

LA REBELIÓN DE LA CONCIENCIA JURÍDICA FRENTE AL PODER DEL DERECHO Y EL DERECHO DEL PODER.

Ana Jaramillo

Un Estado democrático es aquel en el que se realiza de alguna manera el principio de autonomía, en la medida en que los destinatarios de los mandatos contenidos en las normas participan directa o indirectamente en el proceso de producción de las mismas. Un estado autocrático es aquel en el cual los destinatarios de los mandatos contenidos en las normas están excluidos de dicho proceso de creación de las mismas, y, por lo tanto, se encuentran en una situación de heteronomía"

Lorenzo Córdova Vianello

Hace noventa años, Ortega y Gasset comenzaba a desarrollar su ensayo sobre *la rebelión de las masas*. Sostenía que el hecho más importante de la vida pública de Europa era el advenimiento de las masas al pleno poderío social y definía su fisonomía y consecuencias como "la rebelión de las masas"¹.

La inteligencia le asignaba a las palabras "rebelión", "masas" o "poderío social" un significado "exclusiva o primariamente político". Pero Ortega sostiene que "*la vida pública no es sólo política, sino, a la par y aún antes, intelectual, moral, económica, religiosa, comprende los usos todos colectivos e incluye el modo de vestir y de gozar*"².

En la democracia liberal la masa presumía que, "al fin y al cabo con todos sus defectos y lacras, las minorías de los políticos entendían un poco más de los problemas públicos que ella". Pero para Ortega, había comenzado la "hiperdemocracia" donde la masa actúa "por medio de materiales presiones, imponiendo sus aspiraciones y sus gustos".

Continúa Ortega diciendo que las masas (1927-1937) "ejercitan hoy un repertorio vital que coincide en gran parte, con el que antes parecía reservado exclusivamente a las minorías; ... al propio tiempo las masas se han vuelto indóciles frente a las minorías; no las obedecen, no las siguen, no las respetan..."

Sostiene que "cuando algo que fue ideal se hace ingrediente de la realidad inexorablemente deja de ser ideal". Para el filósofo, "los derechos niveladores de la generosa inspiración democrática" se habían convertido "de aspiraciones e ideales en apetitos y supuestos inconscientes".

Para el filósofo español, el sentido de aquellos derechos no era "otro que sacar las almas humanas de su interna servidumbre y proclamar dentro de ellas una cierta conciencia de señorío y dignidad". Por eso se pregunta ¿por qué se quejan los liberales demócratas o progresistas? Las consecuencias de la democracia son que el hombre medio actúe por sí y

¹ Ortega y Gasset, José: *Obras Completas*, Gredos, Madrid, 2010

² ibidem

ante sí, “que reclame todos los placeres, que imponga decidido su voluntad, que se niegue a toda servidumbre, que no sea dócil a nadie, que cuide su persona y sus ocios, que perfile su indumentaria: son algunos de los atributos perennes que acompañan a la conciencia de señorío”. Concluye diciendo “Hoy los hallamos residiendo en el hombre medio, en la masa”.

En pleno siglo XXI, la práctica de los derechos civiles y sociales hizo que los sectores que antes habían naturalizado o se habían resignado a la dominación del poder a través de las relaciones económicas, sociales, culturales y jurídicas tomaran conciencia de sus derechos. Los otrora sumisos, se rebelan ante la regresividad de sus conquistas. ¿De qué hablamos? ¿Del periodo anterior cuando los gobiernos hicieron posibles esos derechos? ¿qué quiere decir que se la creyeron que podían vacacionar, que podían comprarse un auto o vivir dignamente los humillados y ofendidos de siempre? cuando lo ideal se convirtió en realidad, deja de ser ideal y pasa a ser parte de la misma y no una mera ilusión.

Estamos enfrentando y padeciendo una embestida del neoliberalismo que utiliza el término esquivo, polisémico y ambiguo del populismo para denostar cualquier democracia latinoamericana utilizando el vocablo populista como epíteto denigrante y despectivo. El vocablo puede mezclar a Berlusconi con Kirchner o Perón o a Maduro o Chávez con Obama, el presidente norteamericano que escuchando una versión de populismo sostuvo que él también sería un populista.

¿QUIÉN ES EL DUEÑO DE LA DEMOCRATICIDAD? ¿QUIÉN MIDE LA CALIDAD DE LA DEMOCRACIA?

“la conciencia jurídica, como el sentido moral, es una actitud desinteresada de aprobación o desaprobación frente a una norma social. Difiere del sentido moral en que a diferencia de éste, no apunta a la relación directa entre hombre y hombre, sino a la regulación social, organizada, de la vida de la comunidad. La conciencia jurídica se dirige a la comunidad... En cierta medida, la conciencia jurídica está determinada por el propio orden jurídico existente, y, a su vez, ejerce influencia sobre éste último”³

Alf Ross

¿Qué democracia es más democrática? ¿La democracia antigua en su cuna griega que se erigió sobre la esclavitud?, ¿las democracias europeas colonialistas que en el siglo XVIII y XIX seguían traficando esclavos y depredando sus colonias? ¿las monarquías constitucionales que todavía subsisten en varios países de Europa, donde la sangre supuestamente azul sigue heredando el poder?, ¿o las democracias latinoamericanas que buscan el bienestar de sus pueblos, su participación en las decisiones, ejerciendo la justicia distributiva como la proponía Aristóteles?.

³ Ross, Alf: *Sobre el derecho y la justicia*, EUDEBA, Argentina, 1994

Hemos sostenido una y otra vez que el tránsito hacia una democracia social o participativa o solidaria en nuestra América nunca fue pacífico. Desde los inicios del siglo XX una vez lograda la independencia política y fragmentado el continente, hubo más de un millón de muertos durante la revolución mexicana y recién después nació la constitución social de 1917. Cada vez que un país de América Latina pretendió instaurar una constitución social y lograr la justicia distributiva en sus pueblos, se sucedieron los golpes de Estado, se derogaron sus constituciones y recomenzó la violencia política de Estado aliado con el capital extranjero para domesticar a sus pueblos.

¿Quién sostiene que es antidemocrático luchar contra el latifundio en algunos casos, repartir la tierra entre los pueblos originarios, establecer la gratuidad de la educación y la salud, nacionalizar los recursos naturales fundamentalmente energéticos, emprender el desarrollo autónomo y proteger la industria nacional o velar por los derechos de los trabajadores, nacionalizar y estatizar las jubilaciones o imponer tributos a la renta financiera o evitar la evasión de divisas de los capitales?

¿Por qué se considera y respetan los modelos de democracias sociales o sociedades cuya meta es el Estado de bienestar como los países escandinavos, llamados *welfare states*, pero se denostan aquellas constituciones sociales que se proponen realizar una sociedad del *buen vivir* en países que poseen enormes recursos naturales pero son fundamentalmente injustos en la distribución de la riqueza?

¿Quiénes participan en la construcción de las normativas? ¿Quién consulta a quienes se deberán someter a las normas? ¿Quién sostiene que el derecho es una ciencia de la razón universal pura? y ¿dónde está la pureza de la razón pura, si está preñada de intereses, prejuicios e ideología? ¿las leyes no deberían surgir de las costumbres, filosofía, historia, creencias y conciencia jurídica de cada pueblo en cada época sobre sus derechos y no imponer una supuesta razón universal científica y pura? ¿Quién define las reglas del juego democrático? ¿Quién es el árbitro de ese juego? ¿Un juez que lo instaló el poder político y que interpreta las normas según su criterio y según su ideología? ¿Dónde está la razón pura? ¿En el poder político de los legisladores que hacen las normas o en el poder del derecho aplicado también por un juez elegido por el poder político que muchas veces no respeta los derechos conquistados o en la conciencia jurídica de cada pueblo?

Algunos juristas sostienen como crítica a la conciencia jurídica popular en tanto fuente del derecho, que es conservadora. Para nosotros, una vez conquistados sus derechos, y haberlos ejercido, cada pueblo sale a defenderlos, como sucedió cuando la Corte Suprema en la Argentina dictaminó que podían salir de las cárceles quienes habían cometido crímenes de lesa humanidad basándose en una ley que no solo había caducado, sino que era para los delincuentes comunes. La conciencia jurídica popular salió a la calle y los legisladores tuvieron que hacer otra ley en veinticuatro horas para impedir que quedaran en libertad.

La problemática sobre la posible acción conservadora de la conciencia jurídica social la analiza Bobbio partiendo de la diferencia entre la jurisprudencia formalista y la jurisprudencia de intereses. Aceptando que ambas son legítimas en general, para el jurista y político italiano, la primera es ideológicamente más conservadora y la segunda más progresista. Pero la disputa no es metodológica sino ideológica y de acuerdo al contexto o la situación histórica en la que se da, donde unos quieren el *statu quo* y otros quieren transformarlo.

Para el filósofo y jurista Norberto Bobbio, *“formalista quiere decir simplemente que se está en contra de los cambios; si el cambio es en el sentido del progreso, el formalista es conservador. Si es en el sentido de la reacción o restauración, el formalista es progresista. Así pues la apelación a la conciencia social significa solo que no se está satisfecho con el derecho vigente y se quiere transformarlo; pero frente a una legislación inspirada en los principios del liberalismo económico, los intervencionistas invocarán la voz insuprimible de la conciencia social, de la misma manera que frente a una legislación inspirada en la intervención del Estado, los liberales invocarán la voz insuprimible, del derecho natural”*⁴.

En Italia, se diferencia al liberal (que sería nuestro demócrata) del *liberista* que se asemeja al liberal en Nuestra América o sea el que no acepta que el Estado intervenga en las relaciones socioeconómicas a fin de lograr la justicia distributiva para el bienestar del pueblo todo. Por lo tanto, la elección es entre dos métodos de interpretación, donde Bobbio elige entre dos ideologías, entre el liberalismo clásico y puro y el liberalismo social y declara su preferencia por la interpretación evolutiva del liberalismo social.

Hasta para el propio positivista Kelsen, la ideología del intérprete es fundamental sosteniendo que tanto las acciones del juez como del legislador son políticas, ya que *“la decisión de un juez es en realidad tan política como lo es un acto del legislador o de un miembro del gobierno, en la medida en la que todos ellos no son otra cosa sino creadores del derecho”*... *“toda controversia jurídica es una controversia política, y todo conflicto que sea calificado como conflicto de intereses, de poder o político, puede ser decidido como una controversia jurídica”*⁵

Para Alf Ross, el jurista danés del llamado realismo jurídico, la conciencia jurídica cumple un papel relevante en la política jurídica. Para él, el problema de la interacción del derecho y la sociedad *“incluye cuestiones relativas al origen histórico y al desarrollo del derecho; a los factores sociales que en nuestros días determinan el contenido variable del mismo; a su dependencia frente a la economía y a la conciencia jurídica popular y a su influencia sobre ellas; a los efectos sociales de ciertas reglas o instituciones jurídicas; al poder del legislador para dirigir el desarrollo social; a la relación entre el derecho “viviente y el derecho teórico de los libros; y a las fuerzas que de hecho motivan la aplicación del*

⁴ Bobbio, Norberto: *El problema del positivismo jurídico*, EUDEBA, 1965

⁵ Córdoba Vianello, Lorenzo: *Derecho y poder*, FCE-UNAM, México, 2009

derecho, en contraposición con los fundamentos racionalizados de las decisiones judiciales”⁶.

El autor de nuestra primera constitución en 1853, Juan Bautista Alberdi, nos explicaba que “la filosofía de una nación proporciona la serie de soluciones que se han dado a los problemas que interesan a sus destinos generales... por eso... Nuestra filosofía será, pues, una serie de soluciones dadas a los problemas que interesan a los destinos nacionales: o bien, la razón general de nuestros progresos y mejoras, la razón de nuestra civilización; o bien la explicación de las leyes, por las cuales debe ejecutarse el desenvolvimiento de nuestra nación; las leyes por las cuales debemos llegar a nuestro fin, es decir, a nuestra civilización, porque la civilización no es sino el desarrollo de nuestra naturaleza, es decir, el cumplimiento de nuestro fin... Así pues, libertad, igualdad, asociación, he aquí los grandes fundamentos de nuestra filosofía moral”⁷.

Arturo Sampay, el autor de la constitución de 1949, la primera constitución surgida tres meses después de la declaración universal de derechos humanos, tras la segunda guerra mundial, establece en ella los derechos sociales como derechos de justicia, y particularmente explica que “tiene que hacerse carne en la gente que el bien común tiene absoluta primacía sobre los intereses individuales” Por lo cual la educación moral, “además de ser la principal finalidad de la educación de un ser que con libertad plasma su propia perfección, su felicidad, es un “bien de capital” en el aspecto del desarrollo económico de la sociedad. Esa constitución fue derogada después del golpe de Estado de 1955 y se reemplazó por la de 1853 volviendo casi un siglo atrás.

El Derecho es una ciencia hermenéutica que debe interpretar los valores en una determinada época y en una cultura particular, las pasiones, las creencias, la intencionalidad, los afanes y deseos, así como la voluntad que forman parte esencial del ser humano, y que no se subalternan al racionalismo. En la dialéctica histórica no rige la causalidad ni la lógica formal con su principio de identidad, de no contradicción, ni del tercero excluido. La historia no transcurre sobre la base de la lógica binaria matemática sometida al cálculo y no a la interpretación.

Cuando ya el Derecho positivo no logra armonizarse con las transformaciones sociales a las cuales pretende normar (o ya reglamentó en otro tiempo) ni a los ideales de justicia reclamados por una comunidad particular, que fue modificando su *ethos* colectivo así como su construcción identitaria particular, Sampay lo llama Derecho elástico y Zagrebelsky lo denomina derecho dúctil a la necesaria razonabilidad interpretativa.

El realismo jurídico nos muestra que la supuesta existencia del “derecho injusto” es un *oxímoron*, una contradicción en los términos. No puede ser derecho y torcido. Porque los derechos ya ejercidos económicos, sociales, culturales y políticos no podrán ser regresivos

⁶ Ross, Alf: *Sobre el derecho y la justicia*, EUDEBA, Argentina, 1994

⁷ Alberdi, J. B. (1842). Ideas para presidir a la confección del curso de filosofía contemporánea. En Zea, L. (1995). *Fuentes de la cultura latinoamericana*. México: Tierra Firme-FCE.

ya que fueron ejercidos en la realidad y se hicieron conscientes formando parte de la moral social general o del *ethos* social de una comunidad.

Por eso, si el neoliberalismo o el liberismo, que se vuelve cada vez menos democrático y más totalitario, que ha decidido que el Estado de bienestar debe morir, produce la falta de empleo, modifica los derechos laborales o previsionales, y sostiene que no todos tienen el derecho y la posibilidad de irse de vacaciones o de tener los mismos gustos o placeres o prestaciones sociales de salud o educación o comprarse un auto o un aire acondicionado o participar gratuitamente de eventos culturales, que ya forman parte de la moral social general, se enfrentarán, como sostiene Ortega, con las masas que “se han vuelto indóciles frente a las minorías; no las obedecen, no las siguen, no las respetan...”⁸ porque ya saben que la justicia no cabe en los tribunales, y no le pertenece al derecho positivo. En democracia, el derecho se acerca a la justicia si la conciencia jurídica colectiva forma parte de la construcción de las normas a las que se deberá someter.

⁸ Ortega y Gasset: *op.cit*