

**Desde Derrida, para el Derecho.
Algunos argumentos para una crítica del Derecho y un ejemplo a propósito de la
huelga.¹**

Francisco A. Ruay Sáez²
(fruaysaez@gmail.com)

Recibido: 25/05/2018
Aceptado: 06/07/2018
DOI: 10.5281/zenodo.1322881

Resumen:

El presente artículo contiene el texto de una exposición homónima presentada en el *Coloquio Derrida Político. Responsabilidad, perdón, Justicia*. En la exposición se pretende transitar, de manera general, por los textos de Derrida “*Prejuzgados. Ante la Ley*”, “*Fuerza de ley. Fundamento místico de la autoridad*” y “*Perdonar lo imperdonable y lo imprescriptible*”, a fin de encontrar referencias a la relación (separación) posible entre justicia, derecho y perdón. En el cierre de la exposición se hace referencia expresa al Derecho, y la lectura del derecho a huelga que deja abierta la propuesta de Derrida.

Palabras clave: Derecho - Justicia - Deconstrucción - Huelga

Abstract:

This article contains the text of a homonymous investigation presented at *Coloquio Derrida Político. Responsabilidad, perdón, Justicia*. The exhibition intends to review, in a general way, the Derrida “*Prejuzgados. Ante la Ley*”, “*Fuerza de ley. Fundamento místico de la autoridad*” y “*Perdonar lo imperdonable y lo imprescriptible*, in order to find references to the possible relationship (separation) between justice, law and forgiveness. At the closing of the exhibition, an express reference is made to the Law, and the reading of the right to strike that leaves Derrida's proposal open.

Keywords: Law - Justice - Deconstruction - Strike

¹ Ponencia presentada el día 29 de noviembre de 2017 en: “*Coloquio Derrida Político. Responsabilidad, perdón, Justicia*” Instituto de Filosofía de la Pontificia Universidad Católica de Chile, en colaboración con el Instituto de Humanidades de la Universidad Diego Portales”

² Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de Chile. Magister © en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Chile. Magíster © en Derecho Procesal, Universidad Nacional de Rosario, Argentina. Ayudante del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

1. INTRODUCCIÓN

A partir de la lectura de los textos “*Prejuzgados. Ante la Ley*”, “*Fuerza de ley. Fundamento místico de la autoridad*” y “*Perdonar lo imperdonable y lo imprescriptible*”, los tres publicados y también pronunciados públicamente en ese orden cronológico, creo que es posible elaborar un relato que trencé o permita conjugar los conceptos de: **justicia, ley, responsabilidad, perdón y derecho**. Encontramos en dichos textos referencias al estatuto de la ley, la ley de la literatura (literatura que también es literatura del derecho); la entidad de la ley, que servirá para prever como nos disponemos ante el derecho mismo; el derecho y su separación/vinculación con la justicia, a la vez que su vinculación con la violencia (fundadora y conservadora del Derecho, en palabra de Benjamín, deudora de Sorel), y en tercer lugar, el esclarecimiento del lugar del perdón; su discriminación respecto de la justicia y el Derecho, en su carácter de donación incalculable.

Lo justo, en el sentido de lo correcto, sería extenderme en la exposición de cada uno de los textos enunciados previamente, visitando esporádicamente además otros espacios, no menores, en los cuales pudiésemos encontrar reflexiones sobre el Derecho en Derrida, como en “*Violencia y metafísica*” o la tan comentada obra “*Espectros de Marx*”. Aquella posible intención inicial, quedará pendiente y comprometida para otro espacio y tiempo de realización. La finitud de esta exposición me obliga a referir específicamente, y de manera un tanto indirecta, ciertos pasajes de la obra de Derrida, y sobre todo, a comunicarles lo que personalmente creo resultan las fórmulas de mayor relevancia en una reflexión posible en torno al Derecho desde el pensamiento jurídico de Derrida en los textos referidos.

¿Qué posibilidad abre el pensamiento de Derrida a la reflexión jurídica? La siguiente exposición tiene como intención la apertura de la deuda con Derrida en lo que a la reflexión jurídica refiere.

2. PRIMER CAPITULO: SOBRE “*PREJUZGADOS. ANTE LA LEY*”.

En *Prejuzgados. Ante la ley* Derrida transita desde el análisis de la posibilidad del juicio hacia una lectura posible de *Ante la Ley*, cuento escrito brillantemente por Kafka.

En las primeras líneas de la exposición ya advertimos el camino que nos invita a recorrer Derrida en su reflexión sobre el derecho y la justicia. Señala:

“(…) en la medida en que no es posible comenzar con la cuestión “qué es juzgar” sin estar ya en prejuicio, en la medida en que hay que comenzar sin saber, sin garantías, sin prejuizar, con la cuestión “¿cómo juzgar?”, la ausencia de criterio es la ley, si así puede decirse”. Si los criterios simplemente estuvieren disponibles, si la ley estuviese presente, ahí, ante nosotros, no haría juicio.”³

³ Derrida, Jacques. *Prejuzgados. Ante la ley*. Editorial Avaragani, Madrid, España, 2012

Acto seguido señala: “en esta situación, donde lo que pasa es que el juicio debe pasar sin criterios y la ley pasarse sin ley, en ese fuera-de-la-ley, tanto más tenemos que responder ante la ley.”⁴

Entonces: un juicio más allá de la subsunción, más allá de la criteriología y la aplicación mecánica de la ley a los hechos, o de la ley de las leyes a la ley de lo jurídico. Derrida nos invita a pensar antes que los “derechos en serio”⁵ al juicio mismo *en serio*, y en ese pensar el juicio, en el sentido de actividad de juzgar y juzgamiento, y en particular, del juicio jurídico, resulta necesario alejarse de la mera adecuación de los hechos a la norma jurídica (habría que señalar con precisión, la adecuación *en subsunción* de los enunciados fácticos o empíricos a la norma).

Prosigue Derrida dialogando con Kafka con ocasión del cuento “*Ante la ley*”. El cuento relata la vivencia de un campesino que intenta entrar a la ley, y que encuentra un guardián en su entrada. Al campesino le pasa la vida entera en la espera, y no logra nunca entrar a ella. Le ha resultado imposible el acceso.

Para no extenderme demasiado sobre este texto, que en sí mismo podría agotar y dejar pendiente esta presentación, creo que las reflexiones centrales de la exposición de Derrida en dicha conferencia, vinculadas con el Derecho son las siguientes:

1. La posibilidad del juicio, la necesaria locura que le atraviesa en la ausencia de criterio.
2. La ausencia de origen como ley de la ley. El ocultamiento de su apareamiento o momento fundante.
3. La posición del campesino y del guardián ante la ley, como metáforas de la singular experiencia de la ley, de la comparecencia ante la ley (“Los dos personajes del relato, el guardián y el campesino, están ciertamente ante la ley, pero, como se dan cara para hablarse, su posición ante la ley es una oposición”⁶).
4. El carácter abierto pero ilegible de la ley, que permite afirmar que en Kafka la ilegibilidad no se opone del todo a la legibilidad de la ley. De lo que se trata entonces es de su desciframiento.
5. Aún en la comparecencia ante la ley, la ley misma nunca está presente. “El que da la cara ya no ve sino al que da la espalda. Ninguno de los dos está en presencia de la ley. Los dos únicos personajes del relato están cegadas; y separados, separados uno de otro y separados de la ley”⁷. “La interdicción presente de la ley no es pues una

⁴(Derrida, 2012)

⁵Dworkin, R. *Los derechos en serio*. Barcelona, Ariel, 2009

⁶(Derrida, 2012) p.48

⁷(Derrida, 2012) p. 50

interdicción, en el sentido de la constricción imperativa: es una diferencia” (*differànce*).

6. El guardián se encarga de diferir el acceso a la ley, no impedirlo por la fuerza. Si su violencia consiste en algo aquello es el diferimiento, no en la anulación, bloqueo o exterminio. Cumple el rol de mensajero e interruptor de acceso a la ley. Impide tener relación con la ley.

En resumen, es necesario llegar al juicio más allá del juicio que hace justicia, como aplicación lógica o coherente de una regla, de un criterio. Hay que develar el carácter inaccesible de la ley, su origen, y la ley de la ley. Su aperturidad en su no llegada a tiempo, en su diferir constituyente. Para definir una idea de responsabilidad radical, una responsabilidad sin *adaequatio*, sin adecuación a la regla, o mera adecuación al enunciado normativo. Una decisión absoluta, que permite y hace imposible, pero necesaria, la presencia de la justicia como trizadura del derecho positivizado.

Suele afirmarse en el derecho que la ley se aplica para hacer justicia, sin embargo, y creo que aquí radica el giro esencial que se abre desde Derrida, ¿es posible acceder a la ley?. Aún para los guardianes, para los abogados, jueces, ministros, subsecretarios, ¿es accesible la ley? La convivencia de la legibilidad e ilegibilidad de la ley creo que nos permiten afrontar con claridad esta cuestión. La labor interpretativa de quién aplica la ley debe asumir su ceguera. Tanto él como el ciudadano que comparece ante la ley se encuentran cegados ante la misma. Están presentes ante ella, y no, porque ésta precisamente constituye su presencia en su diferir de sí misma ante el guardián, y sobretodo, ante el campesino que busca su acceso.

3. SEGUNDO CAPITULO: “FUERZA DE LEY. EL FUNDAMENTO MISTICO DE LA AUTORIDAD”.

3.1. DEL DERECHO A LA JUSTICIA.

Derecho y justicia. Su diferencia, su posible vínculo, y la relación con la deconstrucción son algunos de los espacios por los que transita Derrida en esta exposición. Una vez más la apertura de la exposición invita a la reflexión sobre la posibilidad del juicio, y las condiciones de posibilidad del mismo. “Fuerza de ley”: el derecho es siempre una fuerza autorizada, señala Derrida, recordando a Kant. La *enforceability* del Derecho resulta constitutiva del derecho mismo, y diferenciador de cualquier otro sistema normativo.

A la justicia siempre habrá de llegarse de manera oblicua. La deconstrucción jamás habrá podido abordarla de manera directa⁸, señala Derrida. En su opuesto, podríamos señalar, la dogmática jurídica, la teoría del Derecho e incluso la filosofía del Derecho hasta este momento han pensado simplemente la normatividad de un sistema artificialmente estático, o a lo sumo, una configuración textual dentro de un marco de significaciones

⁸ DERRIDA, Jacques. *Fuerza de Ley. El fundamento místico de la autoridad*. Madrid: Tecnos, 2002 P.25

predeterminadas, pero en ningún caso han abordado el estudio de la justicia, ni menos la deconstrucción podría hacerlo.

Derrida plantea aquí una idea que resultará fundamental y que continuará desplegándose en el texto sobre Benjamin: “La operación que consiste en fundar, inaugurar, justificar el derecho, hacer la ley, consistiría en un golpe de fuerza, en una violencia realizativa y por tanto interpretativa que no es justa o injusta en sí misma, y que ninguna justicia ni ningún derecho previo y anteriormente fundador, ninguna fundación preexistente, podría garantizar, contradecir o invalidar por definición”⁹. “Hay un silencio encerrado en la estructura violenta del acto fundador”, he ahí el fundamento místico de la autoridad.

Derrida se vale de la diferencia entre Derecho y justicia para desarrollar su exposición. Diferencia, que en el transcurso de la misma, devela no ser absoluta, o totalmente diferenciadora, pero que permite aseverar que el derecho es esencialmente deconstruible, mientras que la justicia no admite deconstrucción, pues ella misma es quién permite o da lugar a la deconstrucción.

El acercamiento oblicuo a la justicia requiere de la experiencia de la aporía, pues precisamente la “justicia es una experiencia de lo imposible”¹⁰. Derrida afirma: “cada vez que suceden, o suceden como deben, cada vez que aplicamos tranquilamente una buena regla a un caso particular, a un ejemplo correctamente subsumido, según un juicio determinante, el derecho obtiene quizás –y en ocasiones- su ganancia, pero podemos estar seguros de que la justicia no obtiene la suya” El derecho no es la justicia. El derecho es el elemento del cálculo y es justo que haya derecho; la justicia es incalculable, exige que se calcule con lo incalculable (...)”¹¹.

Tres ejemplos de experiencia de la aporía constituyen el último tercio de su exposición: *La epokhé de la regla, la obsesión de lo indecidible y la urgencia que obstruye al horizonte del saber*.

La decisión en libertad radical. La decisión justa sería aquella que no requiere de una regla precedente, para determinar su justeza como adecuación, pues precisamente aquello, por definición, no es justicia. El juicio acontece *out of joint*, en un momento de locura.

Señala Derrida: “El juez por ejemplo no debe sólo seguir una regla de derecho o una ley general, sino que debe asumirla, aprobarla, confirmar su valor, por un acto de interpretación reinstaurador, como si la ley no existiera con anterioridad, como si el juez la inventara él mismo en cada caso.”¹²

La singularidad del juicio, como hemos señalado precedentemente, ya había sido referida por Derrida en *Prejuzgados. Ante la ley*. El juicio jurídico, incluso en la aplicación

⁹(Derrida, 2002) p. 33

¹⁰(Derrida, 2002) p.39

¹¹(Derrida, 2002) p. 39

¹²(Derrida, 2002) p. 52

del derecho, debe referir a una regla para ser justa, pero dicha regla no es disponible, se requiere que la decisión (jurídica en este caso) sea conservadora y fundadora de la ley.

“De esta paradoja se sigue que en ningún momento se puede decir *presentemente* que una decisión es justa, puramente justa (es decir, libre y responsable), ni de alguien que es justo ni menos aún que <<yo soy justo>>. En lugar de <<justo>> se puede decir legal o legítimo, en conformidad con un derecho, con reglas y convenciones, que autorizan un cálculo pero cuyo origen fundante no hace más que alejar el problema de la justicia; porque en el fundamento o en la institución de este derecho se habrá planteado el problema mismo de la justicia, y habrá sido puesto, violentamente resuelto, es decir, enterrado, disimulado, rechazado.”¹³

La tercera aporía, la urgencia que obstruye el horizonte del saber. La justicia por muy indeterminable que se estime que sea, siempre ha de llegar, ha de acaecer. En primer lugar, porque la decisión no cuenta con un escenario absoluto e infinito de antecedentes, la decisión es siempre y en todo caso finita. Pero aun contando con lo que podría estimarse como “toda la información” disponible para la resolución de un caso particular, esto es, contar hipotéticamente con todos los antecedentes posibles, la decisión sigue siendo finita. La decisión debe desgarrar el tiempo. La justicia ha de aparecer como acto realizativo, no meramente constatativo. Por esto precisamente la justicia tiene un *por venir*, y no meramente un futuro.

La responsabilidad judicial, en el sentido expuesto, es de la más alta jerarquía, pues premunidos de la espada de la justicia han de desgarrar el tiempo en el nombre del derecho, y resolver el asunto que haya sido puesto a su conocimiento.

3.2. NOMBRE DE PILA DE BENJAMIN

Así titula el texto en que nos invita Derrida a pasear por el ensayo *Para una crítica de la violencia*” de Walter Benjamin.

Georges Sorel, Walter Benjamin y Derrida; cada uno firma un texto que dialoga con el siguiente, y que resultan inabarcables, cada uno de ellos en detalle, en una ponencia como esta. Una reflexión sobre la violencia, y a propósito de ella, sobre la huelga, es lo que encontramos en *Reflexiones sobre la violencia* de Sorel, en Benjamin con posterioridad y en Derrida en el presente texto en comentario¹⁴.

¹³(Derrida, 2002) p.54

¹⁴ Tal vez, para hacer justicia, debo remitirme en este punto, de manera necesaria, a las obras recientes publicadas en nuestro país sobre el pensamiento de Benjamin y Sorel, en Carlos Pérez López en “La huelga general como problema filosófico. Walter Benjamin y Georges Sorel” (Pérez, 2016), y “Letal e incruenta. Walter Benjamin y la crítica de la violencia”, Obra colectiva editada por Pablo Oyarzún, Carlos Pérez López y Federico Rodríguez (Oyarzún, Pérez y Rodríguez, 2017). Aquello sin olvidar las obras de Federico Galende “Walter Benjamin y la destrucción” (Galende, 2011), y “Tecnologías de la crítica Entre Walter Benjamin y Gilles Deleuze” de Willy Thayer (Thayer, 2010), quién previamente ya había publicado en relación a este análisis en “Medidas preventivas. En el centenario de la huelga general de Iquique” (AA.VV., 2008). También resulta imposible no hacer mención a los estudios de Valeria Campos en torno a la Violencia y Fenomenología, Husserl, Derrida y Levinas (Campos, 2017). Evidentemente no podría alcanzar el nivel de

La huelga aparece como “ejemplo significativo”¹⁵ de la tautológica relación que la violencia mantiene con el derecho, tanto en su momento conservador como fundante. En efecto, aparece como la única instancia (o al menos la más significativa) en que el Estado ha reconocido a otro sujeto de derecho (los trabajadores, el proletariado) el derecho a la violencia, o el ejercicio de conductas de autotutela. La huelga a la que refiere Benjamin no es una huelga no-violenta, sino que por el contrario, es manifestación misma de uno de los rostros de la violencia. El ejercicio de dicha violencia, en su figura de huelga general (no parcial) tendría a su vez dos posibles versiones: una, como violencia mítica, en el ejercicio de lo que Sorel denomina *Huelga General Política*, que no tiene como finalidad más que la instauración de un nuevo orden jurídico en el ejercicio de la violencia fundante; y por otro lado, una *violencia de orden divino*, que en su puro ejercicio no pretende instaurar un nuevo derecho, sino que por definición viene a barrer con el Estado de Derecho mismo en la búsqueda de su destrucción; la *Huelga General Revolucionaria*.

El momento instaurador de derecho se presenta así como una *epoché*, como una suspensión del derecho para fundar o instaurar un derecho nuevo. La relación de este sujeto “*ante la ley*”, en una referencia que trae de vuelta a Kafka, es más bien ante una ley que aún no está, que sería puro futuro (¿cabría señalar por venir?), sin embargo ininteligible. Su legibilidad vendrá dada sólo de manera retroactiva, como legitimación que estaba predestinada desde el despliegue violento que reitera en su conservación el momento instaurador o fundante.

Lo más importante en esta comprensión benjaminiana del derecho radicaría, en términos de Derrida, en la iterabilidad; la posibilidad de la repetición inscrita en el corazón de lo originario del derecho. La conservación sigue siendo fundadora, y no hay oposición clara entre fundación y conservación del derecho. Existe en este caso lo que Derrida denomina una contaminación “*diferenzial*”¹⁶ en relación con la *differànce* que constituiría la performatividad del derecho en cada acto de conservación/instauración. Pero he aquí otra expresión de suma relevancia por parte de Derrida:

“No hay distinción rigurosa entre una huelga general y una huelga parcial (una vez más, en una sociedad industrial faltarían también los criterios técnicos para esa distinción), ni tampoco la hay entre una huelga general **política** y una huelga general **proletaria**. La desconstrucción es también el pensamiento **de** esa contaminación *diferenzial*, y el pensamiento atrapado en la necesidad de esa contaminación.”¹⁷

La policía se transforma en la figura paradigmática de esta contaminación *diferenzial* entre violencia conservadora y violencia instauradora o fundadora. El policía, en cuanto agente del Estado, crea en el caso particular, y conforme a su singularidad, la norma a aplicar, conservando el orden jurídico vigente. Amparada en la seguridad la policía se legitima en la intervención fáctica. La policía, señala Derrida, se hace legislativa¹⁸ en dicho

desarrollo de las reflexiones contenidas en los textos precitados, en este breve tiempo, y por lo mismo una vuelta sobre Benjamin, y sobre Derrida, evidentemente, es mi deuda.

¹⁵ (Derrida, 2002) p. 88

¹⁶(Derrida, 2002 P.98

¹⁷(Derrida, 2002) P. 98

¹⁸(Derrida, 2002 P. 107

momento: “se arroga el derecho cada vez que el derecho es lo suficientemente indeterminado como para dejarse esa posibilidad”¹⁹.

Los parlamentos viven en el olvido de la violencia sobre la cual se ha erigido su legitimidad (legitimación) de carácter conservador. Esta denegación amnésica (negación psicoanalítica) no es una patología psicológica, sino más bien, como ocurre en el análisis de la estructura psíquica freudiana, es más bien su estatuto de existencia, su propia ley.

4. TERCER CAPÍTULO: “PERDONAR LO IMPERDONABLE Y LO IMPRESCRIPTIBLE”.

Perdonar lo imperdonable y lo imprescriptible, a mi entender, sirve como una tercera pieza expositiva en el desciframiento de la relación entre justicia, derecho, responsabilidad y perdón, en el pensamiento de Derrida.

Siempre se puede perdonar sólo singularmente, y sólo puede perdonar la víctima, jamás a nombre de otros, ni menos en su ausencia. El perdón es un don, que como tal se otorga sin medida ni cálculo. Sin cálculo de proporcionalidad ni resultado de beneficio. Por eso el perdón queda fuera del Derecho, fuera del cálculo, de lo calculable, y permite esclarecer el lugar diferenciado de un estatuto de derecho, un estatuto jurídico y un estatuto del perdón, como dimensiones diversas, pero contaminadas. “Esta soledad singular, incluso cuasi secreta del perdón, haría de éste una experiencia extranjera al reino del derecho, del castigo o de la pena, de la institución pública, del cálculo judicial, etc”²⁰.

En diálogo con Jankélévitch, Derrida afirma que precisamente es allí, donde habita lo imperdonable, lo imposible de perdonar, es precisamente en dicho lugar, que se abre la posibilidad del perdón. Perdonar lo perdonable, porque es calculable, implica la ausencia del perdón, y le limita a un mero cálculo. “El perdón no toma su sentido (si al menos debe guardar un sentido, lo que no está asegurado), no encuentra su posibilidad de perdón más que ahí donde está llamado a hacer lo im-posible y a perdonar lo im-perdonable”²¹

5. EL DERECHO; Y EN PARTICULAR, SOBRE EL DERECHO A HUELGA.

Intentaré sintetizar en las siguientes líneas lo que me parece que son las ideas más relevantes planteadas por Derrida para el derecho actualmente.

En primer lugar, los tres textos revisados, y que contienen cada uno una reflexión jurídica, a su manera, cobran especial relevancia teórica en el ámbito de la filosofía del

¹⁹(Derrida, 2002 P. 107

²⁰ DERRIDA, Jacques. Perdonar lo imperdonable y lo imprescriptible. Editorial Lom, Santiago, Chile, 2017 p.. 30

²¹ (Derrida, 2017). P. 39

derecho y la teoría del derecho. La relación o vinculación posible, o imposible, entre derecho, justicia y violencia es usualmente analizada en las carreras de pregrado sólo de manera introductoria, casi anecdótica, me atrevería a decir. El núcleo de la enseñanza jurídica, particularmente aquella que es más cercana a lo que se denomina positivismo jurídico (“ciencia” que toma a la norma como objeto de estudio, o, más precisamente, a la fórmula de texto que contiene la supuesta norma jurídica) guía rápidamente al olvido del fundamento del derecho, u otros cuestionamientos en torno al carácter violento, fundado o infundado del mismo. Tal como en el caso del legislador, conforme señalaba Derrida, mi impresión es que ése olvido de la violencia originaria del derecho se silencia y oculta estructuralmente para todos los operadores jurídicos.

Este pensamiento radical de relación derecho, justicia y perdón guía además a un nuevo pensamiento sobre la relación Estado/ciudadano; Estado/persona; Estado de derecho/sujeto de derecho. El develamiento del carácter violento del derecho, en su conservación, que funciona además como fuerza instauradora, particularmente en el caso de la policía, llama a un cuestionamiento en torno al ejercicio de la violencia “legítima”. Re evaluar el alcance de la concesión del monopolio de la violencia al Estado y sus agentes, y la determinación, o la posibilidad de la determinación, de los sujetos singulares, que a nombre de ejercer soberanía, o resguardar la integridad y vigencia del Estado de Derecho y la seguridad (jurídica) recurren a la fuerza, instaurando y conservando en el acto concreto el ejercicio de la fuerza.

La validez, la eficacia, y la vigencia de una norma jurídica son términos que la teoría del derecho ha pretendido discriminar de manera más o menos clara. La reflexión de Derrida, en torno a la condición en que nos encontramos “ante la ley” estimo que es significativamente disruptiva, e incluso permite llevar la propia reflexión de Derrida un poco más allá de lo que una primera lectura podría otorgar.

Previo a aclarar el punto previo pretendo exponer brevemente los términos en que se está pensando, y cómo está actuando el Derecho actualmente:

Actualmente existe un debate global sobre el rol y el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado; sobre el ejercicio de lo que se ha denominado “poder judicial”. Su estanco divisorio una vez más ha sido puesto en cuestión. La reflexión, situada, sobre todo en la rama del derecho denominada “Derecho procesal”, se ha bifurcado en dos bandos contendores. Por un lado: los garantistas procesales; por el otro: los publicistas. Los primeros comprenden el Derecho en el contexto de existencia de un estado liberal, y en consecuencia, afirman que la intervención judicial en el proceso ha de ser la mínima posible, limitándose en general al resguardo de las garantías procesales de las partes, y simplemente operando como guía o árbitro del debate entre las partes. El juez carece de facultades indagatorias, inquisitivas o activistas, y se limita a velar por la aplicación de la norma procesal vigente y las garantías procesales fundamentales. Por otra parte, el publicismo, heredero de una perspectiva que ha sido asociada a la noción inquisitiva de proceso, rescata una noción de “verdad” que sería aún salvable en el contexto del proceso judicial. En búsqueda de la verdad y la justicia el juez no debe abstenerse de participar en el juicio, y si bien existiría un límite temporal para emitir el pronunciamiento (recordemos la urgencia que obstruye el horizonte del saber, en la tercera fórmula aporética de Derrida en

el derecho a la justicia) el juez ha de esforzarse en la máxima medida posible en encontrar la verdad que una de las partes del juicio intentaría esconder al momento de llegar a estrados. En la primera lectura, la justicia no es cosa del derecho, pues éste tiene que ver más con la denominada certeza jurídica, el ejercicio de la libertad y la conservación del orden público. La segunda lectura, llama a los jueces a esforzarse por alcanzar la verdad, reconociendo la limitación de los medios con que se cuenta, sin abandonar la esperanza.

Este debate ideológico procesal se da en un contexto en que el positivismo jurídico pretende ser superado a través de la llegada de o que se ha denominado “neo constitucionalismo”²². Debo injustamente resumir en un par de ideas lo que se quiere decir cuando se habla de neo constitucionalismo:

- a) **Cambio del Estado legislativo de derecho al Estado constitucional de derecho**
- b) **Constituciones con alta densidad normativa o alto contenido normativo**, dado esencialmente por la inclusión del catálogo de derechos fundamentales y de principios rectores de la organización política, social y económica;
- c) **Constituciones con fuerza normativa vinculante y aplicación directa en el sistema de fuentes**, con el consiguiente resultado de irradiación (de la constitución hacia las demás fuentes) y de "constitucionalización" del derecho, cuando los tribunales asumen ambos postulados;
- d) **Consideración de los derechos fundamentales y eventualmente de otras partes del texto constitucional como "valores" en la argumentación fundante de decisiones jurisdiccionales**, en especial, pero no exclusivamente, a nivel de la jurisdicción constitucional;

¿Por qué resulta relevante el pensamiento derrideano en este punto? Creo que los caracteres de la ley, y la relación entre violencia conservadora/violencia fundadora del derecho, en su contaminación “*diferenzial*” permiten comprender las consecuencias jurídicas de una supuesta superación del positivismo jurídico en el neo constitucionalismo jurídico, que no sería más que un reverso metafísico, que sostiene la propia lógica comprensiva del derecho desde dicha dicotomía estructurante.

¿Quién es el guardián de la ley? Tal vez el ejemplo paradigmático refiere precisamente sobre el juez. No el Estado-juez, como un genérico poder judicial, sino el juez en particular. Dicha posición parece caberle en general a los operadores jurídicos, abogados, notarios, procuradores, secretarios judiciales, etc. Pero en este caso en particular convengamos que al juez. El guardián que le da la espalda a la ley, y pospone indefinidamente el ingreso a ella. El guardián, que ni siquiera él mismo ingresa, y que advierte que hay otros, más grandes que él mismo, y más temibles aún, pero un guardián, al fin y al cabo. El juez no es la ley, pues no es la palabra de la ley la que en él habla, ya que ésta se encuentra enmudecida en su origen. Por lo mismo, en su hablar, en su dictaminar, en su sentenciar, más bien, el juez crea siempre la ley; la ley del caso particular, y se ve obligado a ello, para en su iterabilidad decretar la vigencia del Derecho una vez más.

²² Aldunate Lizana, Eduardo. (2010). “Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo”. Revista de derecho (Valdivia), 23(1), 79-102

El orden jerarquizado de un ordenamiento jurídico, que desde Kelsen ha sido representado metafóricamente como una pirámide lógica, en cuyo tramo superior encontramos a la constitución, devela la apertura absoluta de la doctrina jurídica a la fundación constante del Derecho. La ley no es el fundamento último de la decisión judicial. El legislador, el poder legislativo y la ley positivizada no restringen de manera absoluta el ejercicio del poder judicial. La sujeción del juez a la ley sería un mito positivista superado, que junto a la separación absoluta de moral y derecho han de ser dejadas en el pasado.

Desde fines del siglo XX, los derechos fundamentales han guiado a la doctrina jurídica a una vuelta a los valores que trascienden la voluntad legislativa. La noción fundamental es que ni siquiera la democracia parlamentaria resultaría confiable, pues ya hemos visto las consecuencias de reconocer una legitimación político-jurídica de dicho tipo. Se requiere de una norma previa a la ley, previo a la decisión democrática de un pueblo que ficticiamente legisla a través de sus representantes. Se crea el Tribunal Constitucional, que vela por el cumplimiento y respeto de la constitución en la dictación de las normas jurídicas. No bastando aquello, con posterioridad cada juez se encuentra legitimado para resolver conflictos jurídicos directamente aplicando las normas constitucionales (el caso del proceso laboral es un ejemplo paradigmático de aquello). El derecho a la vida contra el derecho a la propiedad; el derecho a la honra contra la libertad de empresa; la libertad de expresión contra el derecho a la honra; y un largo etcétera con el que podríamos enumerar todo el catálogo de derechos fundamentales consagrados tanto en la constitución como en instrumentos jurídicos internacionales.

¿Qué derecho, en Derrida? La justicia no es derecho porque no está sujeta al cálculo, a la subsunción. Sin embargo, cabría agregar tal vez: ni siquiera el derecho puede cumplir con su conservación, y necesariamente requiere a su vez de la justicia. El guardián se encuentra cegado ante la ley, y dando palos de ciego instaura su vigencia en el caso concreto. Tal como la policía, en el análisis de Derrida, el juez realiza (dicta un acto realizativo) de derecho en cada caso. Dicha condición propia de lo jurídico ha quedado de manifiesto con la llegada del neo constitucionalismo como teoría del derecho que posibilita la resolución de conflictos jurídicos aplicando directamente la constitución. El juez, en otras palabras, se transforma en legislador del caso concreto. Derecho de propiedad contra derecho a la honra enfrentados a propósito de la instalación de cámaras de vigilancia al interior de una fábrica, de un local comercial, de una universidad, de una sala de clases, del comedor, etc. El conflicto de relevancia jurídica juega su decisión jurídica en la argumentación que el juez pueda desarrollar en la sentencia valiéndose de las definiciones que éste tenga en relación con los derechos fundamentales recogidos como puestos en conflicto.

Creo que la necesaria vinculación entre derecho y justicia tiene esta vuelta y retorno violento; el derecho tampoco asegura su propio cálculo. Sostener lo contrario implicaría desconocer la diferencia entre fórmula de texto contenida en la ley positiva y la norma jurídica como proceso intelectual que resulta de la interpretación de la ley en el caso concreto. La ley de la ley es el silencio de su origen, y similar a como se comporta el derecho y la ley jurídica, es en ese olvido que se permite su conservación/fundación.

Presunción de derecho, como opuesto a la presunción legal, o simplemente legal. La presunción de derecho no admite prueba en contrario, la presunción legal o simplemente legal puede ser desvirtuada si se cuenta con la prueba suficiente. El Derecho, la fuerza del derecho, es irresistible. O al menos eso aparenta. Una intervención completa ameritaría una reflexión sobre el derecho a la desobediencia civil, el derecho a la rebelión, y si fuese posible, un derecho a la revolución. En la posibilidad de este último se inscribe tal vez la huelga.

Benjamin acoge la “huelga” como ejemplo de aquél caso en que el Derecho ha desplazado su monopolio de la violencia dando lugar a un sujeto de derecho que se encontraría legitimado para su ejercicio: el proletariado. La huelga se ha consagrado como derecho (y aquello tiene una historia propia), pero en cuanto se ha consagrado como derecho ha instalado en su propio centro la posibilidad de su refundación completa, o incluso, de su término, de su destrucción, ya no como derecho subjetivo, sino ahora como derecho objetivo, como rompimiento o destrucción del Estado de Derecho en su integridad. A diferencia de la época en que Benjamin alza su reflexión, actualmente podemos señalar sin duda que la huelga no es tan solo un derecho (subjetivo, de positivización de rango legal), sino que actualmente la huelga es además un derecho fundamental. Es un derecho del más alto nivel jerárquico, en una lógica de fuentes jerarquizada y estructurada piramidalmente. El derecho fundamental de (a) huelga, sin embargo, ha quedado cegado a la lectura del juez, quién dando palos de ciego debe resolver los conflictos jurídicos sin haber nunca accedido al derecho a huelga propiamente tal. Pero lo hace atemorizado, y ante la percepción de “injusticia”, o cabría decir más bien, de “exclusión del derecho (o de la ley)”, ha de realizar de todas formas el Derecho, decretando él, caso a caso, en qué consiste el derecho a huelga, si quiere seguir siendo reconocido como derecho subjetivo al interior de un ordenamiento jurídico determinado.

El secreto escondido tal vez es que el desciframiento del signo de la “huelga” es inabarcable, o más bien, su imposibilidad y apertura le constituye en la posibilidad de su configuración violenta o no violenta, la titularidad del derecho (a qué sujeto es atribuible), su interacción con el ejercicio de otros derechos por parte de otros titulares del derecho, aparecen como fantasmas impronunciables.

Tal vez precisamente lo anterior ocurre porque no hay un misterio “detrás” de dicho signo, más que la ley del Derecho, la ley de la ley, esto es, que no hay ley, sino suspensión de la misma. En cada acto judicial, o jurídico administrativo hay una suspensión del derecho en favor de la decisión que nunca llega a conformarse, imposible de coincidir consigo misma. Jamás resulta *adecuada*. Es que la práctica jurídica, y el diálogo de los guardianes de la ley resulta tan silenciado a ellos como a quienes comparecen ante ellos (aún no ante la ley).

Un ejemplo concreto de lo dicho anteriormente: hasta antes de abril del presente año (2017), tras la entrada en vigencia de la reforma laboral, ninguna norma jurídica, o más bien, ninguna fórmula de texto legal ni constitucional, consagraba el derecho a huelga como tal; como un derecho. Pero aún más: hasta el día de hoy no existe ningún precepto normativo positivo (jurídico obviamente) que determine la entidad de derecho fundamental de la huelga.

¿Por qué ocurre aquello? Porque en realidad el derecho a huelga, tal vez de manera más significativa que en otros casos, juega su vigencia y calidad de derecho fundamental caso a caso.

Derecho a huelga. Derecho a huelga parcial debiese haber escrito el legislador si tuviese conocimiento de la amplia reflexión que ha habido sobre el tema. ¿Qué huelga?, ¿Qué “derecho a”?, o ¿derecho “a qué”?

Benjamin podría haber pensado que el Derecho había dejado entrar al caballo de Troya, al positivizar la huelga como un derecho a favor de los trabajadores, sin embargo, aquello obvia que en estricto rigor, aún bajo la comprensión mesiánica del conflicto, no hay derecho a huelga si primero no es decretado el contenido de la expresión huelga. Así, el derecho, consciente de su condición, regula para administrar, y en este caso preciso, para administrar la violencia externa al derecho, o la posibilidad misma de su refundación.

Derrida recuerda que la huelga parcial no es completamente diferenciable de la huelga general. El magistrado le replicaría, desde el Derecho: “lo que pasa, es que usted desconoce la diferencia entre la huelga lícita y la huelga ilícita. Huelga lícita es sólo aquella que es ejercida en conformidad a la ley, cualquiera otra, no tiene cobertura jurídica; jurídicamente no es huelga”. Lo que olvida la magistratura, es que no hay huelga antes del derecho, y no hay ley posible que regule *ex ante* un derecho a huelga. La huelga es realizada como legítima en el acto realizativo judicial o administrativo de su determinación legítima; jurídica.

6. A MODO DE CONCLUSIÓN

En suma, la reflexión de Derrida, y la posibilidad de la deconstrucción del derecho (partiendo por la vuelta a la posibilidad de discutir su deconstruibilidad) abren infinitas posibilidades a la crítica jurídica, a evaluar la utilidad o el alcance que pudiese obtener este pensamiento en relación a la filosofía del derecho, la teoría del derecho, la doctrina jurídica, la dogmática jurídica y la práctica judicial, y de los operadores jurídicos, en general.

La primera tarea que podría plantearse al efecto consistiría en permitir el despliegue de este pensamiento y dejar en evidencia que filósofos como Derrida permiten alcanzar una lectura actualizable en un análisis concreto en el ámbito jurídico y político. En el control del poder y el monopolio de la violencia.

Es necesario poner en evidencia la ceguera del guardián. De los guardianes, e intentar meter la nariz donde no hemos sido llamados, donde no podríamos ser llamados. Tal vez así pudiésemos ver que ahí está el rostro del Otro, nuestra obligación y compromiso con él, nuestra sumisión a él. O tal vez no hay más que tiempo, no hay más que un diferir estructural, si aquél signo le fuese apropiado en esa latencia constitutiva.

Por ahora, precisamente porque tienen derecho a que ponga término a la exposición, y tienen derecho a la palabra, y sobre todo, porque el tiempo cronológico determinado para

esta exposición llega a su fin, lo justo es pedirles perdón, ingenuamente, y decirles muchas gracias.

BIBLIOGRAFÍA

- AA VV. *Letal e incruenta: Walter Benjamin y la crítica de la violencia*. Editorial Lom, Santiago, Chile, 2017
- Aldunate Lizana, Eduardo. (2010). “Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo”. *Revista de derecho (Valdivia)*, 23(1), 79-102
- Campos Salvaterra, Valeria. *Violencia Y Fenomenología - Derrida, Entre Husserl Y Levinas*, Metales Pesados, 2017.
- Derrida, Jacques. *Fuerza de ley. El fundamento místico de la autoridad*. 2ª Ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2008
- Derrida, Jacques. *Perdonar lo imperdonable y lo imprescriptible*. Editorial LOM, Santiago, Chile, 2017:
- Derrida, Jacques. *Prejuzgados. Ante la ley*. Editorial Avaragani, Madrid, España, 2012
- Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona, Ariel, 2009
- Galende, Federico. *Walter Benjamin y la destrucción*. Editorial Metales Pesados, Santiago, Chile, 2011
- Pérez López, Carlos. *La huelga proletaria como problema filosófico. Walter Benjamin y George Sorel*. Metales Pesados, Santiago, 2016
- Thayer, Willy. *Tecnologías de la. Crítica. Entre Walter Benjamin y Gilles. Deleuze*. Ediciones Metales Pesados, Santiago, Chile: 2010