

Norma, excepción y el fundamento de la libertad.

Carciofi, Sergio Fabio y Carciofi, Sergio Fabio.

Cita:

Carciofi, Sergio Fabio y Carciofi, Sergio Fabio (II). *Norma, excepción y el fundamento de la libertad*. Revista Filosofía del Derecho. Año II, N° 3. Ediciones Infojus, p. 3, (3), 3-12.

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/sergio.carciofi/2>

ARK: <https://n2t.net/ark:/13683/pWYS/C7Z>



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons.
Para ver una copia de esta licencia, visite
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es>.

Acta Académica es un proyecto académico sin fines de lucro enmarcado en la iniciativa de acceso abierto. Acta Académica fue creado para facilitar a investigadores de todo el mundo el compartir su producción académica. Para crear un perfil gratuitamente o acceder a otros trabajos visite: <https://www.aacademica.org>.

Norma, excepción y el fundamento de la libertad

por **SERGIO FABIO CARCIOFI**⁽¹⁾

Resumen

Sostiene Giorgio Agamben (2007) que la política se ha contaminado con el derecho, es decir, que la vida en su articulación con el derecho puede quedar sometida a una violencia gubernamental que, en nombre del derecho, ignora el derecho.

La finalidad de este trabajo es intentar poner de relieve que la ficción que implica la puesta en marcha y aplicación del **estado de excepción** —el hecho de que, aunque sea temporalmente, los hombres puedan quedar legalmente en un estado de intemperie legal frente a un poder gubernamental opresor— tiene su sentido y fundamento en la vigencia del concepto liberal-conservador de libertad.

Se propone entonces, a modo de debate, desempolvar y reflexionar en torno al concepto de libertad que Jean-Paul Sartre desarrolló en su obra filosófica, para luego evaluar en qué medida, en la historia del siglo XX y lo que va del presente siglo, el hombre ha resignado su derecho a la libertad.

.....
(1) Abogado UBA, docente de Filosofía del Derecho de Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

I | Estado de excepción: ¿una ficción real?

¿Cómo y para qué la ficción que implica la puesta en marcha y aplicación del **estado de excepción**, tal como lo explica Agamben (2007) —una anomia, un espacio vacío capaz de coincidir con “una figura extrema y espectral del derecho”— puede fundar las condiciones de legitimidad y acción de un derecho que no es tal?

Resulta impensable que la ley suspenda la ley para mantener la ley; pero sí es posible pensar lo impensable desde la ficción. Si esto es así, lo que propone el **estado de excepción** es desarrollar un pensamiento desde el terreno de la imaginación y desde ese punto fingir una realidad que de otro modo sería impensable. Sería como ficcionalizar la realidad o crear una realidad ficcional. Algo propio de una expresión artística; en este caso, un mero esfuerzo literario. Pero si entendemos que la ficción no puede ser real porque es una ficción, el concepto de “ficción real” sería nada más que un simpático oxímoron. No obstante, lo que cambia el estado de cosas es que, desde un razonamiento de imposible reflexión, se quiere imponer una “ficción real”, que no resulta ser más que la pretensión de imponer, por cualquier medio y a toda costa, un concepto funcional y legitimador del derecho sobre una realidad de la que no forma parte. De modo que debemos preguntarnos lo siguiente: ¿cuál es el objetivo, la intención, de imponer una ficción que pretende hacer pie en una realidad que no la admite? Se podrá decir que estamos ante dos órbitas infinitas, y que como tales, tienen infinitas posibilidades. Es cierto: realidad y ficción son ámbitos inasibles; sin embargo, no lo es el dispositivo de propósitos que supone el intento de unirlos en un solo ámbito.

Agamben enmarca este problema dentro del debate entre Carl Schmitt y Walter Benjamin, donde este último pone de manifiesto y revela que el **estado de excepción** es “una *fictio iuris* por excelencia, que pretende mantener el derecho en su misma suspensión como fuerza de ley” y no resulta ser más que un lugar donde aparecen “la guerra civil y violencia revolucionaria, esto es, una acción humana que abandona toda relación con el derecho”. Sostiene que el objetivo de su indagación respecto

del **estado de excepción** es “sacar a la luz la ficción que gobierna esta *arcanum imperii*”. Es decir, dar a conocer que lo que contiene el centro del poder es “un espacio vacío, en el cual una acción humana sin relación con el derecho tiene frente a sí una norma sin relación con la vida”. Concluye que “exhibir el derecho en su no-relación con la vida y la vida en su no-relación con el derecho significa abrir entre ellos un espacio para la acción humana, que en un momento dado reivindicaba para sí el nombre de la **política**. La política ha sufrido un eclipse perdurable porque se ha contaminado con el derecho concibiéndose a sí misma en el mejor de los casos como poder constituyente (esto es, violencia que pone el derecho), cuando no reduciéndose simplemente a poder de negociar con el derecho”. Sin embargo, Agamben termina sosteniendo que el **estado de excepción** es eficaz pero ficticio (una ficción real), que ha sido la regla de toda experiencia gubernamental occidental durante el siglo XX y que tal situación se enmarca en la maquinaria de la bio-política.⁽²⁾

En síntesis, para Agamben, la historia del siglo XX fue la historia de la puesta en marcha y aplicación de una “sociedad disciplinaria” impuesta desde un poder que, en su seno, legitima su acción opresora con una ficción real, que infesta la política y reduce al mínimo la acción humana.

A lo dicho agregaremos, primero, la segunda parte de la segunda tesis de Agamben que, como resultado de la indagación genealógica sobre el *iustitium*, plantea: “Por un lado, el vacío jurídico que está en cuestión en el estado de excepción parece absolutamente impensable para el derecho; por el otro, este impensable reviste sin embargo para el orden jurídico una importancia estratégica tan decisiva que se trata a cualquier costo de no dejarlo escapar”; y, segundo, sintetizaremos nuestros interrogantes dando una primera respuesta a la tesis que antecede, con la siguiente hipótesis: el esfuerzo por sostener la ficción real que implica el **estado de excepción**, tiene como propósito estratégico sostener la vigencia jurídica del concepto liberal-conservador de libertad, como fundamento de legitimidad del libre juego del poder económico.

(2) “Las llamadas ciencias humanas se consagran en estudiar al *hombre*, pero con el propósito de dominarlo. A esto Foucault le llama bio-poder. Y a la sociedad en que ese bio-poder se realiza: *Sociedad disciplinaria*” (Feinmann, 2010).

Es innegable que durante el siglo XX y lo que va del presente, el derecho fue reemplazado por decisiones⁽³⁾ totalitarias provenientes de intereses políticos y, fundamentalmente, económicos de minorías hegemónicas. Ejemplos de estas son el nacionalsocialismo en Alemania, el fascismo en Italia, el franquismo en España, el colonialismo en África, las dictaduras militares en Latinoamérica (cuyos estertores se sintieron hace poco en Honduras), o la "Patriot Act" dictada luego del atentado a las Torres de Nueva York del 11 de septiembre de 2001, que suspende derechos humanos y libertades civiles en Estados Unidos. Sin embargo, y más allá de toda ficción real, tales decisiones tuvieron y tienen como objetivo: controlar, limitar y/o suprimir la libertad del hombre. Este propósito fue "quitándose la ropa" a partir de los años noventa del siglo pasado y hoy puede verse desnudo en el interés del poder económico y comunicacional: ¿no representan acaso, un claro propósito de imponer una ficción real para mantener y sostener económicamente el *statu quo*, las hipotecas inmobiliarias con deudores insolventes (*subprime*) que Wall Street multiplicó en el circuito financiero internacional creando la famosa "burbuja inmobiliaria" o las constantes repeticiones de "ideas preconcebidas"⁽⁴⁾ que corporaciones televisivas imponen generando una comunicación sin información?

Nos parece que, una vez más, en este juego de impensables ficciones reales, el derecho, en pos de esa "importancia estratégica tan decisiva" que inquieta a Agamben, juega su papel de ausencia y presencia: desregulación financiera en un caso y libertad de prensa sin derecho a réplica en el otro,⁽⁵⁾ son claros ejemplos.

(3) Decisiones que, según Agamben, la teoría schmittiana presenta como facultad del soberano que, desde una aparente pertenencia al ámbito del derecho, tiene el poder de anular la norma sin dejar capturar ese ámbito de anomia que se genera.

(4) Pierre Bourdieu (1997) plantea la relación entre el pensamiento y la velocidad. Los *fast thinkers*. Estos, en televisión, son expertos capaces de dar repuestas rápidas a los temas que propone la cadena televisiva, y lo hace mediante ideas preconcebidas creando una comunicación instantánea: "...el intercambio de ideas preconcebidas es una comunicación sin más contenido que el propio hecho de la comunicación (...) desempeñan un papel fundamental en la conversación cotidiana, tienen la virtud de que todo el mundo puede recibirlas, y además instantáneamente: por su banalidad, son comunes al emisor y al receptor".

(5) Gregorio Badeni, uno de los constitucionalistas argentinos más importantes, abogado de ADEPA (Asociación de Entidades Periodísticas Argentinas) y del grupo comunicacional Clarín, sostiene que el derecho a réplica es inconstitucional porque "obligar a un medio de prensa a publicar algo que no quiere expresar es censura" porque esto "equivale a prohibir la publicación de una nota que se quiere difundir", en *diario Clarín*, 26/02/2006.

2 | El concepto liberal-conservador de libertad

Entendemos por concepto liberal-conservador de libertad al que refiere a la libertad individual como fundamento de la iniciativa privada en lo económico. Libertad que implica orden social y desregulación económica; libertad que exige respeto a las normas que respetan la inexistencia de normas en la economía; en definitiva, una libertad que lleva consigo la responsabilidad individual de la mayoría de conservar la continuidad pacífica, sin cambios, de aquello que no debe tener normas; y que garantiza el libre juego de una minoría que tiene el derecho a que, en nombre del respeto a las normas, guíen y ejecuten discrecionalmente, sin límites y sin reglas, los grandes proyectos de apropiación y administración de los recursos económicos.

Es esta libertad liberal-conservadora, la libertad en la que vivimos. Una concepción de libertad que une los valores liberales que fundaron las teorías contractualistas del siglo XVIII y que ha ido evolucionando refinadamente a la par de los progresos económicos y científicos que a lo largo del siglo XX cambiaron la forma de vida de la humanidad, con el propósito conservador de sostener solamente su rol legitimador del sistema económico. Esto es, una libertad que legitima pero que está desprovista de los valores que la fundaron.

“Esos valores implicaban el rechazo de la dictadura y del gobierno autoritario, el respeto del sistema constitucional con gobiernos libremente elegidos y asambleas representativas que garantizaban el imperio de la ley, y un conjunto aceptado de derechos y libertades de los ciudadanos como las libertades de expresión, de opinión y de reunión. Los valores que debían imperar en el estado y en la sociedad eran la razón, el debate público, la educación, la ciencia y el perfeccionamiento (aunque no necesariamente la perfectibilidad) de la condición humana” (Hobsbawm, 1998).

Estos valores y pautas que regían las relaciones humanas y que se encontraban dentro de los propósitos de los movimientos socialdemócratas de la primera mitad del siglo XX que, como sostiene Hobsbawm, “ya no eran

fuerzas subversivas, sino partidos que sustentaban el Estado, y su compromiso con la democracia”, fueron reemplazados por “los valores de un individualismo asocial absoluto, tanto en la ideología social como privada, aunque quienes los sustentan deploran con frecuencia sus consecuencias sociales”. Tal sociedad, “...constituida por un conjunto de individuos egocéntricos completamente desconectados entre sí y que persiguen tan solo su propia gratificación (ya se la denomine beneficio, placer o de otra forma), estuvo siempre implícita en la teoría de la economía capitalista”.

Como dice Hobsbawm, hoy “el mundo es incomparablemente más rico de lo que lo ha sido nunca por lo que respecta a su capacidad de producir bienes y servicios y por la infinita variedad de los mismos” y, al mismo tiempo, creemos, alarmantemente menos libre respecto de aquellos gritos de libertad que desde la revolución francesa, pasando por todas las demás revoluciones sociales y políticas, hoy sólo alcanzan a retumbar como fantasmas caídos en desgracia.

En el concepto de **liberalismo conservador**, el término “conservador” actúa como un adjetivo atenuante, o más bien negador, del sentido del “liberalismo” primitivo. La libertad entonces no es tal como la preconcebimos, sino una libertad fantasma, un significante vacío, un sello, una formalidad destinada a sostener una apariencia necesaria para justificar y mantener en marcha los engranajes de un conjunto de individuos encantados por consumir vorazmente los bienes y servicios, que la maquinaria del capitalismo produce con una capacidad de abastecimiento inédita y por ahora ilimitada.

Y no se trata, como propone Edgardo Logiudici (2007), de la probable coexistencia de “formas de relaciones autónomas, es decir libres” por afuera de un esquema de excepción en la aplicación de la norma heterónoma. El propósito del **estado de excepción** es no dejar a nadie fuera del esquema que propone. Por ejemplo, el estatuto para el proceso de reorganización nacional instaurado por la dictadura militar argentina iniciada en 1976, tenía por objetivo aniquilar cualesquiera forma de relaciones libres, y lo hacía expresamente en nombre del ejercicio del poder constituyente, intentando establecer así un nexo con el poder fundante del orden jurídico que suspendió. Por lo tanto, tal **estado de excepción** se fundaba y legitimaba desde una pretensión de poder constituyente. Esto es, la norma fundamental que suspende a la norma constituida, para

preservar un estado de cosas que la norma que se suspende en nombre de la norma, no le garantizaba.

La impensable ficción real de la que hablamos, necesita, como contrapeso, anclajes serios, efectivos y ejecutivos desde donde sostenerse, y este contrapeso no es otro que la concepción liberal-conservadora de libertad. El **estado de excepción** es una herramienta más para momentos en los cuales los sistemas de representación democráticos, con gobiernos libremente elegidos, no funcionan para su propósito.

En efecto, tales propósitos en gobiernos democráticos son garantizados por el plexo constitucional mediante cláusulas dogmáticas que no pueden ser alteradas y cuyo ejercicio queda sujeto a las reglamentaciones. El derecho de propiedad es la base desde donde se articula el principio de reserva de los demás derechos; es decir, que aquello que el derecho de propiedad no prohíbe, está permitido: todo lo que contribuya a trabajar y ejercer toda industria lícita; navegar y comerciar; peticionar a las autoridades; entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; publicar las ideas por la prensa sin censura previa; usar y disponer de su propiedad; asociarse con fines útiles (art. 14 de la Constitución de la Nación Argentina). Junto con ellos, están el sometimiento al culto católico, a los impuestos y la forma representativa de gobierno.

En un sentido declamativo y programático, se encuentran los demás derechos que la inviolabilidad de la propiedad (la cual tiende a preservar el estado de cosas), torna de imposible realización, como son el derecho a una vivienda digna, a la salud y a la educación. No resulta casual que países que padecen gravemente la ausencia de estos derechos, tras el advenimiento de gobiernos populares, intenten hoy (a pesar de la férrea oposición de quienes ostentan el poder económico) la modificación sustancial de sus constituciones nacionales como, por ejemplo, Venezuela, Bolivia y Ecuador.

En estos términos, lo estratégico y decisivo se manifiesta en sostener el ejercicio, pacífico o por la fuerza, de una libertad que viene a conservar un liberalismo que acepta la jerarquía social, los intereses económicos de las clases dominantes y una forma de vida basada en un individualismo absoluto, desprovista de todos los principios sociales y democráticos que las concepciones del liberalismo originario fundaron, para acompañar

las revoluciones sociales contemporáneas en el marco del imparable progreso económico iniciado entre los siglos XVII y XVIII.

Una idea de libertad que encuentra su punto de partida en la filosofía tradicional que, como sostiene Ferry y Renaut (2001), concibió, y aún concibe, al hombre como una cosa, como un objeto fabricado. “En semejante visión del mundo, la libertad humana desaparece, el hombre se encuentra prisionero de una naturaleza, asignado a una finalidad o un modelo del cual no puede evadirse...”.

3 | La vuelta a las filosofías de la libertad

Si el concepto liberal-conservador de libertad es la piedra basal de los regímenes autoritarios y democráticos, que aseguraron y aseguran aún la desigualdad social y económica por medio de los dispositivos jurídicos de normas y excepción, la tarea de la filosofía política y del derecho no puede ser otra que intentar hacer volar tal peñasco, pensando en transformar esta realidad de catástrofes desde una concepción radicalmente opuesta de libertad. Es en este sentido que consideramos que se hace vital volver a las filosofías de la libertad, para replantearla, rediscutirla y volver a fundarla.

Entre ellas, resulta impostergable y necesario volver especialmente sobre el concepto de libertad que Jean-Paul Sartre desarrolló en su obra filosófica. Puesto que se trata de una idea de libertad que coloca al hombre como responsable único de su destino, en tanto es el hombre quien elige permanentemente sus proyectos y no al revés.

En la filosofía sartreana, el derecho, como la libertad, viene al mundo por el hombre; también su carácter opresor. Pero, sostiene Sartre, la libertad es el fundamento del hombre. Aunque es una libertad que para ser tal no admite reposo sino compromiso con la elección que el hombre hace en cada acto, en tanto es una nada que tiene que hacerse para ser. Por eso, Sartre dirá que el hombre es el ser por el cual la nada adviene a las cosas, que el hombre es una pasión inútil por ser algo, que la libertad humana precede a la esencia del hombre y la hace posible. ¿Cómo, entonces,

desde esta perspectiva, el derecho podría pretender reducir al hombre a una cosa gobernada por leyes de exterioridad? Si el derecho pretende ser más que un proceso inerte, ¿de qué manera puede ser posible que la libertad inalienable del hombre pueda quedar sometida a una violencia gubernamental que en nombre del derecho, ignora el derecho?

Un concepto de libertad como fundamento de cada acto del hombre, es una libertad que adviene a las cosas, al mundo, por el hombre. La existencia del hombre, entonces, es suficiente para que esta libertad sea inalienable.⁽⁶⁾ Pero, además, es una libertad que se manifiesta cada vez que el hombre elige y, en esa elección, le exige responsabilidad. Si esto es así, tales ficciones reales como el **estado de excepción** no pueden ser argumentos que atenten contra la libertad del hombre, sino por el contrario, resultan ser en su esencia sólo barreras, resistencias, destinadas a ser vencidas por una libertad que se revela inexorablemente en el marco de los conflictos que plantean adversidades como éstas.

En un mundo plagado de resistencias a los proyectos colectivos del hombre, donde, como decía Hobsbawm (1998), el “individualismo asocial” —que constituye una sociedad de individuos desconectados entre sí y motivados por el afán de sostener a cualquier precio el libre juego del poder económico— es el fundamento de legitimación de gobiernos autoritarios y/o democráticos que aseguran la desigualdad social y económica, se hace vital oponer un concepto de libertad que encuentre en el hombre su fundamento. Puesto que es el hombre quien encarna la política y ésta última el motor de la voluntad capaz de derribar los edificios de la opresión y la desigualdad.

En síntesis, los esfuerzos por sostener social y políticamente el *statu quo* que controla la producción y el consumo masivo de bienes y servicios, potenciado por el formidable y vertiginoso desarrollo de un poder comunicacional sin precedentes, hoy se asientan en una concepción de libertad que, desprovista de todo contenido, sólo conserva su poder legitimador. Ficciones reales, impensables, como un **estado de excepción** a las normas, o la manipulación de la información de los medios masivos de comunicación; son algunos de los mecanismos que esconden tal propósito.

(6) Aunque, como explica Sartre, el fundamento de la alienación también es la libertad.

Si la concepción liberal conservadora de libertad es el fundamento del presente estado de cosas, es porque tal libertad encuentra en este estado de cosas su fundamento. Por lo tanto, para desenmascarar los propósitos que sostienen un mundo injusto y desigual y sentar las bases de un mundo diferente, será nuestra tarea y responsabilidad, y en especial de la filosofía política y del derecho, volver a reencontrarnos con el hombre y su fundamento: la libertad.

Bibliografía

AGAMBEN, G., *Estado de excepción*, Buenos Aires, Adriana Hidalgo editora, 2007.

BOURDIEU, P., *Sobre la televisión*, Barcelona, Anagrama, 1997.

FEINMANN, J. P., *La filosofía y el barro de la historia*, Buenos Aires, Planeta, 2008.

FEINMANN, J. P., “Peronismo: Filosofía política de una obstinación argentina”, en *Página 12*, año 23, n° 7727, 2010.

FERRY, L. y A. RENAUT, *Heidegger y los modernos*, Buenos Aires, Paidós, 2001.

HOBBSAWM, E., *Historia del siglo XX*, Barcelona, Crítica, 1998.

LOGIUDICI, E., *Agamben y el estado de excepción*, Buenos Aires, Herramienta, 2007.

SARTRE, J.-P., *El ser y la nada*, Buenos Aires, Losada, 2006.

SARTRE, J.-P., *Crítica a la razón dialéctica I y II*, Buenos Aires, Losada, 2004.