

El Derecho en un modelo de Estado esquizofrénico

El cambio de polaridad racional que Max Weber identificó como rasgo característico del derecho positivo moderno, o sea su encuadramiento progresivo dentro de los parámetros de una racionalidad con arreglo a fines y su desprendimiento progresivo de una racionalidad con arreglo a valores, no puede dejar de producir desajustes profundos en la cultura y en el desarrollo de las sociedades y de los mundos de la vida.

Si el Derecho se inscribe de todas formas en el ámbito de la conducta humana y si ésta se enfrenta siempre, naturalmente, a requerimientos de deber ser que enmarcan y condicionan los ámbitos de la libertad, entonces el derecho no debería enajenarse de su medio natural regido por valores que lo mantendrían en una búsqueda constante de rectitud normativa.

Pero la enajenación moderna del Derecho, sometido como está a los parámetros de la razón instrumental y encerrado en un juego de mecanismos técnicos que cortó conscientemente sus puentes de comunicación con la ética, con los ideales humanistas, religiosos y políticos, produce necesariamente un modelo de ciudadano y de sociedad profundamente fraccionados y contradictorios en sí mismos, forzados a escindir profundamente su conciencia y su razón y a proyectar tales escisiones en sus mundos de vida.

Jürgen Habermas, en su obra “Facticidad y Validez”¹, al tratar de reconstruir toda la reflexión filosófica sobre el Derecho dentro del paradigma de la “razón comunicativa” que reemplazaría el antiguo paradigma de la “razón práctica”, no puede dejar de registrar permanentemente las tensiones y contradicciones entre la facticidad, o sea el mundo de la realidad concreta sometida a determinaciones sistémicas, y el mundo de la validez, o sea el de la legitimidad, llegando a afirmar: “Escindidas y desgarradas así entre facticidad y validez la teoría de la política y la teoría del derecho se disgregan hoy en posiciones que apenas tienen entre sí nada que decirse” (pg.68) “Con los imperativos funcionales de las sociedades altamente complejas entra en juego una facticidad social que, a diferencia de lo que sucede con el momento de la imposición del derecho, ya no guarda una relación interna con la ² legitimidad que el orden jurídico no tiene más remedio que pretender (...) Facticidad y validez guardan aquí una relación externa, porque ambos momentos, es decir, por un lado las implicaciones de sentido del derecho vigente, y por otro, las restricciones sociales a que fácticamente quedan sujetas las decisiones jurídicas, pueden describirse de forma independiente” (pg. 96).

Habermas no puede menos que reconocer la escisión que se produjo en el derecho positivo moderno, entre las pretensiones de rectitud normativa y la facticidad de un derecho que permitió

¹ Habermas, Jürgen, “Facticidad y validez”, Trotta, Madrid, 1998/2005.

“sustituir convicciones por sanciones, dejando a discreción de los sujetos los motivos de su observancia de las reglas, pero imponiendo coercitivamente esa observancia”.

La incuestionabilidad de las normas del derecho positivo, que de todas maneras enajena también el derecho de los parámetros de la “razón comunicativa”, Habermas trata de atenuarla haciendo alusión al influjo de la racionalidad instrumental y a un fraccionamiento de la validez o legitimidad en dos instancias: el de la “aceptancia” y el de la “aceptabilidad”: “en

La validez jurídica ambos momentos se separan: la aceptación impuesta del orden jurídico todos la distinguen de la aceptabilidad de las razones en que se apoya la pretensión de legitimidad de ese orden jurídico. Esta doble codificación remite, por otro lado, a la circunstancia de que la positividad y la pretensión de legitimidad del derecho tienen también en cuenta esa deslimitación de la comunicación, que hace que por principio todas las normas y valores queden expuestos a un examen crítico. Los miembros de la comunidad tienen que poder suponer que en una libre formación de la opinión y la voluntad políticas ellos mismos darían su aprobación a las reglas a las que están sujetos como destinatarios de ellas” (pg. 100).

Esa “aceptancia”, según Habermas, sustituiría provisionalmente la aceptabilidad o legitimidad del derecho, alimentándose mientras tanto de una especie de racionalidad procedimental de la acción comunicativa. Pero esto supone sociedades radicalmente democráticas que cuenten, en primer lugar, con un grado aceptable de democratización de la comunicación y de estructuras participativas que ni siquiera hoy día se perciben en las sociedades más avanzadas o “civilizadas”. La información y la comunicación son hoy día las más cotizadas mercancías del mercado globalizado.

Habermas intenta disolver o atenuar, a mi juicio de manera muy forzada y bajo imágenes ideales de una sociedad que hoy día no existe, la tensión entre facticidad y validez. Según él, “Esta tensión ideal retorna intensificada en el plano del derecho, y, por cierto, en la relación entre coerción jurídica, la cual asegura a la regla una aceptación de tipo medio, y la idea de autolegislación –o la suposición de la autonomía política de los ciudadanos unidos–, la cual es la única capaz de desempeñar o resolver la pretensión de legitimidad de las reglas, es decir, de tornarlas racionalmente aceptables” (pg. 101). Pero Habermas, casi a renglón seguido, reconoce el carácter sistémico de ese mundo de la facticidad, en el cual los mecanismos integradores son el dinero y el poder estatal, de los cuales afirma que son “formadores de sistemas, que coordinan las acciones de forma no necesariamente intencional, es decir, no necesariamente a través de la conciencia de los participantes en la interacción y, por tanto, no mediante gasto de energías comunicativas, sino objetivamente, por así decir, a espaldas de esos participantes”.

Aunque Habermas piensa que la acción comunicativa integra esos órdenes de la vida confeccionados por el dinero y el poder, y que los integra justamente por la vía de la institucionalización jurídica que debería legitimarse en la “autolegislación”, sin embargo es consciente de que en ese mundo de la economía y de la política estatal pueden imperar “constelaciones de intereses normativamente no filtradas, por la sola razón de que son las más fuertes y pueden servirse por lo tanto de la fuerza legitimadora que la forma jurídica posee, con el fin de disimular o encubrir que la capacidad que tienen de imponerse es puramente fáctica” (pg. 102). Esto lleva a Habermas a concluir que “el derecho moderno resulta ser, precisamente por esta razón, un medio profunda-

mente equívoco de integración de la sociedad. Muy a menudo el derecho presta al poder ilegítimo una apariencia de legitimidad. Y esa apariencia no permite a primera vista reconocer si lo que el derecho opera en lo tocante a integración de la sociedad, es decir, las operaciones del sistema jurídico en lo tocante a integración, vienen sostenidas por, o tienen su base en, el asentimiento de los ciudadanos asociados, o si resultan de la autoprogramación estatal y del poder sociocultural, y apoyadas sobre esa base material, generan ellas mismas la necesaria lealtad de la población” (pg. 103).

El desgarramiento que se produce en el ámbito del Derecho, Habermas lo describe así: “Ciertamente un derecho al que en las sociedades modernas le compete la carga principal en lo tocante a integración social, no tiene más remedio que verse sometido a la presión profana de los imperativos sistémicos de la reproducción de la sociedad; pero simultáneamente, se ve sometido a una coerción, por así decir, idealista, que le obliga a legitimar esos imperativos” (pg. 103).

Todos los esfuerzos de Habermas por reconstruir la validez del Derecho dentro del paradigma de la razón comunicativa, luego de criticar a Weber por haberlo dejado sin bases de legitimación aceptable en sus análisis de la racionalidad desagregada de la modernidad, no son convincentes. El cuadro que finalmente presenta Habermas es el de una sociedad profundamente escindida por la tensión entre facticidad y validez, tensión que se proyecta de manera principal en el mundo de lo jurídico, quedando como la dimensión más característica del Derecho su positividad, anclada en la capacidad de coerción de sus determinantes sistémicos.

Pero hasta aquí nos movemos en el mundo de lo teórico. Hay que preguntarse cómo se vive esa escisión profunda en sociedades concretas. Se impone, entonces, recurrir a mi experiencia personal en una sociedad marcada profundamente por la injusticia y la violencia, como es Colombia.

Luego de muchos años de haber acudido al sistema judicial colombiano para denunciar y demandar justicia en favor de millares de víctimas de crímenes de lesa humanidad o de graves violaciones a sus derechos fundamentales, comencé a preguntarme yo mismo por qué recurría a órganos y agentes de un Estado que, en otras de sus instituciones y mecanismos, era el que perpetraba los crímenes.

El fenómeno del desplazamiento forzado, por ejemplo, que afectaba a cada vez más millones de víctimas, me imponía con mayor fuerza interrogantes como éste: ¿por qué los gobiernos colombianos, en lugar de emitir leyes y decretos que miran supuestamente a la atención humanitaria a los desplazados y a solicitar enormes sumas de dinero a la comunidad internacional para responder a esa emergencia, no dirigen, más bien, sus esfuerzos, a evitar el desplazamiento, cuando en la inmensa mayoría de los casos se evidencia la responsabilidad de agentes directos o indirectos del Estado en los hechos que obligan a la población a desplazarse?

Desde el momento en que comencé a dirigir la mirada inquisitiva hacia las solidaridades internas entre agentes e instituciones del Estado, en el campo específico de la perpetración, investigación, sanción y reparación de crímenes de lesa humanidad, y a medida que el mundo de la impunidad se iba revelando como un baluarte inexpugnable ante el cual se estrellaba toda búsqueda de justicia desde las víctimas, las categorías que fundaban mi filosofía jurídico política del Estado

comenzaron a derrumbarse. En un primer momento tenía la impresión de que podría identificar dos Estados superpuestos, en uno de los cuales imperarían los principios del Derecho, y en el otro una cierta ideología de la violencia, derivada de lo que en los años 60s a 80s del siglo que terminó habíamos conocido en toda América Latina como “doctrina de la seguridad nacional”.

Pero mi curiosidad progresivamente acuciante se dirigía a la manera como esos dos Estados convivían y se articulaban entre sí. Poco a poco fui identificando el concepto mismo del Estado como integrador de dos dinámicas contradictorias: de un lado su carácter ideal de Estado de Derecho que debía legitimarse en principios jurídico políticos aceptables, proyectados en su Constitución y en sus leyes y compatibles con parámetros jurídicos internacionales; de otro lado su carácter fáctico de aparato de poder, en el que necesariamente se proyectaba el poder social real de una minoría sobre una mayoría, insostenible sin altas dosis de violencia. Mis interrogantes cada vez más profundos apuntaban a descubrir las estrategias y mecanismos que posibilitaban la articulación de dos dinámicas tan opuestas entre sí.

Fue apareciendo, entonces, con rasgos cada vez más definidos, una identidad estatal profundamente escindida en sí misma pero cuya única posibilidad de conservar su unidad icónica fue la del ocultamiento o negación de parte del “Yo estatal” convirtiéndola en una alteridad ficticia, asumida con fuerza en el discurso como alteridad real.

Fue necesario acudir a la Psiquiatría para buscar analogías que permitieran de alguna manera entender ese tipo de anomalías. Frente a fenómenos de un Yo escindido, confuso, ambiguo, que llega al extremo de creerse “otro” y de definirse como “otro”, descubrí los rasgos de la esquizofrenia. Uno de sus clásicos tratadistas, E. Minkowski, citando a su maestro Bleuler, la describe como “un relajamiento en la tensión de las asociaciones”. La misma etimología del término (derivado del verbo griego Schizoo = hender, escindir) hace alusión a esa fisura interna que perturba la lógica vital de las asociaciones, derivando en una falta de armonía intrapsíquica, algo que no afecta alguna determinada función psíquica sino la integración armónica de todas³. Tal analogía me pareció la más pertinente para caracterizar un Estado que, como entidad orgánica y al fin y al cabo integrado por agentes humanos en los que se encarna y concretiza la responsabilidad del órgano estatal como tal, se revela tan profundamente escindido que percibe parte de su propio ser como alteridad óptica.

Una de las manifestaciones más evidentes de esa esquizofrenia es sin duda la estrategia paramilitar del Estado, o sea la conformación de una franja de población civil integrada de facto a la violencia del Estado sin reconocimiento formal, lo que le permite tanto al Estado como al Establecimiento identificarlo en el discurso formal como un “no Estado”, aunque sea de público dominio su íntima relación, histórica y estructural, con las instituciones oficiales. Pero si bien el rastreo documental del paramilitarismo nos ha permitido identificar su origen en las directrices dejadas por una misión militar de los Estados Unidos en febrero de 1962, o sea en un momento en que no existía en Colombia ningún conflicto armado⁴, directrices que apuntaban explícitamente a com-

³ MINKOWSKI, E., “La esquizofrenia”, Paidós, Buenos Aires, 1980, pg. 57.

⁴ Las “guerrillas liberales” que existieron en los años 40s y comienzos de los 50s del siglo pasado, habían desaparecido ya e incluso sus líderes desmovilizados y amnistiados habían sido asesinados. Las guerrillas del actual ciclo,

batir mediante “actividades terroristas paramilitares” una manera de pensar codificada allí como “los simpatizantes del comunismo”⁵, sin embargo, en el nuevo ciclo de conflicto armado que parte de 1964, el paramilitarismo ha sido el instrumento eje del Estado para enfrentar la guerra irregular de las guerrillas mediante otra guerra irregular desde el Estado. Y si en las teorías de la guerra, la guerra de guerrillas fundaba sus métodos específicos en la circunstancia de ser un ejército pequeño que se enfrentaba a un ejército descomunal en condiciones de extrema desigualdad, el paramilitarismo adoptó métodos irregulares de extrema barbarie en abierta contradicción con esa lógica, ya que estaba al servicio del polo más poderoso y bien dotado de la guerra y no del polo pequeño y frágil cuya única fortaleza serían los métodos irregulares.

Pero el “Para-Estado” que se revela en el paramilitarismo como una manifestación tan evidente de un Estado esquizofrénico al asumir la categoría de “no-yo” en el discurso oficial, trasciende las instituciones militares y se proyecta en todas las dimensiones del Estado, particularmente en los ámbitos de la “justicia” y del “derecho”, dado que el conflicto bélico es inseparable de un conflicto social [pretendidamente “inexistente” para el Estado esquizofrénico].

El sistema judicial reproduce el conflicto en su ámbito específico mediante la combinación de estrategias punitivas e impunitivas. Para los crímenes de lesa humanidad que se originan en los agentes directos e indirectos (paramilitares) del Estado, adopta estrategias de impunidad que en las últimas décadas han escandalizado a todos los órganos internacionales que velan por la dignidad humana, mientras somete a los integrantes de los movimientos sociales y de los grupos de oposición a una estrategia punitiva cuyo eje consiste en procesarlos como “insurgentes armados” –sin serlo– para legitimar sus fallos. Esto no puede darse sin una acomodación muy profunda del derecho penal y administrativo, acompañada de estrategias mediáticas de amplio alcance.

Nadie duda que la facticidad del paramilitarismo en la consolidación de una sociedad de pensamiento único, que prorroga los parámetros de la “seguridad nacional” mediante la eliminación física de lo alternativo pero dentro de los estándares formales de la “democracia”, como son: el voto popular, la existencia de partidos y la separación –así sea ficticia– de poderes, se apoya en el manejo esquizofrénico del Estado que mantiene al paramilitarismo en el estatus de “no yo” para poderlo incluso “combatir” mediante formalismos legales aparentes e ineficientes, llegando incluso, en el último período de mi experiencia, a “negociar su desmovilización”, en una fórmula mediática que esconde la verdad prosaica de una “negociación [del Estado] consigo mismo”.

Tal combinación perversa de estrategias punitivas e impunitivas exige al menos unos niveles superficiales de validez o legitimidad que se introducen necesariamente en el ámbito del Derecho.

como las FARC, el ELN y el EPL nacieron a finales de 1964. Así que en el momento de la misión militar USA no existía ninguna insurgencia armada en Colombia.

⁵ Dichas directrices están archivadas en: Cuartel General, Escuela de Guerra Especial del Ejército de Estados Unidos, Tema: Visita a Colombia, Sur América, por el Equipo de Guerra Especial, Fort Bragg, Carolina del Norte, 26 de febrero de 1962, Biblioteca Kennedy, Casilla 319, Archivos de Seguridad Nacional, Grupo Especial, Suplemento Secreto, Informe de Investigación en Colombia, citado por McClintock, Michael, Instruments of Statecraft, Pantheon Books, New York, 1992, pg. 166, 222.

Y es justamente en este campo donde se proyecta, con toda la hipocresía y sutileza que deleva Girard, la esquizofrenia del Estado. El divorcio entre Ética y Derecho cumple aquí su función ideológica (en sentido peyorativo) más profunda y por ello los funcionarios son preparados desde las universidades en el más acendrado positivismo jurídico. Si no fuera por esa preparación mental que les permite asumir la contradicción interna entre eticidad y juridicidad, abriendo compartimentos independientes y mutuamente ajenos en su conciencia y en su personalidad, que puedan repelerse mutuamente como “no-yo” sin desgarrar ni volver añicos su psiquismo, los funcionarios no resistirían la incoherencia íntima de sus vidas, sólo soportable mediante cuadros esquizofrénicos sutilmente validados por la “ciencia del Derecho”.

No basta, sin embargo, la ruptura entre ética y derecho para validar las prácticas jurídicas que toman cuerpo en un Estado esquizofrénico, toda vez que el Derecho Occidental carga todavía con principios, figuras y mecanismos que fueron confeccionados en épocas de influjos profundos del jusnaturalismo. Se impone una cierta “domesticación” de esos principios, figuras y mecanismos, para adaptarlos a la función que se le asigna al Derecho en un Estado esquizofrénico. Tal domesticación se realiza, en primer término, mediante una serie de rupturas que profundizan el debilitamiento de las asociaciones, multiplicando los rasgos esquizofrénicos:

- Ruptura entre el derecho administrativo y el derecho penal, concentrando en este último el manejo de los mecanismos más audaces de impunidad y de arbitrariedad judicial gracias a la “cámara oscura” o “envoltorio de misterio” a que aludía René Girard, y permitiendo que las decisiones administrativas se escuden en la remisión de toda controversia o falta al sistema penal para que “falle en derecho”.
- Ruptura entre la verdad procesal y la verdad real, validando la primera como deducción lógica de piezas procesales, desviando la mirada de todas las violencias e inmoralidades que puedan determinar la confección de éstas, tales como chantajes, amenazas, sobornos, torturas, imposiciones autoritarias, prebendas, falsificaciones, ficciones o engaños.
- Ruptura entre el derecho internacional y el derecho interno, asumiendo el primero mediante la firma, ratificación y proclamación de tratados internacionales, pero omitiendo su traducción a los mecanismos del derecho interno para que los funcionarios se escuden en ese vacío al evadir su aplicación.

Otro mecanismo neurálgico en la combinación esquizofrénica de prácticas punitivas e impunitivas es la reducción de la actividad probatoria al mero testimonio, dado que sobre él pueden aplicarse con mayor facilidad las estrategias falsificadoras, tanto las de intimidación como las de cooptación. Todo esto ha llegado a convertir el testimonio en una mercancía negociable y manipulable. Si se trata de aplicar decisiones previamente tomadas de impunidad, el testimonio de cargo siempre aparecerá como “no convincente” y el testimonio de descargo como “plenamente convincente”, gracias al manejo del principio de “libertad soberana de evaluación de pruebas” con que el sistema dota a sus funcionarios. Si se trata de aplicar decisiones previas de punición, los principios se aplican en sentido inverso.

Finalmente, algunos “cercos de seguridad” protegen la aplicación esquizofrénica del Derecho, en caso de que fallen los mecanismos más corrientes. Como tales podrían calificarse, por una parte, el uso del principio de “cosa juzgada” para proteger las sentencias así confeccionadas, o la creación de “jurisdicciones especiales” donde la aplicación combinada y funcional de estrate-

gias punitivas e impunitivas desborda incluso los mecanismos de pudor elemental de un Estado esquizofrénico⁶.

Para cerrar este capítulo en el cual he querido examinar la trayectoria histórica de los Derechos Humanos desde la peculiar mirada de la evolución conceptual y operativa del DERECHO, quiero retornar a los interrogantes con que se abrió el capítulo, a saber, si el instrumental jurídico en el que se ha ido vertiendo algo que en su origen se fundía con el sentimiento de justicia y de solidaridad universal y trataba de expresarse en utopías de convivencia humana, inspirando, como una fuente generadora permanente, modelos de sociedad, de estructuras legislativas y normas de convivencia que se fueron plasmando en las teorías y prácticas del Derecho, continúa siendo el instrumental adecuado para concretar esos sentimientos universales que le dieron origen.

La progresiva positivación de los Derechos Humanos, tanto en la normatividad internacional como en las legislaciones nacionales de los Estados, sin negar sus monumentales aportes a la defensa de la dignidad humana y a la humanización de la política y del derecho, se enfrenta hoy al gran riesgo de caer en los dominios de la instrumentalidad y de dejarse atrapar por la racionalidad instrumental, en un proceso similar al vivido por la fe cristiana cuando la tentación del poder que evolucionó hasta los extremos de un “imperio cristiano” la fue sumergiendo en la lógica de la instrumentalidad, perdiendo su más originaria y esencial fuerza espiritual.

La categoría Derecho que toma el lugar de sustantivo en la expresión derechos humanos para dejarle el de adjetivo a la humanidad, es un término que no puede prescindir de su carga histórica, y en el momento en que vivimos, de sus relecturas modernas que hacen referencia imperativa a la racionalidad con arreglo a fines y a una funcionalidad instrumental que lo convierte en una técnica autónoma, desligada del mundo de los valores, de la rectitud normativa, de la ética y de las utopías que han seducido el deber ser de los humanistas.

Por todo esto, no puedo concluir este capítulo sino con una alerta extrema para que esa reserva jurídica que se fue ubicando durante siglos por encima de la institucionalidad de los Estados, actuando como anillo protector de la dignidad humana, no sea cooptada por la misma institucionalidad contra la cual se erigió en baluarte de defensa de los valores más esenciales de la especie.

* * * * *

⁶ Un ejemplo típico de esto es la “Ley de Justicia y Paz” (Ley 975 de 2005) mediante la cual se sometió a una justicia ficticia de excepción a miles de paramilitares ficticiamente “desmovilizados”, en un momento en que el mismo desarrollo de las fases del paramilitarismo estaba demandando la transición a unos mecanismos de control social menos bárbaros y más sutiles, encuadrados en una cierta “legalidad”, con el fin de contener una censura y estigmatización progresiva de la comunidad internacional y a la vez fortalecer su dominio interno mediante iconos menos repudiables.