

Nacimiento de la noción de sujeto a través del Derecho

Leopoldo Schiffrin

INTRODUCCION

Dra. Norma Slepoy: Tengo el agrado de presentarles a nuestro invitado de esta noche, el Dr. Schiffrin. De su extenso currículum destacaré que es abogado, egresado de la Universidad de Buenos Aires con Diploma de Honor; es también Doctor en Derecho de la Universidad Complutense de Madrid y ha realizado cursos de especialización en Filosofía del Derecho y en Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Universidad de Bonn. En Venezuela ha sido profesor de Derecho Constitucional y de Teoría del Estado e Historia del Pensamiento Político. Ha tenido distintos cargos de responsabilidad en nuestro país, desarrollado una intensa actividad docente y escrito numerosas publicaciones.

El doctor Schiffrin ha sido consecuente en su defensa de los Derechos Humanos de diversos modos: dictó la primera extradición de un criminal de guerra nazi sentando así jurisprudencia en nuestro país sobre la imprescriptibilidad de los crímenes contra la Humanidad; desde hace años es Juez de la Cámara Federal de La Plata en los Juicios de la Verdad, relacionados con la última dictadura militar.

Antes de darle la palabra, y de acuerdo con lo acostumbrado, tenderé un puente con las conferencias anteriores.

En la primera conferencia, Delia Torres nos recordó el papel trascendente de la instalación de la prohibición en el nacimiento del sujeto, ese sujeto escindido que propone el Psicoanálisis que, al introducir la noción de inconsciente, subvierte al sujeto cartesiano de la conciencia.

Sabemos que Freud concibió la prohibición del incesto operante

en el sujeto como el resultado de una internalización. El concepto de internalización supone, a su vez, la noción de interioridad. Justamente, en la siguiente conferencia Edgardo Castro desarrolló la construcción filosófica de la noción de interioridad que recién surge con San Agustín. En los comienzos de la formación de la noción de sujeto nos encontramos con los fragmentados personajes homéricos; no hay unificación del sujeto, no hay delimitación sujeto-objeto. Es Platón quien emprende la unificación del individuo y de la ciudad. Platón –a quien, recordemos, le preocupaba el tema de la justicia– concibe una noción de unificación estratificada del individuo que es paralela a la estratificación de la ciudad. Superior, medio e inferior designarán jerarquías y, tanto en el individuo como en la ciudad deberá gobernar la razón que es el estrato superior –de modo que en la ciudad gobernarán los filósofos. Una vez que ha sido unificado el individuo, San Agustín lo dotará de interioridad. Es en Descartes donde culminaría la unificación del sujeto.

Sin embargo, Edgardo Castro considera que esta historia del pensamiento occidental acerca de la unificación del sujeto es la historia de los intentos de unificación ya que, a su juicio, en nuestra cultura persiste, en cierto modo, la fragmentación de los antiguos personajes homéricos. Creo que esta idea aporta una perspectiva para pensar los procesos de internalización de la prohibición en tanto tributarios –como en general, todo proceso de internalización– de las nociones de unificación y de interioridad. Si éstas no están logradas nos podemos preguntar de qué modo opera la ley en el sujeto y cuál es su vinculación no sólo con la ley familiar sino también con la ley social.

Seguramente, el Dr. Schiffrin nos permitirá seguir pensando estas y otras cuestiones.

Dr. Leopoldo Schiffrin: Los saludo a todos, muy buenas noches. Quiero, antes que nada, agradecer a las autoridades de la institución que me han hecho un gran honor invitándome a una tarea que me parece muy positiva. Se trata de un trabajo interdisciplinario que necesitamos; ustedes saben que la profesión de abogado, la profesión jurídica en general, está muy expuesta a cierta estrechez formalista. Todo este trabajo ayuda a darle a los estudios jurídicos otro tipo de movimiento, de dirección.

Por otro lado, todo mi encomio a la doctora Slepoy, no porque me eligió, sino porque tuvo una paciencia enorme conmigo y me llamó

todas las veces necesarias para convenir esta conferencia. En esas conversaciones el tema quedó bautizado “Nacimiento de la noción de sujeto a través del Derecho”, pero le ha faltado una palabra: desarrollo; nacimiento y desarrollo en el campo del Derecho. Del sujeto se habla muchísimo en el Derecho, a cada paso: el sujeto activo, el sujeto pasivo..., pero la noción de sujeto corriente cuando se está hablando en términos jurídicos es una noción formal. En sustancia, lo que se quiere decir es que se está hablando, en términos lógicos, de un centro de imputación de deberes y derechos, derechos subjetivos. Todo este vocabulario tiene, a su vez, una tradición en el legalismo alemán, que no es tan antiguo en el Derecho.

Sin embargo, hay otras aproximaciones más interesantes, justamente para psicoanalistas en el campo de la Historia del Derecho, y de la Historia del Derecho mirada de una manera más fenomenológica, más sociológica, que resulta mucho más interesante que hacer una larga historia de cómo aparecen categorías formales que son siempre abstractas y en gran parte vacías por definición.

Ahora, antes de hablar del Derecho para precisar qué quiere decir esta palabra en el sentido en que la vamos a usar aquí, tengo la necesidad interior de decir que cuando uno organiza algún tipo de exposición, lo hace a partir de algún presupuesto básico, y el presupuesto básico del cual yo parto es uno que vengo elaborando hace muchísimo tiempo y que por cierto no inventé yo. La actividad de tantos años—sobre todo cuando enseñaba Derecho Constitucional— me hizo ver que hay dos nociones materiales de sujeto, no dos nociones formales como la que supone que sujeto es un centro de imputación de deberes o cosas así, sino dos nociones materiales de sujeto que juegan permanentemente en la Historia del Derecho. Una es la noción prevaleciente en las ideologías jurídicas, es la noción de sujeto universo-isla, el sujeto aislado, el sujeto monádico; que no es una concepción que nace dentro del Derecho, casi nada de lo básico y material del Derecho nace dentro del Derecho, sino que viene de afuera. Es la concepción fundamental de toda la historia del pensamiento europeo, y su desarrollo y formación tiene mucho que ver con todo lo que estaba diciendo recién la doctora Slepoy, porque justamente es sobre todo a partir de Descartes que se forma esa idea—que Leibniz expresa después de la forma más perfecta— de que el verdadero sujeto es un sujeto aislado, un mundo en sí, que sólo tiene relaciones tangenciales y ocasionales con la exterioridad. Y esa noción es fortísima en Derecho, después tenemos que desarrollarla pero quiero dejarla indicada.

Por otro lado, uno puede pensar que el sujeto individual se constituye sólo por referencia a la alteridad, a otro sujeto u otros sujetos. Y ésta es una segunda forma de encarar la idea de sujeto, que también tiene su larga historia en el pensamiento oriental y occidental y que en el Derecho tiene una presencia, pero que no plasma mucho en teorías. La teoría jurídica, aun al día de hoy, está dominada por la primera concepción que me permito llamar monádica, después van a ver ustedes por qué.

Ahora nos queda por precisar qué campo del pensamiento y de la acción humana señalamos con la palabra Derecho en castellano. Es todo un problema porque hay variaciones de un idioma a otro. La palabra que se está traduciendo con la expresión Derecho es la expresión latina *ius*; *ius* no quiere decir justicia. Nosotros relacionamos mucho Derecho con justicia; pero en latín *ius* se refiere, en sustancia, a un mundo de normas. Sin embargo, con decir normas no aclaramos demasiado. Lo que más o menos uno podría describir como la situación actual del Derecho —que quizás antes no fue exactamente la misma— es que se trata de una serie de descripciones más bien abstractas de conductas deseables, y ese mundo de descripciones abstractas de conductas deseables va unido a la idea de que también es deseable que si la conducta esperada no se lleva a cabo, se aplique algún medio coactivo para que efectivamente se realice, o por lo menos otros la realicen. Es decir, el Derecho está dominado por la idea de que hay ciertas conductas deseables, y que es deseable también —pero digo sólo deseable— que existan lo que generalmente se llaman sanciones, que es la aplicación de medios coactivos para el logro de esas conductas.

Formulo una pregunta: ¿quién establece ese catálogo de conductas deseables? En realidad, desde el punto de vista de un normativismo neo kantiano puro esa pregunta resulta imposible de contestar, porque siempre las contestaciones terminan siendo referencias a realidades empíricas; y claro, sabemos que en el neo kantismo lo empírico está cuidadosamente separado del campo del deber ser, y como estas descripciones de que hablamos son de deber ser, entonces no se pueden deducir ni fundar en un no deber ser, en una empiria. Esta es una cuestión delicada, pero yo pienso que en realidad el mismo Kelsen, que formuló esta teoría en su expresión más pura —en la Teoría Pura del Derecho— no ha podido evitar decir cómo podemos saber que cierta descripción de conducta que se desea pertenece a este campo que llamamos Derecho, cómo lo delimitamos si no es refirién-

donos a datos empíricos. Y existen ciertos consensos sociales, consensos de un sector social o de varios, o creencias muy, muy extendidos en la sociedad o que casi todo el mundo profesa, como por ejemplo que casi toda la gente cree que efectivamente es deseable no matar, salvo ciertas circunstancias. Entonces la base para que podamos identificar como pertenecientes al campo del Derecho estas descripciones de conductas, con el complemento de que se desea también de que se las obligue por medios coactivos, es en definitiva una serie de consensos sociales vinculados con el peso de tradiciones; de un imaginario colectivo de muchísimas generaciones, con influencias religiosas, éticas, tradicionales.

Por otro lado, hay que evitar pensar que el hecho de que la sanción se mire como deseable, respecto del cumplimiento de estas descripciones de conducta, haga posible en todos los casos la sanción. Uno de los grandes fenómenos del Derecho –sobre todo del Derecho Público– es, justamente, que las normas más importantes del Derecho Público no son coercibles; por ejemplo, si el Parlamento se niega a sancionar el Presupuesto no hay ninguna solución, salvo la que emprendió el presidente Figueroa Alcorta: lo cerró y listo; pero eso es un golpe de Estado. En general, las relaciones de los órganos de gobierno entre sí no son susceptibles de coacción, esto quiere decir que si un órgano no cumple, estaremos en una gran crisis, nada más; y esas normas son las más jurídicas de todas las normas, lo cual implica que hay una gran limitación. Que sea deseable la sanción no quiere decir que la sanción se pueda dar en todas las ocasiones. A través de toda la historia jurídica se ha tratado de encontrar el modo en que las relaciones de los órganos supremos de poder puedan también estar sujetas a algún tipo de sanción. El caso inolvidable es la Carta Magna de 1215, en la que el Rey Juan Sin Tierra se comprometía a innumerables conductas que promulgaba como ley respecto de la nobleza, el clero, los burgueses en alguna medida, pero ¿qué garantía había?, que él había jurado sobre un montón de reliquias, etc., pero muy convencido no estaba. Entonces crearon un comité de veinticuatro barones –todos con grandes castillos y demás– cuya función era que si no llegaba a cumplir y una vez debidamente advertido, tenían que sublevarse contra el rey y obligarlo a cumplir los compromisos asumidos.

Como vemos, estamos en un campo muy resbaladizo; ustedes tendrán la impresión –y cuanto más hablemos, más– que estamos en un campo donde es difícil reducir algo a sistema. Se trata de un

conjunto de datos, en definitiva empíricos e históricos, en contra del formalismo de las escuelas alemanas sobre todo, y de la formación jurídica habitual. Estamos ante formaciones aluvionales en las cuales, estrato tras estrato, se han ido depositando las experiencias y construcciones del trabajo social, de las relaciones sociales y que han ido armando una suerte de aparente edificio que apenas se sostiene con algunos hilitos.

Otro punto, justamente para abonar lo que estoy diciendo, es la famosa teoría de los imperativos, que es la forma de simplificar el problema, de fundar en algo conductas descriptas como deseables y que son abstractas. Tradicionalmente, en la teoría jurídica desde hace mucho –yo creo que ya estaba muy claro en la Edad Media– se las funda, simplemente, en que hay alguien, uno, el Rey, el Papa, el Concilio, el Parlamento... alguien que tiene la voluntad actual de que todas esas conductas se cumplan. Ese es un dogma fuerte. Siempre se habla de la voluntad del Estado, pero ¿quién conoció alguna vez al Estado? Estado, Iglesia, Parlamento, la Asociación Psicoanalítica... todos son nombres con los cuales se forma una hipóstasis de un conjunto de relaciones humanas; éste es el tema. Entonces ahí no hay nadie, no hay ningún Leviatán capaz de tener voluntad. Fíjense que es mágica la idea de que detrás del conjunto de todos estos escritos que llamamos leyes, y otros que se llaman costumbres y jurisprudencia, hay una voluntad única, permanente y perpetua que nos está indicando qué hacer. Es un mito terrible, una operación mágica que yo siempre que he tenido ocasión de abordar estos temas en la enseñanza universitaria trato de que los alumnos no lo crean, porque es muy pernicioso realmente. No se puede vivir con esa mentalidad mítica, después trae problemas serios en la aplicación diaria del trabajo jurídico. Binding –que fue un gran jurista alemán, gran penalista internacionalista que no había cosa que no supiera–, escribió cuatro tomos que se llaman *De las normas y su desacato o contravención*. La base de su teoría es ésta: la norma es imperativa porque está sostenida por una voluntad. ¿Dónde está tal voluntad?, Binding nunca lo pudo establecer. Kelsen consideró que había que suponer una voluntad. Pero lo que hay en todo esto es la idea de relacionar el Derecho con un acto omnipotente y omnipresente de voluntad –es cierto que es el producto, sobre todo, de la Teología Medieval. Lo que el examen más fenomenológico del asunto hace ver es que si yo, efectivamente, llego a una etapa coactiva en la cual la conducta esperada la obtengo a la fuerza, ¿la fuerza en cuestión se

traduce en qué primariamente?, en una orden, pero una orden concreta, no la abstracción que está sobrevolando los Códigos sino el decir: “señor Fulano, según la ley tal usted tiene que pagar cien pesos, más los intereses, más las costas, etc., si no, le mando al oficial de justicia y le embargo por tal monto”. Y el embargo es una operación bien material, aunque se ha ido espiritualizando un poco; originalmente era poner las manos sobre los bienes del deudor.

Entonces ahí está el tema, en definitiva se trata de la orden-amenaza. Es lo mismo que decir: “Juancito, cerrará la ventana y si no, te quedás sin poste”; se encuentra exactamente en ese plano. El Derecho en la práctica judicial se mueve siempre a través de muchos razonamientos pero culmina en una orden: “hacé esto, dejá de hacer lo otro”; y en una obediencia o en una desobediencia totalmente concretas y reales. Entonces, no es que el Derecho tenga por fundamento una voluntad mítica—que no la puede tener—pero sí tiene como consecuencia una gran cantidad de órdenes y prohibiciones que se acatan o se desacatan, se obedecen o se desobedecen. Las que sí son categorías fundamentales del Derecho son la orden, o sea el mandato o la prohibición, y la obediencia o la desobediencia. Ahora bien, en relación al sujeto a mí me parece—aquí nos encontramos con el tema del sujeto— que la orden constituye al que la da, que en definitiva amenaza, en un sujeto dominante, y constituye al sujeto pasivo—o sea al que recibe la orden— en un sujeto objetivado que ya es un instrumento para algo. La relación entre ambos, entonces, no puede ser de una verdadera o auténtica intersubjetividad a mi juicio. ¿Cuándo hay relaciones realmente intersubjetivas, relaciones en las cuales el sujeto A se constituye en relación con un sujeto como él, tan sujeto como él? Eso ocurre en el ofrecimiento, en el pedido; ahí sí, uno pide—pide algo generalmente fundado en algún tipo de relación previa—, una ayuda, un diálogo... o alguien ofrece y es aceptado. En ese tipo de relaciones hay dos verdaderos sujetos. Pero cuando el sujeto A—sujeto activo, titular del derecho subjetivo— da la orden: “dáme tal cosa”, el sujeto pasivo es simplemente un medio, es un medio objetivado.

Este es un punto que yo creo que merece una reflexión mucho más profundizada que no tenemos tiempo de hacer aquí, pero sí voy a dar algunas referencias. Este tipo de subjetividad es la que aporta—al menos en una parte importante de su historia— el Derecho Romano. En el Derecho Romano tenemos que detenernos porque fíjense que toda la tradición jurídica europea es, en sustancia, Derecho Romano;

evolucionado, diversificado, como se quiera considerar. Este Derecho se extendió a toda América, a Asia y a África. En muchos casos fue voluntario; por ejemplo, los japoneses se desesperaron para conseguir traducir los códigos alemanes al japonés lo cual fue una hazaña, una hazaña porque tuvieron que hacer inventos de palabras. Me decía una vez un colega japonés que, en realidad, en japonés no existía ninguna palabra para decir ley. Tomaron una palabra, que indicaba algo así como la sucesión de las estaciones, para darle otro sentido. Existía una para la orden y para el cumplimiento, nada más. Eso sí se puede traducir fácilmente al japonés clásico —me decía— pero lo que ustedes llaman ley, de ninguna forma.

Toda esta tradición romana, que tiene sus influencias griegas por cierto, tiene una particularidad que ha influido siempre en todos los demás: en Roma es donde nace y se organiza la idea de las obligaciones y del dominio, dominio o propiedad, pero la palabra latina es *dominium*. ¿Y en qué consiste esto?, en que el sistema patriarcal romano era extremado en su faz jurídico formal, aunque después se atenuara en la vida práctica. Pero cada jefe de familia romano —*paterfamilias*— era el único sujeto del grupo; el grupo familiar podía ser muy grande pero tanto la mujer, como los hijos, como las mujeres de los hijos, como los esclavos, todos en el mismo nivel eran su propiedad: los podía matar y vender libremente; era lo mismo ser hijo que ser esclavo, era exactamente la misma condición. Bonfante —que fue un gran romanista e historiador del Derecho Romano— hace ver cómo la noción del dominio sobre las personas abarcaba también el territorio donde se encontraban esas personas, que era el territorio de la familia, donde ellos trabajaban, sacaban su sustento, era su terruño; pero se lo concebía siempre como un lugar donde estaba la gente sujeta al manejo absoluto del *paterfamilias*.

Esta concepción es la propia del Derecho Romano antiguo pero subsistió en la época de la República. Sólo cuando la República empezó a recibir mucha influencia helénica y oriental —pero esto es cerca del fin de la República, cerca de Julio César— comenzaron a atenuarse algunos derechos mínimos: la Ley de las Doce Tablas dice que si un *paterfamilias* vende tres veces a su hijo, entonces a la tercera queda libre. Una cosa increíble; supuso una gran revolución en Roma lograr semejante concesión contraria a la tradición de los antepasados.

Seguramente, en la práctica el sistema funcionaba menos, pero los padres podían matar libremente a sus hijos... Era tan terrible que,

cuando moría el padre, el hijo mayor era su sucesor y la madre pasaba a ser propiedad del hijo. Era un sistema realmente patriarcal, llevado a extremos que por ejemplo Oriente no había conocido ni los griegos tampoco, pese a todas sus restricciones en este campo.

Y piensen ustedes lo que ha influido esa concepción del sujeto jurídico único y omnipotente que con su entorno no tiene más relación que considerarlo objeto. Objeto es la mesa, objeto es la vaca, objeto es la tierra, objeto es la mujer, los hijos, los esclavos, etc. Esa es una concepción que está ahí inficionando el Derecho Romano. Después sufrió una transformación positiva porque los juristas estoicos, sobre todo de la época del Imperio, que en general eran provinciales y muchos de origen oriental, trataron de atenuar todas las consecuencias. Iban buscando salidas que sin negar, ese antiguo Derecho no se podía negar nunca—los romanos funcionaban así—, era la tradición de los antepasados y la legitimación misma del Imperio que iba ligada a la tradición de la antigua República... Entonces, no se podía negar y por eso buscaban vueltas; por ejemplo, que el padre simule vender tres veces al hijo y quede libre, o la mujer, que no puede ser propietaria de los bienes de su familia pero el pretor la pone en una posición que es inatacable, para que nadie se los saque. Piensen que, además, la mujer que se casaba no era más pariente de sus parientes, pasaba a tener por única familia a la del marido; entonces, si tenía algo para heredar de su familia sanguínea no podía hacerlo.

Buscaban toda clase de subterfugios, el Código Justiniano está lleno de complicaciones por este tipo de constante búsqueda de atajos con los que les fue bastante bien. Pero de todos modos hay una carga muy negativa.

Por otro lado, para explicar ahora el desarrollo de la idea del sujeto en el Derecho Medieval hay que tener en cuenta otro elemento: la cuestión de que la orden que se recibe —orden, amenaza—, que en definitiva implica la objetivación del otro, ha sido evidentemente un problema para los escritores bíblicos. En La Biblia hay una tensión que dos autores modernos perciben muy bien. Uno de ellos es de algún modo el discípulo del otro: Levinas y anterior a él y muy admirado por Levinas, Franz Rosenzweig, quien fue el compañero intelectual de Buber. Levinas considera que no hay que dejarse engañar por el hecho de que en la Biblia siempre aparecen mandatos éticos y jurídicos en forma de amenaza jurídica, en la forma más cruda además; él dice que esto hay que verlo en profundidad, el

método de Levinas siempre es ir al sentido profundo y no al vocabulario aceptado de la época. Entonces, para Levinas lo que ocurre es que la presencia del otro, de la alteridad, del exterior, del sujeto exterior, constituye una demanda absoluta —es un imperativo total— que no me deja ninguna opción, es la total heteronomía. Justamente eso es lo que quiere traducir —en términos vulgares, digamos— del lenguaje bíblico, el “harás esto, harás lo otro”, etc.

Y Rosenzweig creo que le da una interpretación más sutil; es lo mismo, pero toma en cuenta algún elemento más ya que en la Biblia misma, al tiempo que los preceptos son órdenes —y además, terribles muchas veces—, órdenes dadas con el máximo de energía, se encuentra también la idea de un pacto, de un compromiso: “éstas son las palabras del pacto que he contraído hoy contigo y con tus hijos”, etc. Lo que dice Rosenzweig haciendo un juego de palabras en alemán es: yo leo en la Biblia *gesetz*, y *gesetz* quiere decir ley en alemán, pero si uno ve la etimología, *setzen* es asentar algo, y entonces *gesetz* es lo asentado. Tiene que ver con *sitzen*, con estar sentado. En cambio él dice: si yo advierto que ese *gesetz* es lo que interiormente acepto, deja de ser *gesetz* y es *gebot*, que es otro jueguito porque *gebieten* es en realidad mandar pero *bieten* es ofrecer; entonces de ahí viene que la posición interior del sujeto A respecto del sujeto B en definitiva es determinada porque algún imperativo externo es asumido por ese sujeto inicial. La idea básica es que cuando lo que aparece como orden en realidad es sentido como oferta, como ofrecimiento, estamos realmente en un plano intersubjetivo auténtico. Esta es una idea que algunos teólogos repiten pero que ha quedado un poco relegada. Es muy rico ese pensamiento; Rosenzweig no es sistemático —no es su forma de encarar la Filosofía, que es existencial— pero tiene muchas de estas aproximaciones ricas.

Todo esto es para aproximarnos un poco a nuestra época. Ahora tenemos que hacer un viaje más al pasado. La Edad Media es una época muy, muy importante para el Derecho; ¿en qué sentido?, en el de la fabricación en el campo que nos interesa —sobre la base de la idea romana de ese sujeto propietario omnipotente del que hablamos antes— de la idea del sujeto individual que después van a asumir la Filosofía moderna y el Derecho moderno. ¿De qué forma la fabrican?: el problema de ellos era, en definitiva, establecer la obligatoriedad de las normas canónicas, las del Código Justiniano, las normas que se aplicaban. No fueron los juristas los que hicieron aportes sino los teólogos. Los teólogos discutían una cuestión que podía ser

legítima en su ámbito y que se encuentra ya en la Filosofía o en la Teología árabe y pasó luego a la europea: ¿por qué son obligatorias las normas del Derecho natural?: porque son según la razón o por la voluntad de Dios. El tema tiene problemas porque ¿cómo es que a Abraham se le exigió que sacrificara a su hijo Isaac? Eso les trae un quebradero de cabeza enorme, como tiene que traer. Entonces, la escuela tomista sostenía que era la razón lo que justificaba y hacía obligatoria las normas, y la escuela franciscana que consideraba que no, que era la voluntad divina. Pero claro, esto los franciscanos lo trataban con mucha sutileza. Ellos decían: la voluntad divina es, en definitiva, inescrutable salvo cuando se revela, y es absolutamente omnipotente, puede hacer un círculo cuadrado, puede hacer que un asno sea a la vez un elefante, lo que se quiera, porque no tiene limitación ninguna. Pero tenemos muy pocas revelaciones de cuál es esa voluntad, entonces esa potestad divina que no tiene limitación ninguna se deja conocer como orden de la razón. Y ese orden de la razón es lo que debe regirnos normalmente; claro, salvo que uno tenga una revelación especial como tuvo Abraham, etc.

¿Y qué hicieron los juristas?, hicieron una gran pillería, sobre todo los canonistas. Querían que el Papa tuviera un poder superior a los Concilios y pudiera dictar una ley absoluta en la Iglesia. Entonces se les ocurrió decir que el Papa tenía potestad absoluta.

Aquello que puede tener sentido como disputa teológica, trasladado al Derecho es un disparate, pero de ese disparate se ha vivido hasta el día de hoy. Entonces hay un sujeto —el Papa— que tiene potestad absoluta; él mismo establece una serie de reglas que forman su potestad *ordinata*, de la cual puede salirse cuando le parezca bien. A la Iglesia le llevó muchos siglos de batallas establecer hasta dónde llegaba el Papa y hasta dónde no. Los juristas seculares —en la lucha que contra el Papa hicieron los reyes— le trasladaron la misma idea a los reyes a los cuales, además, les venía bien en su lucha contra los señores feudales. Resulta, entonces, que el rey también pasó a tener una potestad absoluta y otra *ordinata*, y de ahí tenemos la noción de un sujeto absolutamente absoluto que es el supremo sujeto del Derecho, es el que lo produce, lo aplica, se lo puede aplicar a sí mismo, etc. Y al mismo tiempo, claro, se producía una resistencia enorme contra esta concepción. La idea de la potestad absoluta era combatida sobre la base de tomar de La Biblia la idea de pacto, pero lo tomaban en un sentido simple: así como Dios se obligó con el pueblo de Israel y nunca quiso salir de su obligación, así también el

rey cuando firma un pacto con su pueblo está comprometido porque Dios mismo está por la promesa obligado. Esa es una máxima del Derecho Medieval y en base a ella se forma esa vasta red de pactos de la cual surgen la noción de derechos subjetivos, y las declaraciones de derechos. Todo esto fundado en que a la idea de la potestad absoluta se opone la idea del pacto que limita al que tiene la potestad absoluta y la autolimitación es obligatoria, ¿por qué?, no sabemos. Porque fíjense que no hay una justificación lógica de que si la potestad es absoluta tenga además que estar obligada por su autolimitación, no hay razón. Pero de todos modos se tomó como un dogma que quedó para siempre en el Derecho.

De esta forma tenemos ya constituido un sujeto: por un lado, la tradición romana del sujeto sólo propietario, que no tiene más que relaciones instrumentales, materiales, de propiedad con todo su entorno por vasto que sea. A este sujeto se le agrega una suerte de característica divina y la potestad es absoluta; pero, claro, se trata de un sujeto: el rey. Hay algunas complicaciones más que yo dejo de lado. Estas ideas estaban en vigencia cuando por efecto de la Filosofía cartesiana primero, y la de Leibniz después, en el Derecho se redondea la noción de sujeto con Pufendorf, quien trata de limitarla. La noción estaba armada sobre las bases que desarrollé: la romana, la medieval, y lo que emana sobre todo de la Filosofía de Leibniz; acuérdense que Leibniz con la idea de las mónadas está diciendo que cada uno de nosotros es un universo-isla con relaciones, en realidad, sólo milagrosas con el mundo externo. Todo esto culmina en una conclusión: muy bien, todos los hombres, todas las mónadas son iguales y son otros tantos soberanos absolutos dotados todos ellos de la potestad absoluta.

Cómo hacemos con esto para formar una sociedad, ya que todos son absolutos y pueden dedicarse a lo que les parezca bien sin que nadie tenga derecho a poner ningún límite. Entonces, claro, viene Hobbes y dice: pero así nos vamos a matar todos, es mejor que hagamos un pacto —otra vez la idea de pacto— y renunciemos a algunos trozos de nuestra potestad absoluta; y sobre esta idea, que ya había sido esbozada por algunos teóricos alemanes como Alsíusus, se arma todo el sistema del Derecho moderno. Cada sujeto individual, dotado de su poder pleno e infinito, acepta entrar en sociedad para que la sociedad le imponga a él algunas limitaciones. El es propietario absoluto —como lo es en el Derecho Romano— pero se le imponen ciertas limitaciones: a los hijos no los puede matar, los hijos

a cierta altura de la vida van a adquirir personalidad jurídica, la mujer también, limitaciones por aquí y por allá. Las limitaciones son aceptadas sobre la base de una ficción: yo tengo representantes que van a establecer esas limitaciones, de modo que, en definitiva, van a ser las que yo mismo me impongo, igual que el soberano absoluto.

Todos los sistemas constitucionales están fundados sobre eso, todos nosotros somos soberanos absolutos que resignamos a través de nuestros representantes algunos fragmentos de nuestra potestad absoluta —que la llaman libertad— siempre que no destruyan nuestra posición aislada. El aislamiento del sujeto es la base de todo el Derecho de la Ilustración; el sujeto aislado y no comunicado ni comunicable cuya relación principal con lo exterior es siempre la propiedad, lo que se ve muy claro en Locke. En realidad, el único derecho que Locke conoce es el de propiedad, son todas variaciones sobre el derecho de propiedad. Y sobre esto se fundan las declaraciones de derecho originarias, la de Virginia e incluso la declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Aunque se universaliza, el sentido de todas las declaraciones es decir: todos tienen derecho absoluto y el Estado puede limitarlo siempre que haya una declinación de parte de cada sujeto absoluto. Pero no entendamos que se declina hasta esta raya y después de esta raya estamos seguros que nadie quiso consentir ninguna limitación. Esa es la dificultad que se presenta para entender este asunto de las declaraciones de derechos; por ejemplo: “todo el mundo tiene derecho a la libertad de expresión” quiere decir que mis delegaciones hacia el Estado, hacia la sociedad conocen un límite que es que la libertad de expresión no me la pueden cercenar sino con cierta cantidad de garantías.

Todo esto culmina con que también en las constituciones federales, las provincias, los estados le hacen cesiones al Estado nacional que a su vez están limitadas por algunas barreras pétreas. Todo este sistema del Derecho, que es el actual, está fundado, en última instancia, en la idea del individuo omnipotente y aislado; es una terrible ficción desde donde se la mire, pero es la que realmente le da lógica a las estructuras constitucionales y legales en general. En definitiva, la forma de limitar la omnipotencia de cada individuo es una ley del Estado que se supone que está dictada por mí mismo —porque son mis representantes que lo hacen dentro de ciertas pautas que emanan de la Constitución. Y si no, por el contrato en que yo mismo, igual que el soberano absoluto, me obligo frente a otro a cierta prestación; pero soy yo mismo.

Estas ideas teóricas son las que todavía inspiran el Derecho, pero resulta que el Derecho está lleno de fenómenos incompatibles. Aparte de la ficción que hay en las ideas de la representación, de la voluntad del Estado, etc., todo este sistema funciona con una apariencia lógica mientras se dice que la función del Estado es poner límites a ciertas potestades absolutas porque yo cedo al Estado cierta capacidad de limitarme a través de representantes míos, así que tengo dobles y triples garantías o porque yo me autolimité por el contrato. Pero cuando aparece el Derecho Social y aparece el Derecho de Daños moderno, que en definitiva lo que hace es un reparto de cargas sociales a través de la ley, donde se imponen conductas positivas, ya no se trata de ningún límite. La idea del límite va muy ligada a “yo voy hasta aquí y más no puedo seguir”. En cambio, si me dicen: “usted tiene que hacer tales y tales prestaciones a los trabajadores de su empresa”, o en el Derecho de Daños se dice: “porque usted creó el riesgo tiene que pagar tanto”, ahí ya estamos frente a una cantidad de prestaciones positivas que, no digamos ya en las leyes antidiscriminatorias, en las leyes de protección del medio ambiente... es tal la cantidad de obligaciones que no pueden mirarse como límites porque lo que hacen es exigir conductas muy amplias que no tienen base en el contrato, y que no tienen base en la ley entendida en el sentido tradicional o como una cierta limitación negativa de un derecho infinito a obrar y que además se hace a través de representantes que tienen efectivamente una pauta constitucional limitativa y clara. En este caso, al revés, la Constitución –por ejemplo en el artículo 14 Bis y en los artículos 42 y 43– lo que hace es establecer conductas positivas obligatorias para todos los habitantes del país. Entonces, yo creo que esto ya no se compadece más ni siquiera con las ficciones en que descansaba la tradición jurídica; es decir que el Derecho vive en una situación de tensión muy fuerte entre –justamente– las categorías que yo mencionaba antes: el sujeto absoluto, aislado y omnipotente de esta tradición que he tratado de esbozar en lineamientos mínimos, y la idea del sujeto en relación realmente intersubjetiva, auténtica, que es la que perfectamente puede fundar todas las obligaciones positivas que impongan las leyes u otro tipo de normas de carácter social, pero que es inconciliable con todo el espíritu de la tradición anterior que es de un individualismo posesivo máximo donde el sujeto individual se define, en sustancia, por la propiedad, por la posesión, y porque trata a lo externo como posesión. Justamente, la obra fundamental de Levinas es *Totalidad e infinito. Ensayo*

sobre la exterioridad; ahí tenemos uno de los grandes problemas: que la tendencia de la educación y de lo que nos viene del ambiente es la del sujeto individual, absoluto y aislado. Eso permite los estragos del neoliberalismo, entre otros muchos supuestos. Y cuando el Derecho se orienta a algo mejor, se encuentra como pataleando en el aire porque su noción tradicional del sujeto no le permite hacer los avances que sin embargo, de hecho, va realizando a veces.

El Derecho en su etapa actual es esencialmente contradictorio ya que por una parte se funda en esta idea del sujeto absoluto y por la otra, en la igualdad de todos los hombres; por un lado se funda en la idea de la justicia social; y por otro lado tiene la característica de estar saturado de pensamiento antiguo donde todavía florecen y están presentes las potestades de hecho, los poderes de hecho. Es decir una serie de ideales como justicia social —que está en la Constitución— igualdad efectiva, se contraponen a un sistema de poderes de hecho, típico de las Constituciones burguesas. En la Edad Media el tema de los poderes de hecho no existía porque todo poder de hecho se reflejaba inmediatamente en lo jurídico; por ejemplo en Florencia, que tenía un gobierno formado por un Colegio de consejeros del pueblo elegidos en Asamblea, cuando los gremios se desarrollaron mucho el poder pasó a la Señoría que era una representación de los gremios. El sistema de relaciones reales de poderes efectivos, fácticos, era igual al sistema de Derecho Público en todos los países de Europa, e incluso los Parlamentos tenían esa función de representar a los distintos sectores de poder real, efectivo, social.

En cambio, en la actualidad tenemos una representación política y una serie de funciones que se supone que acumulan todo el poder, y resulta que tienen muy poco poder porque el poder efectivo está en manos disimuladas. Y al mantenimiento de toda esta contradicción contribuye en un grado importante la tradición jurídica del sujeto individual a la que me he referido.

En eso uno se debate permanentemente, lo que ocurre es que la tendencia del jurista corriente es prescindir del problema a través de un aparato de puro razonamiento formalístico.

Y bueno, hasta aquí llego con mis reflexiones. Ahora tendríamos que seguir con un diálogo porque fui bastante abstruso, me parece, y debe haber muchísimos puntos para aclarar.

Muchas gracias.

Participante: La verdad que le agradezco mucho, realmente me

deja pensando en tantas cosas. Es un panorama tan amplio y profundo a la vez, que es difícil saber por dónde empezar. Voy a hacer una acotación breve nada más que para romper el hielo y abrir la discusión. Me pareció interesantísimo el planteo que usted hizo y sobre todo el de las contradicciones; me gustó mucho la imagen de que la justicia se encuentra pataleando en el aire entre tantos mandatos diversos. Y sobre todo me parece que es bastante liberador y abre la mente entender todas estas brechas en que estamos metidos.

Quisiera nada más introducir unas frases que tengo muy presente, que están escritas en la pared exterior del Hospital Rivadavia y son parte de la carta que mandó un cacique americano al Presidente de Estados Unidos; y dice: “¡qué extraña idea la que tienen ustedes de que se puede poseer la tierra!”

Dr. Leopoldo Schiffrin: Los romanos la tenían metida en la cabeza.

Participante: “...qué extraño porque la tierra es nuestra madre, es la que nos alimenta, la que nos posee a nosotros”. Me resultó tan interesante y lo ligo con otro pensamiento que tiene que ver con la Ecología y que habla de las especies en peligro de extinción, de una bióloga con un pensamiento muy amplio que plantea que la tierra no está en peligro de extinción sino que el hombre es la especie que está en mayor peligro de extinción por sus propias acciones.

Dr. Leopoldo Schiffrin: Hay mucho para comentar en lo que usted dice porque por un lado está el hecho de que entre todos los pueblos de la antigüedad, el que llegó a ese concepto exacerbado de la propiedad –y es el que hemos heredado– es precisamente el romano. Finalmente, pueblos agricultores hubo tantos, sin tener ese grado de posesión. Vean ustedes las leyes bíblicas sobre propiedad de la tierra con la ley del reposo septenal y el año sabático y la ley jubilar del nuevo reparto de la tierra, hacen que en realidad el concepto de propiedad no esté arraigado. Hay una carta de Heine cuando estaba ya muy enfermo en París a su prima Betty Heine, donde dice: “Cuanto más pienso, yo creo que así como La Biblia es el Derecho de Dios, el *corpus iuris* es el Derecho del diablo.” Exageraba un poco porque era hiperbólico en su lenguaje, pero hay un fenómeno rarísimo en esto, difícil de poder captar porque tampoco los griegos tenían un concepto tan extremo como el de los

romanos. Tendrá que ver con el sentido de conquista que tenían los romanos, de arrebatarse, de rapiñar... tiene que ver con eso; es decir, un pueblo que se fue engrandeciendo sobre la base de la conquista violenta ha engendrado un sentido de lo que ahora llamamos propiedad absoluta que es un fenómeno, yo diría que casi propio y exclusivo del Derecho Romano, pero que lo heredamos nosotros.

Y la otra observación sobre el peligro ecológico tiene que ver, tal vez, con estas especulaciones acerca de que pareciera que el pensamiento occidental tiene algún vicio inicial porque está fundado en la idea de la razón de los griegos —que está en la base de toda nuestra cultura. Es una razón dominante, que procura el dominio de la naturaleza; pero yo creo que no es sólo el pensamiento griego. Si ustedes leen La Biblia, hay cosas que hacen pensar que es una etapa de la humanidad en que la principal actividad y esfuerzo va dirigida al dominio de una naturaleza externa todavía hostil. Parecería que eso ha quedado como una orientación que ahora nos damos cuenta que puede perdernos, y esa orientación se encuentra también en las bases del Derecho. Explicaría mucho este tema de la obsesión jurídica con la propiedad; pero sobre eso habría que explorar mucho más.

Participante: Dado el creciente avasallamiento de los derechos humanos, situación en la que están afectados los postulados de igualdad entre los hombres, me interesaría que el doctor Schiffrin desarrolle un poco más la dificultad que presenta el tema de las declaraciones de derechos del hombre.

Dr. Leopoldo Schiffrin: Sí, muy bien. Este es un punto para hablarlo largo, pero por lo menos se puede explicar en este sentido: la noción de los Derechos del Hombre y de Derechos Humanos de la actualidad es el producto de una evolución que, justamente, cuando llega a su culminación cambia de contenido y de sentido. Fíjense ustedes: las Cartas Medievales parten del supuesto de un soberano absoluto que se autolimita, todas tienen siempre esa tendencia y ese basamento teórico; de ahí nace la idea de que las limitaciones sean ejercidas por una serie infinita de sujetos individuales omnipotentes —que somos todos nosotros y todos los demás hombres— que entre sí se organizan, se hacen promesas mutuas, que se entiende que son limitantes y obligatorias, para erigir algún sistema de convivencia. Este es el sentido de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, sobre la que se funda la Declaración de los Derechos de

Virginia, que a su vez se funda en las ideas que Pufendorf había esbozado sobre estas cuestiones. Está comprobado el influjo directamente alemán sobre las Declaraciones americanas; la Carta Magna era una base histórica pero era demasiado pobre y mal orientada filosóficamente.

Entonces, el pasaje de ese sistema de seres omnipotentes, que se autolimitan forzosamente en los Estados, a una verdadera universalidad de los Derechos Humanos, ¿a través de qué se realiza? A través de la aceptación, de una manera o de otra, de la idea de sujetos individuales pero no que pactan sino que tienen una serie de atributos de su personalidad que sólo tienen sentido respecto de otros atributos de las personalidades ajenas. Además, a través de contenidos no sólo negativos sino positivos. Si consideramos el Pacto de Derechos Sociales y Económicos, que es igual al Pacto de Derechos Civiles y Políticos en rango, jerarquía, etc., vemos que establece una cantidad inmensa de obligaciones positivas. Esto rompe un esquema fundado en la idea del sujeto absoluto, que es lo típico de las Declaraciones de Derechos del siglo XVIII y del siglo XIX. Con justicia se llaman Derechos Humanos justamente a atributos de la personalidad que por su universalidad y por el hecho de que no constituyen pactos para formar organizaciones sino que preceden a toda organización, forman no simples sistemas de pautas de garantías sino que constituyen eso, la idea de atributos de la personalidad que antes estaba muy limitada en el Derecho, era una institución del Derecho Civil que hablaba del atributo precioso del nombre, la identidad, etc. No, ahora hay una cantidad muy grande de atributos que van creciendo, nace una concepción del sujeto de derecho en el campo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que necesita forzosamente desprenderse de la idea del Derecho fundado en la soberanía absoluta de cada individuo que se autolimita; así no puede funcionar; eso puede servir como efectiva justificación de un sistema estatal pero no de un sistema universal abierto, de una sociedad universal que en sustancia no está organizada.

No sé si me explico porque es bastante embrollada la cuestión, pero quiere decir que una ganancia hubo ya que en el Derecho antiguo la noción de sujeto era muy débil, la tenían los romanos pero de una forma tan limitada a *paterfamilias* que de todos modos el Derecho era mirado más que nada como un sistema de mandatos donde el sujeto era el que obedecía y punto, y había un único sujeto mandante.

Lo que sí se ganó con el penoso proceso medieval y moderno fue

que, por los menos, el Derecho se mira desde la persona y no desde el imperante. Esta perspectiva es la que está subyacente –si bien no bien teorizada a mi juicio– en las Declaraciones Universales que son varias, no sólo la Declaración Universal de los Derechos Humanos –que es importantísima– sino en los grandes pactos internacionales de las Naciones Unidas que constituyen una suerte de Constitución de la sociedad universal, pero una sociedad que en sí es invertebrada. Ya no se le pueden aplicar las ideas de Rousseau, de Locke o de Hobbes a este sistema, porque no es un sistema o es un sistema totalmente abierto en devenir y en crecimiento.

Participante: ¿Y cuáles serían las fallas en la teorización del Derecho Internacional en cuanto a Derechos Humanos?

Dr. Leopoldo Schiffrin: La falla está en que la teoría jurídica no se desprende de la idea de voluntad ficticia que apoya la validez de las normas, que en definitiva es una concepción de la subjetividad. Por otro lado, no se puede desprender de la idea de la autolimitación. Entonces, la tendencia tradicional –que es muy difícil de superar– es que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se constituye sólo por el reconocimiento de los Estados. Los protagonistas formales de la creación del Derecho Internacional, en una teoría más generalizada, son los Estados en cuanto éstos reconocen principios generales o normas ya más particularizadas, etc. Pero resulta que al mismo tiempo se sostiene que hay Derechos Universales que no dependen del reconocimiento de los Estados. Ahí tenemos una situación en la cual constantemente se pasa de una afirmación en la que los Estados son fuente de todo el derecho de los Derechos Humanos, a decir lo contrario: “no, no, aún sin los estados existen igual”.

Y esto se ve muy claramente en el debate sobre la jurisdicción universal de carácter penal y en los debates, en general, sobre temas como la violación máxima de derechos humanos a través de delitos de lesa humanidad. En ese tipo de cuestiones uno ve cómo está oscilante la opinión jurídica. Generalmente, los que sostienen una posición en la que los Estados no juegan un rol decisivo –como algunos jueces de la Corte Interamericana de Costa Rica– hablan algo vagamente de la nueva conciencia jurídica universal. Lo cual está bien, no es para despreciar, pero no se pasa más que de la afirmación; que es más o menos a la que había llegado Alberdi en *El crimen de la guerra*.

Estamos en eso, si ustedes leen los fallos del caso de Barrios Altos, uno de los jueces hizo toda una teorización sobre el tema de la conciencia jurídica universal que es muy importante, pero no se enfrenta con los viejos problemas teóricos. Afirma, pone un hito; eso sirve para hacer nuevos desarrollos. Es necesario hacerlos.

Participante: Se me fue aclarando, a medida que avanzaba su exposición, la idea de una contradicción, o una confrontación, o una convivencia imposible entre lo que aparece como un sujeto absoluto y un sujeto del pacto. Me parece que es muy interesante cómo fue ubicando los momentos históricos de la prevalencia de estos sujetos. Podríamos decir tomando “La Política” de Aristóteles que la sociedad de los amos ya requiere una especie de pacto entre los amos para limitar sus voluntades; que este problema del pacto ya es inherente a la relación de los amos también, o sea que también en la sociedad de los amos hay un problema de cómo es necesario instrumentar un pacto.

Me parece que, de todas maneras, usted trae esto al momento actual, en donde dentro de los sujetos de los pactos vuelve a reinsertarse este sujeto absoluto. Su desarrollo trae el tema de qué conciliación posible puede haber entre estos sujetos. Parece que es difícil, uno lo puede ver en cuestiones muy concretas, muy prácticas, como es lo del Código de Convivencia en la Ciudad de Buenos Aires o discusiones un poco más alegóricas como fue el tema de la cumbia villera. A mí personalmente me lleva a pensar en una concepción relacionada con este sujeto del Psicoanálisis como radicalmente escindido, en el sentido de que no puede tomar partido porque está permanentemente puesto en cuestión; cuando surge como sujeto del pacto es cuestionado por el sujeto absoluto, cuando surge como sujeto absoluto es cuestionado por el sujeto del pacto. Lleva a la idea de un sujeto dividido, pero dividido radicalmente y en su propia constitución y en su propia existencia.

Dr. Leopoldo Schiffrin: Sí, realmente es interesantísimo lo que usted acaba de plantear, porque me hace meditar acerca de que estamos en estos estratos del Derecho enfrentándonos con problemas que realmente están bien distribuidos en la psiquis de todos nosotros. Porque yo creo, me imagino, que la psiquis tiene componentes que vienen de un imaginario colectivo transmitido por capas y capas de educación implícita, en las que efectivamente está esa división por un

lado del sujeto omnipotente y por el otro lado del sujeto que en su omnipotencia se limita y está obligado –¿por qué?, no lo sé– a cumplir y a respetar la limitación.

Esto que es una característica del alma del Derecho debe tener algunas raíces que yo no conozco, lo que puedo decirles es que fenomenológicamente se constata y que eso –tiene razón el doctor– implica una fortísima división interna del sujeto, de las personas, que yo pregunto: ¿es curable? Sin duda que hay otras formas de encarar el tema del sujeto individual, de darle lugar, de reconocer a cada persona como individualidad, que es el progreso que ha habido respecto de la época antigua en donde la idea de individuo era muy débil. Tanto en la tradición helénica o en la bíblica se ve lo débil que era la idea de persona; por ejemplo, cuando Sócrates dice que prefiere matarse antes de salirse de la comunidad ateniense –de la cual podía escapar perfectamente bien. ¿Y por qué? Simplemente porque cómo se puede vivir sin la comunidad. Y en La Biblia se ve el trabajo que da el concepto de responsabilidad individual. Hasta el profeta Ezequiel no aparece –y fíjense que ya estamos hablando de la época del exilio babilónico– la idea de un sujeto individual que es responsable él mismo de sus actos. Antes era un sujeto colectivo, el pueblo.

Quiere decir que ha habido un proceso histórico de la psiquis en el cual se ha ido constituyendo la psiquis individual que es capaz de diferenciarse del grupo; pero por otro lado el proceso de diferenciación ha sido de tal índole, ha tenido tales saltos que ha generado conflictos insolubles. Y, justamente, el campo del Derecho permite observar bastante bien la historia de la generación, por lo menos externa, de la idea de un sujeto individual y de sus conflictos insolubles: absoluto por un lado, limitado por pacto del otro, y si no se sale de esto me parece que no tiene solución; tiene que haber alguna etapa mejor en la cual se reelabore. En realidad existe, hay algo así como una tradición paralela débil pero que acierta mucho más en el sentido de: ¿cómo voy a ser yo sujeto si no tengo la referencia a otro sujeto?; uno es sujeto en relación a otro sujeto. No es así para San Agustín; para él sólo se es en relación con el sujeto divino, pero el sujeto divino está adentro de uno así que el mundo externo es totalmente indiferente. Con lo cual volvemos al principio de la charla. Y si uno en estas cosas no puede encontrar la solución, lo que tiene que hacer es el inventario y ver si puede avanzar a partir de él.

Participante: Entre los mandatos contradictorios sobre los que se mueve el Derecho, usted mencionó la justicia social y mencionó también una suerte de poderes fácticos disimulados. ¿Qué quiso decir con poderes fácticos disimulados?

Dr. Leopoldo Schiffrin: Para empezar por alguna base clara les daba el ejemplo de la Edad Media. La Edad Media es la época en donde con más claridad se ve que siempre el Derecho Público, la organización del poder, se adaptaba a las relaciones de fuerza económicas, sociales, culturales existentes. Por ejemplo, en Florencia había un obispo, una nobleza, y una cantidad de gente más o menos pobre pero que tenían que defenderse. Entonces los nobles convocaban a la masa de los ciudadanos para que se armaran, fueran a la plaza, y una vez que se armaban para la autodefensa, elegían un Consejo de Gobierno. Pero resulta que Florencia comenzó a desarrollarse –por su posición geográfica y por muchos factores– como un importante centro de producción lanera, textil, y con un sistema financiero muy primitivo para nosotros pero avanzado para su época. ¿Y entonces qué ocurre? Cambia la situación social, la nobleza molesta muchísimo porque es una carga. ¿Para quiénes? Para los burgueses que ahora ya no son unos pobres peones a pie sino que muchos de ellos tienen industrias de cierta importancia o tienen manejo de finanzas. Otros son más modestos pero contribuyen con talleres de regular importancia a todo ese desarrollo económico, social y cultural. Entonces, todas esas fuerzas juntas en poco tiempo eliminan a la nobleza del poder y lo único que hacen es establecer un Comité de Representantes que además se cambiaba todos los meses; es lo que se llama la Señoría, está el Palacio de la Señoría para recordárnoslo. Quiere decir que el sistema medieval se adaptaba automáticamente: el Parlamento inglés, formado por los lores –que eran los grandes propietarios nobles– los obispos y abades –que representaban a la Iglesia que también era propietaria– y los representantes de los burgos, los comunes. Todo el sistema medieval funcionaba así. Era sincero, siempre se sabía que el que mandaba también era el que cumplía roles socio-económico-culturales decisivos. Para tener nosotros una Constitución Medieval necesitaríamos echar a toda la clase política –bueno, de eso mucha gente tiene ganas– y establecer un Parlamento formado por representantes de los periodistas, de las universidades, de las empresas, etc. Pero resulta que estos sistemas económico-sociales siempre crean desigualdades muy fuertes y se

fundan en relaciones muy fuertes de sujeción, de mandato y obediencia concretos; es decir son bastante inhumanos, o mucho.

Entonces, el mérito de las revoluciones burguesas a mi juicio —yo creo que lo vio Marx en alguna obra juvenil y después dejó el tema— es que han creado una situación contradictoria: las instituciones políticas son la negación teórica de los sistemas reales de poder. Que el obrero es igual al patrón y está ligado a él en una situación igualitaria es mentira, porque si no, no tiene ninguna explicación el poder disciplinario que se reconoce al empleador sobre sus empleados. Eso de tener un poder disciplinario indica una relación jerárquica que no se puede adquirir contractualmente. Es decir que es un poder de hecho, que el Derecho a regañadientes reconoce disfrazándolo como puede. ¿Por qué a regañadientes? Porque somos todos libres e iguales y no podemos obligarnos si no es a través de una ley del Congreso o un contrato, pero un contrato tiene un límite que no puede constituirme en sujeción personal, está prohibido auto establecerse en servidumbre.

Este es el problema, es el problema básico. En Estados Unidos ya no se disimula más, pero en Europa hay todo un inmenso arte jurídico, filosófico, etc., para disimular toda esta cuestión. Entre nosotros no, es mucho más brutal. Basta mirar cómo el gobierno es impotente ante las grandes corporaciones; y en Estados Unidos gobiernan las grandes corporaciones de la forma más directa que se pueda imaginar.

Quiere decir que existe una tensión entre el supuesto sistema político —que tiene mucho de ficticio— de las constituciones heredadas de las revoluciones burguesas y la realidad de los factores de poder —como se acostumbraba a decir cuando yo era joven. Esta tensión permite crear alternativas dentro del campo del Derecho. Derecho alternativo, una idea que tanto corrió en España e Italia hará veinte, treinta años; un ejemplo sería que alguien dijera: “Yo sostengo que el derecho de propiedad me da este tipo de facultades”, pero yo le digo: “No, un momentito, mire que la Constitución dice que se asegura la participación obrera en las ganancias o en la dirección de la empresa”. Entonces, se suscitan este tipo de tensiones que son fructíferas. Es uno de los puntos en los que hay que insistir. Al sistema de representación —que es espantoso en sí— vale la pena aguantarlo y desarrollarlo porque si no, en cuanto el sistema de representación de tradición constitucionalista se cae —se cayó tanto, tantas veces entre nosotros— sobreviene la dictadura de las corporaciones. Acá pasó

varias veces. Ya no digamos del 76 al 83; en los últimos diez años, bastante, aunque menos que en una dictadura ya que se crea la posibilidad de una alternativa de salida o que el sistema no sea tan tremendamente descarado.

Los poderes reales son siempre más fuertes que los poderes ficticios. Ficticios son los poderes políticos de todos los países del mundo, salvo en países como en la China donde la economía es propiedad de un conjunto burocrático, un mandarinato que sigue gobernando la China. Ahí sí coinciden plenamente el poder fáctico y el poder legal. Pero claro, ¿por qué? Porque lo que hay, en definitiva, es un conjunto de grandes directores de la economía que forman una corporación que se renueva. Es el poder legal y el poder que gobierna las relaciones sociales dentro de ciertos límites. El de nosotros es el caso de un Estado sumamente débil cuyas facultades legales no se pueden desplegar porque no tiene una consistencia en la cultura, en la conciencia colectiva, ni tiene la burocracia bien establecida y tradicional, que son los medios que, en Europa sobre todo, permiten que el Estado cuente para algo, a veces no para demasiado, pero cuente. Entre nosotros, el Estado formal de la Constitución está prendido con alambrecitos. Bueno, esa es la situación real; tratemos de mejorarla.

Leopoldo Schiffrin
Calle 22, N° 565
C1900, La Plata
Provincia de Buenos Aires
Argentina