgánico de gran parte de quienes habitan el país. Si tal voluntad colectiva<sup>7</sup>, de seguir una decisión de trascendencia normativa, no está presente, la revolución no triunfa. Lo mismo vale para circunstancias menos dramáticas: el consenso en la obediencia garantiza la continuidad del Derecho a partir de su legitimación; no por gusto Bobbio abogaba por un feliz maridaje entre las doctrinas de Kelsen y las de Max Weber sobre legitimidad...

Tomemos nota de este punto para lo que vendrá más tarde.

### » *El imperio positivista contraataca*

¿Por qué traer a colación a un pensador de quien ya en 1943 se afirmó que estaba “superado”<sup>8</sup>? No solo porque, al menos en el ámbito jurídico romano-francés, todavía constituye el paradigma del positivismo. No solo porque fue un paladín de la democracia representativa y propuso algunos diseños institucionales que siguen en pie. Lo que nos interesa ahora es que en la obra de Kelsen se observa una cierta matematicidad, sobre todo en su “Teoría pura del Derecho”. Con “matematicidad” me refiero a la imposibilidad de negar una construcción lógica que llega a tener [casi] el mismo nivel de certeza que un argumento o constructo de las matemáticas<sup>9</sup>. De igual modo, que es imposible negar que el número  $\pi$  (*pi*) tiene un determinado valor, que el teorema de Pitágoras siempre va a ser cierto, provisto de que determinados axiomas son ciertos, también es muy difícil, o quizás imposible o contradictorio, negar a Kelsen en su idea básica de un árbol (o pirámide) de normas, donde la validez de las inferiores se adquiere por la validez de jerarquía superior, hasta llegar (cuando la hay) a la Constitución, y de ella a la famosa norma-base o *Grundnorm* (GN). Es una doctrina monista (o sea, que aprehende el sistema normativo jurídico como un todo único, sin pluralidad ni alternativas), pero dotada de un nivel de coherencia lógica que le da una certeza casi matemática.

Intentemos confrontar a Kelsen contra el pluralismo jurídico (la doctrina que admite la posibilidad de que puedan existir varios sistemas jurídicos rigiendo dentro de una misma sociedad; actualmente, el pluralismo jurídico sirve para promover variadas causas: desde el derecho a usar sus propias leyes, reivindicado por los pueblos originarios -y por quienes participan en juegos de roles en Internet!-, hasta las exigencias de poder aplicar normas

internas sin interferencia estatal, sustentadas por empresas transnacionales, grandes federaciones deportivas y organizaciones religiosas). Aun cuando el pluralismo jurídico puede tener un carácter emancipatorio y por ello (en esas circunstancias, no cuando favorece a las dominaciones) debe ser defendido contra el monismo estatista, resulta que el espíritu monista de Kelsen gravita sobre él. En este caso, el argumento sobre la imposibilidad o sensación de imposibilidad es como sigue: Si existen varios sistemas jurídicos regulando el orden en una sociedad, cualquier aplicador del derecho (operador jurídico) -un juez, un jurado, una administración, etc.- necesitará obligatoriamente a la hora de aplicar el derecho una norma adicional para decidir cuál entre uno u otro sistema debe emplearse. Y esa norma obviamente se coloca a un nivel superior a las normas de uno u otro sistema. Por tanto, por encima de cada uno de los sistemas jurídicos de la sociedad pluralista se coloca una norma-selector, jerárquicamente superior, que da un cierre lógico a las dinámicas jurídicas plurales subyacentes.

Obviamente, se regenera así la noción de un sistema jerárquico, donde esta norma de elección sería superior a las normas particulares a aplicar provenientes de estos dos o más sistemas concomitantes o concurrentes en un régimen jurídico pluralista. Tal tesis resulta válida tanto para el derecho sustantivo como para el adjetivo (ritual o procesal), y especialmente para resolver las cuestiones de competencia, como por ejemplo: entre una magistratura estatal y otra tribal ¿a cuál le corresponde jurisdicción sobre un litigio particular que puede involucrar autoridades públicas del Estado, y las tradicionales de un pueblo originario? Debe aplicarse una norma superior a ambos sistemas jurídicos particulares, para decidir unívocamente sobre la cuestión. Por tanto, aun en el marco pluralista-jurídico, al no poderse aplicar concomitantemente ambas normas excepto a un número muy restringido de casos, pues habría que tener una norma superior; entonces, se regenera la jerarquía y entra al ruedo el espíritu de Kelsen.

A partir del presupuesto de que el Derecho debe siempre proveer respuestas exactas a situaciones de conflicto (algo que lo diferencia de otros sistemas normativos: la moral, la religión, la tecnología) emerge siempre la necesidad de una norma base.

### » *Críticas a Kelsen... y a sus críticos*

Evgueni Pashukanis, notabilísimo jusfilósofo marxista soviético, mártir del totalitarismo de Stalin y uno de los primeros críticos de Kelsen, planteó que “si consideramos la norma como elemento primario de todas las relaciones jurídicas, debemos...presu-

poner...una autoridad que establezca la norma, en otros términos, de una organización política”<sup>10</sup>. Pero eso para mí no es otra cosa que ponerle otro nombre a la GN. Pashukanis, como Kelsen, evitó reconocer capacidades legales absolutas o derechos subjetivos inalienables. Aún autores burgueses reconocen que “en su objetivo limitado de mostrar la conexión entre la división social del trabajo expresado como mercancía, y los conceptos básicos del Derecho privado y público, Pashukanis obtuvo un éxito razonable”<sup>11</sup>; su obra se enseña en colegios occidentales como un raro ejemplo de teoría donde la esfera jurídica emerge autopoieticamente en la sociedad a partir de su base económica. Pashukanis pretendió justamente evadir tanto el mercadocentrismo de su gran oponente, Kelsen, como el estadocentrismo de su verdugo Vyshinski, pero quizás la autopoiesis jurídica habría que buscarla en otra parte, por caminos libertarios, cuyo propósito final de extinción del Estado Pashukanis, por cierto, compartía (no así sus glosadores burgueses<sup>12</sup>).

El profesor de Oxford HLA Hart fue uno de los más interesantes críticos de Kelsen. Hart sugirió que la norma básica de todo ordenamiento jurídico es la regla de reconocimiento que no deriva su validez de otras normas, sino de su uso por los jueces para distinguir qué reglas constituyen Derecho. En tal sentido, la regla de reconocimiento para Hart es un hecho y no concepto *a priori*, presunción o presuposición, como la GN en Kelsen. Algunos autores contemporáneos, entre ellos Kenneth Einar Himma, sugieren que en realidad no existe contradicción entre la GN y la regla de reconocimiento de Hart. Kelsen estaría explicando la noción de deber de obediencia mientras que Hart estaría respondiendo la pregunta sobre la regla que para los jueces señala la existencia de otras normas jurídicas. Yo concuerdo con esa opinión.

Dworkin, otro *oxoniense*, propuso un sistema jusfilosófico más complejo que el de Kelsen, pues las fuentes de juridicidad para Dworkin no son solamente las normas, sino también las directrices políticas, y también los principios -viniendo cada uno con su respectivo peso específico. Sin embargo, en buena lid todas ellas pertenecen al reino de lo normativo, y se les aplica el ya explicado argumento sobre el pluralismo jurídico.

Entonces, en cuanto a su matemática y esa sensación de imposibilidad casi matemática de negarlo, de ir coherentemente en contra de su normativismo monista, el sistema de Kelsen siempre provee una norma (GN o, en su caso, otra de menor jerarquía) que opera de un modo parecido a un Orula del Derecho: En la religión Yoruba, Orula

(u Orúnmila) es el orisha cuyo designio constituye ser el selector de las voluntades normativas de otros orishas. A Orula (Ifá) se le pregunta a cuál de los otros orishas se debe recurrir para algún trabajo resolutorio; entonces, Orula provee oracularmente la respuesta acerca de cuál norma particular de entre muchas (sea la de Yemayá, Changó, Oggún, etc.) debe seguir quien a él recurre. Después cada divinidad se queda con su devoto (¡o viceversa!), pero antes hay que pasar por la consulta con Orula.

En ese sentido, esta noción de monismo normativo de Kelsen -aun en los regímenes del pluralismo jurídico- de algún modo hace de Orula. El hecho de que el monismo jurídico -a cierto nivel- se vuelva como inevitable para la consistencia general del sistema, resulta realmente muy interesante: de pronto sacamos a Kelsen por la puerta, y entra por la ventana. Hay, por tanto, una sensación de matemática en su teoría, y -hasta cierto punto- una imposibilidad de negar la jerarquía normativa: una imposibilidad de concebir un Derecho sin norma básica (GN) que valide (o no) las otras normas, tan fuerte como la imposibilidad de concebir un número  $\infty$  distinto del actualmente dado<sup>13</sup>. Tal sentido "oracular" de la GN -parafraseando a Florencio Sánchez Cámara a propósito del *I Ching*- animaría "la movilidad" del sistema, "es decir, el contexto vital" que es "para el *I Ching* lo que para Malinowski y Mauss constituye lo esencial: «es el movimiento del todo, el aspecto viviente, el instante fugitivo en que la sociedad y los hombres toman conciencia afectiva de sí mismos y de su situación ante el otro» (Claude Lévy-Strauss, *Antropología estructural*)<sup>14</sup>. No olvidemos que el Tao de Lao-Zi<sup>15</sup> es una categoría que aúna sujeto y objeto<sup>16</sup>, y aun así más que al de la reflexión pertenece al ámbito de la praxis, como mostró el genial estratega Sun-Zi en su nada abstracto *Arte de la guerra*.

Y en el análisis kelseniano, justamente, aquí se abre el abismo.

### » *Una praxis impura de los hechos*

Para las cubanas Elvia R. Castro y Alba R. González, "solo la ideología puede asumir las diferencias [sociales] y neutralizarlas... porque ella es, por encima de cualquier principio constitutivo, síntesis de toda la actividad social... De esta manera, se establece como el «deber ser» social, como la norma: vale decir, deviene... modelo ideal de la realidad que la encubre y a su vez permite... su conocimiento... se presenta como una síntesis abstracta"<sup>17</sup>. Es una caracterización perfectamente aplicable a la Teoría Pura de Kelsen y sobre todo a su idea de la GN.

Hablando de movilidad del sistema, "la ideología

permanece aparentando ser causa sui (causa de su movimiento), gracias a la integración que ella supone y en un acto eterno de creación, donde el sujeto no es más que el siervo ideológico, el engendro perfecto de la ideología: su criatura a imagen y semejanza. // Pero él nunca tendrá conciencia de que su actuar responde a normas muy bien fijadas en un cuerpo de ideas que le es ajeno"<sup>18</sup>. En la perspectiva jurídico-positivista, la propia persona humana en tanto sujeto jurídico se constituye y se configura por un sistema de normas que (para Kelsen) nace de una meta-norma (GN) que **no es** la justicia<sup>19</sup>, mas no obstante pretende serlo en lo ideológico (basta con mirar el usual nombre de ciertos ministerios).

Es la paradoja del estatismo, por muy democrático que se presente: el propio Kelsen establece contra Smendt que "la esencia de la democracia estriba en la mejor extensión posible de la ciudadanía activa, es decir, en la autonomía"<sup>20</sup>, y Bobbio (en gran medida admirador y seguidor del positivismo kelseniano, ciertamente situado a su izquierda) en uno de sus escritos de juventud dice que hoy "la democracia progresa no tanto en proporción a la extensión meramente cuantitativa del sufragio como proporcionalmente a la multiplicación de las instituciones de autogobierno"<sup>21</sup>. Pero en la cúspide de la pirámide normativa la autonomía se trueca en heteronomía.

El juspositivismo, ideología que fue de los Estados de Bienestar y residuo de aquella gloriosa cosmovisión jurídica que guió (no solo) a la burguesía contra los déspotas, queda así atrapado entre dos referentes meta-normativos: 1. la GN kelseniana interpretable en orden "progre" como legitimidad weberiana/hegemonía gramsciana/ máquina inscriptora kafkiana; y 2. la justicia, cuyas banderas alza hoy la multitud antisistémica, interpretable como ideal personal y popular propio: como **grito** del sujeto. Y la justicia plena es necesariamente **recursiva**: así, para Castoriadis la sociedad justa no es donde se ha llegado a la mayor justicia posible, sino donde la cuestión de la justicia permanece siempre abierta.

¿Hay recursividad o autopoiesis en la GN de Kelsen? A pesar de que esta es fuente de toda producción de subjetividad jurídica y del deber-ser en la subjetividad humana (o sea, nada menos que de la creación de todo sujeto legal y de la obediencia ideológico-jurídica en el sujeto fáctico), parece que no, pues no es más que la expresión jurídica de la obediencia al orden establecido. A Kelsen se le criticó porque, a pesar de su antifascismo personal, su teoría parecía convalidar a Hitler, ya que este arribó al poder por vía legal. En el marco de la Teoría Pura, la ley puede hacer y deshacer la propia vida humana<sup>22</sup>.

La GN de Kelsen es muda; no valida más que la obediencia. En su teoría no es posible un nexo lógico entre hechos (suma de factores reales del poder) y derechos. Entre ambas categorías hay un abismo. Ese abismo es imposible de cruzar si imaginamos tanto las normas como los hechos “fuera” del ser humano. Son dos dominios que el positivismo puro razona por separado para evitar caer en la falacia naturalista, y es que se pueden conectar sin falacias solo por vía del ser humano concreto (no el “individuo” atomizado y abstracto de los liberales, ni la persona jurídica kelseniana, sino la *persona* humana con mónada psíquica por existencia y todas sus relaciones sociales por esencia: no el *homo sapiens* de los cientistas, sino el de Mpego Simón González, Dostoievski y Simone Weil.) El ser humano es el nexo real –o, mejor, personal- entre norma y hecho. Como escribió Nietzsche en un contexto bien diverso: “Un puente sobre un abismo”. Y desde una aspiración a la pureza la arquitectura de tal puente solo puede expresar la obediencia.

La separación entre norma y hecho es correcta, lógicamente, pero solo el positivismo en tanto marco teórico se basa en la “pura” (“objetiva”) lógica y por eso en particular a los positivistas les resulta imposible cruzar el abismo. El pecado epistemológico del positivismo es pretender excluir del análisis la subjetividad humana (personal y social).

Al decir de Elvia y Alba, “la ideología se presenta al sujeto como... identidad abstracta. Sin embargo, su existencia es concreta... Determinar la ideología significa... sistematizarla. Si esto sucede, deja de funcionar como ideología, adquiere corporeidad la sustancia de lo tangible y en consecuencia, pierde su magia... toda ideología, una vez sistematizada, es aniquilada”<sup>23</sup>. Lo tangible de la ideología jurídica burguesa: el escudo del policía frente a la Multitud. El sistematizador: Hans Kelsen.

La inclusión de la subjetividad humana en una construcción teórico-jurídica *a-la* Kelsen quizás posibilitaría resolver el misterio de la *Grundnorm* (o sea, de la fundamentación del Derecho) manteniendo a la vez el atractivo de su matemático rigor. Las doctrinas socio-teóricas que incorporan la subjetividad rondan usualmente en las coordenadas de la fenomenología, la hermenéutica, la semiótica, la discursividad y la teoría crítica. No obstante, en el Derecho mismo existe un conjunto de nociones irrevocablemente vinculadas con la juridización de las subjetividades humanas, y en especial de las dinámicas que estas desarrollan frente a la otredad. Pero, en cierto sentido, el normativismo kelseniano es el *nec plus ultra* de la reflexión jurídica sistémica. Por excelentes que sean las contribuciones posteriores (incluso las

citadas acá) les falta la grávida matematicidad de la Teoría Pura. Kelsen arriba al abismo y lo observa. El qué hacer con el abismo no es asunto de los juristas sistémicos, sino de quienes confrontamos las dominaciones. Por ello este texto.

En términos teóricos, esto significa qué hacer con la Norma Básica –que es signo del abismo en Kelsen-, o sea, cómo fundamentar un Derecho (si aún pretendemos que debe haberlo) desde una mirada compleja (auto-organizacional). Significa entonces abrirnos a la cuestión de la soberanía: del contenido de la soberanía.

Julio Fernández Bulté consideró “esencial” la deducción de que “la voluntad estatal, expresión del poder que resume la soberanía, como se había entendido esta desde Bodín, se transforma entonces en Kelsen en «el orden jurídico estatal supremo comprendido en todos los restantes órdenes, como órdenes parciales»” – recordando que para Kelsen “Estado y Derecho son una y la misma cosa”.

¿Qué es la soberanía? Acá entramos en la teoría política pura y dura ligada a la teoría jurídica.

### » Soberanía, según Agamben + derechos, según Dworkin

Giorgio Agamben, italiano, es un filósofo político y jurídico contemporáneo cuya justa fama la debe en gran medida a su consistente protesta contra la injuria a la dignidad humana que representa la cárcel situada en la Base de Guantánamo. En su ya clásico libro *Homo sacer: poder soberano y vida desnuda* buscó vínculos entre bio-política<sup>24</sup> y soberanía, la cual para él no es sino la capacidad de generar estados de excepción. Agamben parte de las ideas de un adversario de Kelsen: Carl Schmitt. ¿Cómo la soberanía genera el estado de excepción? Pues a partir del bando soberano, un ente jurídico y fáctico: “La paradoja de la soberanía consiste en el hecho de que el soberano está, al mismo tiempo, dentro y fuera del orden jurídico...el soberano, teniendo poder legal para suspender la vigencia de la ley, legalmente se coloca fuera de la ley...: «la ley está fuera de sí misma», o «yo, soberano, estando fuera de la ley, declaro que no hay nada fuera de la ley»...La estructura «soberana» del derecho, su peculiar y original «fuerza», tiene la forma de un estado de excepción donde hecho y derecho son indistinguibles (mas no obstante constituyen objeto de decisiones)...Hay...un umbral donde la vida está a la vez dentro y fuera del orden jurídico, y tal umbral es el lugar de la soberanía...en el estado de excepción, es imposible distinguir transgresión del derecho de la ejecución del derecho...La tarea que nuestro tiempo le impone al pensamiento no

puede consistir simplemente en reconocer que la forma extrema e insuperable del derecho es válida sin significación. Cualquier pensamiento que se limite a sí mismo a esto no hace más que repetir la estructura ontológica que definimos como paradoja de la soberanía (o bando soberano). La soberanía es, después de todo, precisamente esta «ley fuera de ley a la que quedamos abandonados», o sea, el poder auto-presupuesto del *nomos*<sup>25</sup>. Es como una ficción jurídica auto-constituida: autopoiesis jurídica; topología concebida por Schmitt como estructura de la excepción.

Agamben teoriza sobre esa problemática, pero lo interesante es cómo ve los derechos humanos (DDHH): “Las declaraciones de derechos representan la figura original de la inscripción de la vida natural” –es decir, la vida no juridizada, la vida biológica, desnuda, la *nuda vita*– “en el orden jurídico, político de la nación-estado”. Agamben genealogiza los DDHH a partir de la bio-política, la soberanía y el estado de excepción. Y para él la vida natural se inscribe en el orden jurídico (normativo, deber ser) y político (fáctico, ejercer poder) justamente a partir de la instalación de la figura del *habeas corpus*, que es un constructo jurídico que invoca el cuerpo del ser humano y no a la persona<sup>26</sup>. No es otra cosa que la bio-política. De modo que para Agamben los DDHH entran en Occidente a partir del *habeas corpus*, y por tanto los DDHH son consustanciales al dispositivo de soberanía cuanto lo son también al ámbito del estado de excepción, que es lo que marca la soberanía y la biologización o des-juridización de la vida.

Vale la pena confrontar esta mirada con la de Dworkin, para quien los DDHH son triunfos (*trumps*)<sup>27</sup> frente a la mayoría. Tener un *trump* significa poder parar una acción. Y la capacidad de interrumpir una acción legal es lo que en Derecho Romano se llama excepción. Tal idea de los DDHH como *trumps* o excepciones que es posible enarbolar frente al poder de la mayoría –y preferiría decir acá mejor: frente al sistema jurídico en su totalidad, frente a todo lo kafkiano o totalitario o alienante que puede haber en un sistema político, o sea, frente a la estructuralidad de un poder– leída en la clave de Agamben de soberanía como capacidad de generar estado de excepción, significa que DDHH no son otra cosa que la capacidad de generar un estado localizado de excepción. Una excepción personalizada que permite interrumpir –to *trump*– un movimiento opresivo del sistema jurídico-político. O sea, capacidad personalizada de generar soberanía. Son bandos soberanos personales. Claro: la visión de Dworkin de los derechos como *trumps* es eminentemente negativa. Y para convertirla en positiva nada mejor que

la matematicidad de Kelsen. De hecho, la productividad positiva del poder ya ha sido enfatizada por Foucault, por el propio Agamben, así como por Hardt y Negri.

La capacidad de generar bandos soberanos personales torna los DDHH en algo similar a la Norma Básica kelseniana, que es el lugar epistemológico de radicación de la soberanía: solo entenderla como sitio donde radica la soberanía le da sentido más allá de lo teológico o de la mera abstracción escolástica. El conjunto de los DDHH, al ser interpretado como soberanía –como validación axiomática (a lo Euclides) del resto del árbol normativo (a lo Kelsen)- también tendría un carácter dual, pues sería al mismo tiempo un conjunto de actos de poder público (o contra-poder, o poder público negativo, o resistencia frente a poderes públicos o particulares: la dinámica a la cual ya Jhering se refirió como “lucha por el derecho”...), y una posible base para que emerja de ahí la validez de la normatividad como un todo. Se preserva, sin embargo, la separación kelseniana entre ser y deber-ser al constituir el derecho en un “decir”, en un discurso voluntarioso/justiciero sobre el poder social; pero no habrá abismo entre ambos extremos, pues normatividad y poder remiten a la misma praxis humana que se incorpora en el discurso teórico-jurídico como actual concreción. Normatividad y poder que además tendrían un carácter revolucionario, porque se le iría por arriba (*trump*) ya no a la mayoría sino a todo el sistema opresivo, con toda la *Babylon* del poder-fuerza-violencia estructural detrás. Esta soberanía capitalista-estatista-opresiva sería entonces interpretada como heterónoma, y su acción resultaría interrumpida por vía de la excepción que constituyen los DDHH, en nombre de una soberanía autónoma, en nombre de una revolución ejercida permanentemente donde “la cuestión de la justicia permanece siempre abierta”. La justicia recursiva puede anotarse también matemáticamente, como meta-normativa que se cita y se modifica a sí misma. Por tanto, se expresa y se inscribe sobre los cuerpos humanos como principio normativo, vía DDHH, que además servirían de punto de partida normológico para que el árbol de la validez del Derecho pueda crecer. Normativizar la justicia es concebir el lugar de la soberanía como lugar de los DDHH en tanto factores reales del poder revolucionario autónomo y permanente (recursividad permanente de la justicia como norma primaria para una sociedad abierta): ejercicio de la lucha por el Derecho. Ejercer soberanía de manera personalista y permanente, como una revolución. La justicia, mediando soberanía, es entonces fuente de validez para el resto del orden jurídico.

### » *Entonces, ¿a dónde hemos llegado?*

Nuestra propuesta consiste en aprehender la autopoiesis societal como raíz del árbol normativo en tanto que constituye un proceso de auto-organización antropológica de los factores reales de poder. Hacerlo de manera reflexiva y explícita significa dar un paso hacia la autonomía humana, un paso por encima del abismo entre praxis y ley, entre normalidad y revolución. Relevar una norma-base (GN) basada en voluntad de obediencia por otra con base en el deseo<sup>28</sup> de justicia (recursiva), cuyo contenido sería dotar de sentido y gravedad a la suma de los DDHH (deconstructivamente meta-jurídicos) como fuente e instrumento de la soberanía, como dinámicas constituidas precisamente en factores reales de poder. Terreno fértil para el árbol de la soberanía libertaria, del Derecho y de la justicia; árbol que resiste contra ocupaciones “humanitarias”, dominaciones sistémicas y globalizaciones capitalistas, ya que comarca propia y pueblo son flujo de su savia.

Dice el epígrafe del documento “Cuba soñada–Cuba posible–Cuba futura”, publicado hace un par de años por el Laboratorio Casa Cuba: “Soberanía de la Patria no es más que el ejercicio irrestricto de todos los derechos de la dignidad humana en todo el territorio de nuestro país por tod@s l@s cuban@s”. Sirva este modesto ejercicio de teoría a un futuro digno de nuestra Cuba.

#### Notas:

1 Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Ariel, Barcelona 2002.

2 Baqir As-Sadr, Muhammad. *El Islam y las escuelas económicas*. Fundación Cultural Oriente, Qom 2010, p. 115.

3 Kelsen, Hans. *Teoría pura del Derecho*. Porrúa, México, 1993, p.205.

4 Recordemos, por ejemplo, que para nuestro Félix Varela “Ley injusta no es ley”.

5 Fernández Bulté, Julio. *Filosofía del Derecho*. Félix Varela, La Habana, 1997, pp. 193-194.

6 Ídem, p. 190. Por otra parte, esta aseveración de Kelsen ayuda a desmentir algunas versiones falsas de lo que es la GN que han invadido algunos manuales. Así, Peter Halstead afirma en *Jurisprudence Key Facts* (Hodder Arnold, London 2005, p. 69): “In its simplest formulation, the *grundnorm* in the English legal system can be expressed as the Queen in Parliament, i.e. the process by which new

legislation is enacted and validated”. En todo caso, la GN no es el proceso parlamentario mismo, sino la asunción previa que posibilita que las leyes adoptadas en Inglaterra (NB: país sin Constitución codificada) por la voluntad jurídica de la Reina en Parlamento sean tenidas por tales. En mi época de estudiante de Derecho, noté que la GN ocupa en el esquema de Kelsen un lugar similar al Contrato Social en el de Rousseau, aunque, claro, después me di cuenta (siguiendo a Bobbio) que Rousseau sigue un modelo jusnaturalista mientras Kelsen justamente pretende escapar de él. Pero, como veremos, al encontrar el correlato volitivo de la GN tal diferencia resulta menos drástica.

7 Dice el profesor Bulté: “una de las principales conclusiones de la doctrina kelseniana afecta, de modo directo, a la noción de «voluntad» jurídica. Kelsen la despoja de su contenido psicológico, de su carácter de proceso intelectual y volitivo, para convertirla en una modalidad de la imputación jurídica” (Ídem: p. 190). Tal noción de voluntad jurídica es perfectamente aplicable a la emisión de la GN, despojada de todo contenido sociológico, reducida al efecto jurídico del mero hecho de la eficacia de la obediencia social (no medida en un gesto plebiscitario, sino estandarizada –normalizada– policialmente desde una biología de las conductas de cierta masa crítica colectiva). Como veremos a *posteriori*, se trata del correlato normativo-volitivo del hecho de la legitimidad/hegemonía/inscripción legal que debería ser explicitado/significado en la GN, pero el estatista Kelsen prefiere dejarla vacía, como mero presupuesto. Otro camino implicaría legitimar la revolución.

8 Ídem, p. 192. Hay que decir, sin embargo, que no deberíamos hacernos la idea de un Kelsen formalista y nihilista en lo moral. Fue un intelectual combativo contra los totalitarismos nazi y estalinista. La Constitución que ayudó a redactar aún rige en Austria. Promovió importantes instituciones de poder negativo y de defensa de la constitucionalidad que ahora están aceptadas en un gran número de países. Su democratismo, no obstante, nunca trascendió los límites del estatismo burgués. En lo político era social-demócrata; defendió el socialismo reformista. Para los aspectos del pensamiento kelseniano más afines a la emancipación véase: *El otro Kelsen*, UNAM, México 1989.

9 Al respecto, dice el profesor Bulté: “En la grandeza del hallazgo estaba también su riesgo. El derecho [...adquiría] la posibilidad de explicarse y articularse según una lógica rigurosa. La misma lógica de la norma, con todo y las limitaciones que le han señalado... daba paso a la lógica del sistema... Por primera vez se elevaron conceptos claros sobre el sistema de derecho: organicidad del ordenamiento jurídico, vertebración de subordinación normativa, lógica interna de la norma y del sistema, etcétera.//En este sentido



es preciso reconocer al maestro vienés como fundador de la nueva ciencia del derecho, como fundador de la teoría de la norma jurídica y del sistema normativo” (Idem, pp. 194-195).

10 Colectivo Radar. *Imaginando otro derecho*. Chiapas, 2013, p. 107.

11 Halstead, Peter. *Jurisprudence Key Facts*. Hodder Arnold, London 2005, p. 82.

12 *Ibidem*.

13 A partir de la matematicidad de Kelsen, quizás sería hasta más correcto calificar su aporte de estructuralista más que de positivista: las nociones de ordenamiento, de sistema, pueden leerse en términos de estructura, y así se comparten con los estructuralistas. Si bien la contribución de Kelsen se parece a la de su contemporáneo *senior*, Ferdinand de Saussure, sería provechoso concebir un análogo jusfilosófico de la gramática generativa de Chomsky; quizás algunas ideas de Cossio y Dworkin sobre el Derecho como conducta específica podrían ser útiles al respecto.

14 Sánchez Cámara, Florencio. “Ensayo sobre una estética concreta del cambio: El I Ching” en *Homenaje a Gonzalo Aguirre Beltrán*, t.II México 1974, pp. 231-237.

15 El clásico 道德經 de Lao-Zi es referido por diversos autores a la vez como obra de espiritualidad proto-cristiana, o bien como una especie de manifiesto proto-libertario.

16 Emilio Menéndez: “...lo que se llama voluntad en el derecho no es más (en Kelsen), que la conjunción de un sujeto con un objeto en el reino del deber ser” (Fernández Bulté, *op.cit.*, p. 190).

17 Castro, Elvia Rosa, y Alba Rosa González *El mundo como ilusión y apariencia*. Abril, La Habana, 1998, p. 23. Aquí las autoras señalan nada menos que el carácter tendencialmente totalitario de cualquier ideología (similar al carácter tendencialmente totalitario de cualquier Estado, como bien sabemos por la filosofía política clásica y el pensamiento revolucionario). Es irónico que también resulte aplicable a alguien tan crítico de todo totalitarismo, como lo fue Kelsen. Se verá que de la apariencia la apertura propuesta frente al totalitarismo parte de considerar los factores reales de poder y los derechos personales como base estratégica de una antropología jurídica libertaria, que se desenvuelve recuperando la lógica de la *mathesis* kelseniana.

18 *Idem*: p. 28.

19 Kelsen evade deliberadamente el tema de lo justo en aras de la “pureza científica” de su teoría.

20 Kelsen, Hans. *El Estado como integración. Una controversia de principio*. Tecnos, Madrid, 1997, p. 132. En la página siguiente, Kelsen enfatiza: “cualquiera sabe... que para este Estado moderno el parlamentarismo... es la única forma posible de democracia”.

21 Bobbio, Norberto. *Tra due repubbliche*. Donzelli, Roma 1996, p. 17. NB el contraste con el parlamentarismo de Kelsen.

22 “En la doctrina de Kelsen, los llamados derechos subjetivos pierden significación... Para él el hombre, social, psicológico, ente volitivo, no es sujeto de derecho, sino la persona... reducida a un postulado de facultades que nacen de la imputación de una norma” (Fernández Bulté, *op.cit.*, p. 191).

23 Castro y González, *op.cit.*, p. 24.

24 Categoría promovida por Foucault, aunque la concepción de la bio-política Agamben es distinta a la de Foucault.

25 Agamben, Giorgio. *Homo Sacer*. Stanford University Press 1998, pp. 15; 27; 57; 59.

26 “El primer registro de la vida desnuda como nuevo sujeto político está ya implícita en el documento que generalmente se coloca en la fundación de la democracia moderna: el *writ* de *habeas corpus* de 1679... es significativo que en su centro no están ni el viejo sujeto de vínculos y franquicias feudales, ni el futuro ciudadano, sino un puro y simple *corpus*... Y la democracia nace precisamente como la aserción y presentación de ese «cuerpo».” *Ibidem*, pp. 123-124.

27 “Triunfo” (*trump*) no refiere solo a victoria; en inglés significa victoria, pero también es un nombre técnico en los juegos de cartas: es la carta que mata a la otra.

28 Me doy cuenta de que –sobre todo en sentido kelseniano– deseo no es sinónimo de voluntad, pero prefiero acá esa palabra que invoca a Lacan, sin pretender maximizar exactitud.

