

Libertad, violencia y derecho: un encuentro desde la autonomía personal y la realización democrática

Armando S. Andruet (h)

*“Ningún sacrificio es demasiado grande
para nuestra democracia,
y menos que menos el sacrificio temporario
de la propia democracia”¹*

Resumen

Una tesis principal de este artículo es el carácter interdependiente que tienen los conceptos de libertad, violencia y derecho: donde hay derecho, también existe afectación a la

¹ ROSSITER, C. *Constitutional dictatorship. Crisis government in the modern democracies*, New York, Harcourt Brace, 1948, pág. 314.

Código de Referato: SP-27.VI.educc/2005.

El presente texto fue presentado y debatido en reunión plenaria del *Centro Extra-Muros de pensamiento sobre cuestiones de frontera*, de la Universidad Católica de Córdoba, en el ciclo académico 2004-2005, dedicado al tema “*Violencia y libertad*”.

STUDIA POLITICÆ



Número 06 ~ invierno 2005.

Publicada por la Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales,
de la Universidad Católica de Córdoba, Córdoba, República Argentina.

libertad, y por lo tanto, violencia de algún modo. Una manera de indagar el fenómeno, es hacerlo desde la misma autonomía personal del ciudadano, en orden a la diversa manera en que ellos pueden optar por realizar sus proyectos de vida.

La violencia jurídica puede ser procedimental o sustancial, esta última se distingue por la afectación que a derechos fundamentales se causa; sin embargo el mismo derecho que es violencia a la libertad humana, también otorga los modos en que esa libertad pueda ser realizada. Se diferencia entonces, una libertad natural de una libertad naturalizada.

Presentado el aparato teórico del ensayo, se hace una aplicación desde la praxis, para lo cual se discute acerca del límite del ámbito de lo jurídico con lo no-jurídico, tomando un papel fundamental en el análisis el lugar que ocupan los jueces, en cuanto realizadores de la moderación judicial, por ser los demarcadores entre una y otra geografía en particular, a la luz de cómo se emplazan en la sociedad civil la diversidad de proyectos de vida.

Abstract

The main thesis of this article is the interdependent character of the notions of freedom, violence and law: wherever there is law, freedom is affected and there is, therefore, some kind of violence. A way to analyse this phenomenon is to focus on the citizens' personal autonomy and the different ways they choose to carry out their life plans.

Juridical violence can be proceedings-linked or substantial, the latter being characterized by the affectation of fundamental rights. However, the same law that means violence upon human freedom also grants the ways through which freedom can be exercised. It is, then, possible to differentiate between *natural freedom* and *naturalized freedom*.

After introducing a theoretical background to the essay, a presentation is made from the praxis. In order to do so, the limits between the juridical and the non-juridical environments are discussed. In this sense, the role the

judges play as juridical moderators and as definers of the different geographies is emphasized in the light of how the diverse life plans fit in the civil society.

I. El vínculo trial

En realidad desconocemos si la triada de conceptos que antecede puede en rigor, tener algún tipo de reconducción entre ellos. En todo caso, tómesese la anterior proposición sólo como una mera estrategia argumentativa², puesto que cuando se dice que una tal afirmación se trata de una hipótesis de trabajo, en la mayoría de los casos con ello, se está encubriendo una verdadera petición de principios³.

De cualquier modo y volviendo al epígrafe, inicialmente podemos otorgar más crédito a que ello sea posible, cuando la relación aparece entre el binomio violencia y libertad. Ello así, porque por definición pensamos a la violencia como alguna suerte de elemento, conducta o realización que interrumpe o discontinua algún proceso de libertad o a la libertad en sí misma. Mas el derecho, no tiene esa misma sonoridad al menos y si algo rememora el mencionado fonema es regresivamente orden y prescripción; pero que a la sazón puede significar también afectación a la libertad.

Desde esta perspectiva entonces es que encontramos una continuidad al menos discursivamente posible entre ‘derecho’, ‘violencia’ y ‘libertad’, puesto que si se toma como un dato de fortaleza in-

² Según lo recuerda Schopenhauer con ello ejerceríamos una estrategia dialéctica. Motivo por el cual —tal como es sabido— estamos construyendo pedagógicamente una argucia o falacia argumentativa (*vide* SCHOPENHAUER, A. *Dialéctica erística o el arte de tener razón, expuesta en 38 estratagemas*, Madrid, Trotta, 2000).

³ El sofisma *petitio principii*, en breve síntesis se comete toda vez, que se consigna en la premisa inicial aquello que luego será objeto de demostración en la conclusión. Se afirma entonces lo que se debe demostrar (cfr. ARISTÓTELES. *Análíticos Primeros*, 65a27).

telectual y constatado en una mirada histórica crítica⁴, que en toda forma de expresar la libertad, también se entifica alguna manera de gestionar la violencia, aun cuando ello sea para amilantarla, disminuirla o minimizarla. Resulta de inocultable evidencia que el derecho deviene aquí, como la estructura ingenieril a partir de la cual, se puede —o no— expresar la libertad y por lo tanto gestionar —o no— la violencia.

En definitiva libertad, violencia y derecho son razones que si bien no se puede decir que acabadamente funcionen de una manera inversa a como es posible predicar la veracidad o falsedad de dos proposiciones contradictorias⁵; y por ello, es que no se puede lógicamente pensar una sin a la vez excluir a la otra; se puede sostener que la trilogía funciona con una suerte de interdependencia, que obviamente que no es categoría lógica sino en el mejor de los casos, acaso si fuera alguna, sería impuesta desde la propia discusión iusfilosófica contemporánea donde un vivir común a los hombres así lo ha impuesto.

Cuando hablamos de que el derecho irrumpe a la libertad lo podemos pensar, en tanto que la vida en sociedad es una imposición de la pura existencia del modo de vivir humano; y por ello se puede entender que el derecho a veces, a fines de asegurar —en sentido lato— esa convivencia, debe restringir procesos de libertad⁶. En

⁴ Nos remitimos en este sentido, al destacado trabajo de FONTI, D. “¡Piedra libre! (Para todos mis compañeros). Algunas narraciones influyentes sobre la libertad”, 2005, manuscrito.

⁵ En lógica dentro de las leyes de la oposición, la de contradicción dice: dos proposiciones contradictorias no pueden ser verdaderas al mismo tiempo, ni falsas al mismo tiempo. Agrega Maritain: “Si una es verdadera, la otra es falsa; si una es falsa, la otra verdadera. Ley de las contradictorias” (MARITAIN, J. *El orden de los conceptos*, Bs. As., Club de Lectores, 1980, pág. 183).

⁶ La historia sin duda alguna es la mejor observadora de los absurdos que en tal línea de cuestiones han ocurrido, entre los casos siempre desde nuestra perspectiva más paradigmáticos se anota el del Conde ruso Araktschejev quien ordenó en la colonia militar bajo sus órdenes que “Las mujeres deben dar a luz todos los años un hijo; si es una hija, deberán pagar una pena...” (citado por ENGISCH, K. *El ámbito de lo no jurídico*, Córdoba, U.N.C., 1960, pág. 34).

la misma forma que el hombre no puede vivir privado totalmente de la libertad⁷, tampoco puede hacerlo fuera del derecho que a ella la contenga; el ‘buen salvaje’ o el ‘digno Adán’, son modelos de la teoría política o de la tradición bíblica respectivamente, mas lo cierto resulta que el hombre, junto a otros, ha aprendido o quizás todavía lo esté haciendo, a domeñar su libertad en función del derecho.

Acaso se puede explicar que un hombre en puro estado de libertad es paradójicamente aquél ‘a-político’, ello así, porque la polis justamente se puede establecer como comunidad organizada en función de normas y por lo tanto, de primitivos o no, ordenamientos jurídicos. Cuando decimos ordenamiento jurídico, nos referimos a un particular sistema normativo, que por tal razón, presupone un conjunto de normas. De allí también se colige que la condición básica para que el mismo exista, está en que concurren en él varias normas, o al menos dos, luego, no es posible un ordenamiento —digamos un derecho—, constituido por una sola norma que se refiera a la totalidad de acciones posibles y las cualificase con una sola modalidad deóntica, esto es: prohibido, obligatorio y permitido⁸.

En función entonces de dicha improponibilidad de un ordenamiento de una sola norma, y debiendo ser inexorablemente de varias; es que allí donde hay derecho —(y violencia)— hay libertad de alguna manera afectada en orden a cualesquiera de las siguientes di-

⁷ Huelga destacar que nos referimos a libertad como acción/omisión, pero puesta en el mundo biográfico y no meramente como construcción intelectual. En este caso, la libertad sería como un ‘movimiento inmóvil’ que podría ser mas intuida que otra cosa como existente, cuando hablamos verbigracia de libertad de pensamiento. Mas tan pronto el pensamiento es dicho, pierde esa categoría de movimiento inmanente.

⁸ Bien clarificado es el punto por Bobbio, cuando invita a pensar un ordenamiento de una sola norma, con alguno de los siguientes contenidos: 1) Todo está permitido, que en realidad es la negación del ordenamiento y el triunfo del estado de naturaleza; 2) Todo está prohibido, con lo cual devendría imposible toda clase de vida social; 3) Todo está ordenado, resultaría igualmente imposible la vida social, porque las acciones posibles estarían en conflicto entre sí (BOBBIO, N. *Teoría general del derecho*, Madrid, Debate, 1991, pág. 162).

mensionen: restringida, limitada o finalmente anulada. A tal efecto, bien se podría establecer una categorización —*mutatis mutandi*— de organizaciones políticas contemporáneas, según cómo priven de libertad al hombre, a saber: anarquía, tiranía y democracia.

Desde este punto de vista, un sistema político que al menos como tendencia favorezca el ‘todo está permitido’, parece más anarquía que otra cuestión; otro que privilegie el ‘todo está prohibido’, se aproximaría a una tiranía y finalmente el que dispusiera con mayor exigencia que ‘todo está ordenado’, resultaría más próximo a la democracia. En cualquiera de estos tres supuestos, la relación del binomio complejo ‘derecho-violencia’ versus ‘libertad’, se disputan históricamente cuota partes imaginarias, del territorio de las acciones humanas.

También por definición, a pocos ciudadanos se les ocurriría sostener que el derecho es violencia por el sólo hecho que les impone el nombrado, una serie de reglas que a la vez, son las que aseguran su misma convivencia pacífica con los demás. Sólo el ‘buen salvaje’ emilianamente educado, en la diatriba de J. Rousseau, se puede sentir violentado —*rectius*: derecho como violencia— porque por ejemplo, existen normas jurídicas que imponen que los hijos tienen que ser inscriptos, los matrimonios asentados en las actas respectivas y las defunciones de las personas constatadas y registradas, y para qué decir, de los contratos que a diario se ejecutan y de toda otra gama de negocios que, aunque jurídicos, son comunes y cumplidos sin consciencia jurídica acorde a exigencias que de seguro ellos imponen, nos resultan tan naturales que a nadie se le ocurriría sostener que limitan la expresión natural.

En realidad si acaso se computaran los tiempos horarios en que el hombre se encuentra limitado, restringido o meramente sometido al derecho, se comprendería que es ello en una buena parte del día del cual tenemos consciencia operativa; y tal vez ello para una mirada ligera, pueda ser un primer síntoma de una presencia violenta la que el derecho tiene con las personas en cuanto ocupa, la mayor parte de su biografía activa.

Mas como la violencia no se mide por horas, sino por la intensidad de la intromisión violenta o por la ruptura que a nuestra liber-

tad ella genera; el eje del análisis pasa por internalizar críticamente cuáles de todas esas realizaciones en las que el derecho nos informa —o violenta— de cuál modo hay que realizarlas. En tal marco habrá que ponderar si son ellas auténticamente trascendentes desde una perspectiva no meramente política o institucional, sino como afectación a algún camino autoreferencial y por lo tanto, de profunda intromisión personal.

II. Las tensiones entre el derecho y la libertad

Así es como desde esta perspectiva irrumpe con total necesidad en la discusión, seguramente uno de los conceptos que mayor vigencia ha tenido en la filosofía jurídica moderna y contemporánea, como es el de autonomía⁹; que es posible como realización humana que sea armonizada con la vida socio-institucional o puede ser, fuertemente recortada en función de intereses socio-institucionales. De allí entonces, que no se trata de un mero problema de individuos sino que en realidad es de colectivos —mayoritarios o minoritarios— puesto que tiene el mismo, una alta relevancia en la operatividad de las mismas prácticas sociales¹⁰.

Queremos también agregar, y particularmente a tenor de lo que habrá de ocupar los próximos párrafos, que bien pudo ser el título de esta contribución el de: *Visiones de la libertad desde el liberalismo y del republicanismo*; puesto que con especial énfasis la di-

⁹ Sin perjuicio de otras ampliaciones que del concepto vayamos efectuando, liminarmente resulta satisfactoria la siguiente: “la autonomía, connota la capacidad de los seres humanos de razonar conscientemente, de ser reflexivos y autodeterminantes. Implica cierta habilidad para deliberar, juzgar, escoger y actuar entre los distintos cursos de acción, posibles en la vida privada al igual que en la pública” (HELD, D. *Modelos de democracia*, México, Alianza, 1992, pág. 325).

¹⁰ Son muchos los autores que contemporáneamente han afirmado en la autonomía, la misma idea de una construcción política alternativa que no tiene como eje central la conquista del poder del estado, sino el poder potencializar las acciones colectivas que emergen y arraigan en la sociedad para construir otro mundo (cfr. THWAITES REY, M. *La autonomía como búsqueda, el Estado como contradicción*, Bs. As., Prometeo, 2004, pág. 14).

ferencia entre ambos modelos radica, en la diversa mirada que tienen del papel del derecho frente a la libertad ¹¹.

Para los liberales, la ley es una invasión de la libertad ¹², ello se advierte con vigor, particularmente en los pensadores políticos ingleses. En dicho ideario autores de la talla de Maurice Cranston han sugerido que para el liberal inglés, las coacciones del estado, y por eso coacciones de la ley, son las principales amenazas que pesan sobre la libertad ¹³. El republicanismo por su parte sostiene, que las leyes son las que crean la libertad de la que gozan los ciudadanos y por tanto, el derecho no usurpa libertad alguna. Huelga señalar el anclaje que la nombrada construcción tiene, en la misma concepción de ciudadanía o *civitas*, la cual a su vez, no se comprende sino dentro del reino de la ley ¹⁴. Precisamente por el

¹¹ En este sentido el artículo de PETTIT, P. "Liberalismo" en *Diccionario de Ética y de Filosofía Moral* (M. Canto Sperber, Dir.), México, F.C.E., 2001, T.II, pág. 939, 1ª col.).

¹² "Los sistemas jurídicos basados en los principios del liberalismo presuponen una concepción del ser humano que no es otra que la del individuo racional que actúa a partir de sus propias decisiones tomadas libremente, sin la coacción de terceros, y regulan la conducta de las personas autónomas disponiendo sus normas de modo que garanticen al individuo un amplio espacio de no intervención" (ALVARES, S. "La autonomía personal" en *Estado, Justicia, Derechos* (E. DÍAZ, J. COLOMER, Eds.), Madrid, Alianza, 2002, pág. 153).

¹³ CRANSTON, M. *Freedom: A new analysis*, Londres, Longmans, 1967, pág. 48. En igual sentido lo retoma Anthony ARBLASTER quien apunta: "La libertad, para los liberales, continúa significando, ante todo, la libertad respecto al control, a la coacción, a las restricciones y a la injerencia del Estado" (*The rise and decline of western liberalism*, Oxford, Oxford University Press, 1984, pág. 58). Una buena muestra de ello en los liberales contemporáneos como John Rawls y Ronald Dworkin en temas de alta sensibilidad como es el suicidio, puede ser consultado en ZAMBRANO, M. *La disponibilidad de la propia vida en el liberalismo político*, Bs. As., Abaco, 2005.

¹⁴ La autoridad que es quien dicta la ley, para el republicanismo si bien es cierto que son dominadoras socialmente, es también idea instalada dentro de los que cultivan la tesis, que estas autoridades estarán a su vez sometidas a coacciones, no tendrán poder arbitrario sobre los ciudadanos por una constitución apropiada o por la autoridad de la ley, así cuestiones tales como la representatividad, la rotación de los mandatos, la separación de los poderes (Cfr. OLDFIELD, A. *Citizenship and community. Civic republicanism and the modern world*,

carácter indiscutible que tiene en dicho ideario, la idea de ciudadanía, se aproxima bastante tal modelo, a lo que se postula contemporáneamente como comunitarismo.

A los efectos de dejar asentada posiciones, y tal como se podrá advertir ulteriormente; desde el punto de vista conceptual y teórico, abrazamos la tesis republicana, porque en definitiva los proyectos de vida de los ciudadanos deberían tener siempre un contexto —no una limitación— en el cual ellos se construyen y que tiene como línea vertebral básica, la propia *civitas* en donde el rol deliberativo de los ciudadanos y el reconocimiento a cada uno de los integrantes de la comunidad, es parte de un modo de construir confianzas recíprocas entre ellos¹⁵. Sin embargo desde la experiencia concreta del sólo vivir políticamente, a veces se advierte que los mencionados paradigmas de una modelo republicano son de difícil concreción, sea porque la deliberación de quienes conducen la *civitas* y por lo tanto, que dictan el derecho y delimitan espacios de libertad del hombre, no es lo suficientemente madura y orgánica o porque el poder del estado es siempre dominación a otros.

De tal guisa que en la práctica por momentos aún los republicanos tienen la triste percepción, que los ciudadanos sólo tienen libertad en el silencio de las leyes, esto es, allí cuando el derecho por acción u omisión no interviene; con lo cual, es la realidad quien empuja —fatigosamente sin duda— a darle alguna cuota de razón a Thomas Hobbes, cuando afirma “La máxima libertad de los súbditos depende del silencio de la ley (...) En los casos en que el

Londres, Routledge, 1990, citado por PETTIT, P. “Liberalismo” en *Diccionario de Ética y de Filosofía Moral* (M. CANTO SPERBER, Dir.), México, F.C.E., 2001, T.II, pág. 940, 2ª col.).

¹⁵ No podemos ocultar nuestra sintonía en este punto al menos con Charles Taylor en cuanto recupera con fortaleza el ideal moral de la autorealización de ser fiel a uno mismo, esto es cultivar un ideal de autenticidad. No se puede obviar tampoco de señalar, que para la existencia de la autenticidad se requiere de una libertad autodeterminada que va más allá que la libertad negativa (*vide La ética de la autenticidad*, Barcelona, Paidós, 1994, pág. 48 y 64 particularmente).

soberano no ha prescrito una norma, el súbdito tiene libertad de hacer o de omitir, de acuerdo con su propia discreción”¹⁶. Advertidos de tal cuestión, como se ha indicado más próximos a un modelo que otro, quizás todo el desafío de la presente comunicación pase por intentar un abordaje si se quiere, de un republicanismo un tanto más liberal¹⁷.

La limitación del derecho o la violencia que *prima facie* se puede experimentar por el mismo, se trata de una ‘violencia procedimental’, puesto que a primera vista indica de qué manera tales o cuáles actos se debieran cumplir, para que tengan efectos provechosos para quienes así los realizan. Pues por caso, absurdo sería pensar, que alguien quiere realizar un determinado negocio de compraventa y si es el vendedor: entregar la cosa y no recibir el dinero por ella. Definitivamente dicha violencia del derecho, que nombramos procedimental es *intuita* a la dimensión socio política del hombre; prescindir de ella, es estar fuera de la polis y tal como Aristóteles dijo, es ello un privilegio de los dioses o de las bestias.

Con una tal tesis es que también tomamos deliberada distancia de quienes profesan la dimensión autonómica del hombre como omnimoda, y que la transforman en un proceso de lucha por la construcción de una nueva subjetividad no subordinada, para con ello lograr una emancipación plena¹⁸.

No nos referimos entonces, a esa violencia procedimental que anima intrínsecamente al derecho, toda vez, que una de las notas conceptuales propias del mismo es ser prescriptivo, y por lo tanto, al no rogar, pedir o solicitar, sino obligar y mandar sin duda, que es de alguna manera violencia. Mas se trata, iteramos, de una violen-

¹⁶ HOBBS, T. *Leviatán*, Parte II, Cap. XXI, se cita según Ed. Universitaria, Universidad de Puerto Rico, 1971, pág. 188.

¹⁷ Obviamente que no aspiramos ninguna originalidad, con muchas más auto-ridad que nosotros ya Will Kymlicka ha insistido en la posibilidad de compatibilizar una posición liberal y una defensa de los derechos de las minorías e incluso una idea de ciudadanía (*vide Ciudadanía multicultural*, Barcelona, Paidós, 1996).

¹⁸ *Vide* CASTORIADIS, C.; *El mundo fragmentado*, Bs. As., Altamira, 1990.

cia generosa, de una necesaria para que otros individuos en definitiva, puedan ordenar sus propios espacios de autonomía.

Volvemos a postular que sin perjuicio que en el avance del trabajo, se vaya delimitando naturalmente lo que entendemos por autonomía, por ahora cabe señalar de cuáles son las condiciones que dicha noción debe sumar, y tal como formulara Emanuel Kant, a saber: ‘racionalidad’ e ‘independencia’, y que hoy parecen al menos insuficientes para dicha construcción.

En tal línea, desde diversos autores contemporáneos, se ha incorporado a las citadas condiciones, la prelación u ordenación que cabe asignarle por el sujeto autónomo a sus ‘preferencias’ u ‘opciones relevantes’¹⁹, motivo por el cual, indiscutidamente que la autonomía del sujeto no es una cuestión puramente formal, sino que además de ello, las condiciones sustantivas para un tal ejercicio concreto. Por último debemos adelantar, que resultaría poco creíble el no considerar como una variable determinante para la autonomía del sujeto, el contexto cultural, puesto que el nombrado, en verdad que forma parte de la misma identidad del sujeto autónomo²⁰.

III. La violencia jurídica. De lo procedimental a lo sustancial

Habremos de intentar situarnos en un discurso, que nos distancie de esta noción de ‘violencia procedimental’ y nos lleve al umbral de una ‘violencia jurídica sustancial’ y por ello, cualitativamente diferente de la antes citada. Ya no se trata de las formas en que los

¹⁹ Se puede seguir para el primer caso, las diferencias que formula H. Frankfurt y que fueran consideradas por BAYON, J. *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, C.E.C., 1991, pág. 57 y ss. y para lo segundo, la obra directamente de RAZ, J. *The morality of freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986, pág. 372 y ss.

²⁰ Ha señalado Albert Calsamiglia que “la idea de autonomía entendida como un individuo que elige sin ningún condicionamiento es una idea equivocada. Los hombres de carne y hueso nacen en unas condiciones determinadas y su autonomía no es absoluta sino relativa a un contexto” (*Cuestiones de lealtad*, Bs. As., Paidós, 2000, pág. 121).

actos se deben cumplir, sino en rigor de verdad, de cuáles actos humanos y qué grado de relevancia deban poseer para quedar sometidos a las formas de violencia sustancial²¹.

Inicialmente destacamos que el verdadero conflicto en realidad se produce, cuando los llamados derechos fundamentales²² y por lo tanto, los que otorgan la base de sustentación a todo *homo socialis*²³; devienen reglamentados²⁴ en un margen mayor al que la misma razonabilidad de la ‘violencia jurídica procedimental’ construye como potable y por lo que, se convierte la misma en ‘violencia jurídica sustancial’ puesto que, afecta a los mismos derechos de los ciudadanos que están en la base del sistema jurídico.

Desde este punto de vista no se puede ocultar, que el derecho ha tomado entonces, una cuota de connaturalidad tan notable en la realización social de los hombres, que de la misma manera que vivir socialmente implica una cierta cuota de restricción, tanto en lo que concierne a la libertad natural que a cada uno asiste, como a la misma vehemencia que deviene ser medida o moderada, sea por

²¹ Siguiendo esta lógica se puede decir, que la ‘violencia procedimental’ es siempre medible en escalas de cuánto es lo que el derecho en términos de libertad permite; mientras que la ‘violencia sustancial’, se refiere a las mismas materialidades de la acción. Desde este punto de vista, de nada le serviría al hombre estar en un sistema de derecho donde acaso, la violencia procedimental sea de escasa relevancia —por ello máxima libertad—, por caso para ejercitar la publicación de la libre expresión si a la vez, la violencia sustancial ha excluido de dicho menú disponible, a la literatura referida a un autor o de una temática en particular.

²² Brevemente se puede decir de ellos, que “aluden a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada” (PÉREZ LUÑO, A. *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1988, pág. 46).

²³ Ello es así en orden a que tienen una doble dimensión, por una parte se presentan como un conjunto de valores objetivos básicos para todos y a la vez, como el marco de protección de las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos respecto a aquéllos valores.

²⁴ A tal respecto la lectura del art. 14 de la Constitución Nacional deviene de indiscutida autoridad: “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos *conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio*; a saber:...” (la bastardilla es nuestra).

propio temperamento personal o por pura cortesía y educación. El vivir con el derecho es el modo de vivir que tiene el hombre.

De cualquier manera no se nos escapa que en determinadas circunstancias los ciudadanos, esto es entonces: hombres que coexisten en una polis, pueden llegar a tener modelos diferentes de organización de la mencionada sociedad política y en función de ello, creer que el sistema jurídico que los delimita en tanto determina lo permitido, prohibido u obligatorio es acaso insatisfactorio, propiamente maligno y por lo que, es percibido el nombrado esquema normativo, desde lo existencial como violento. Nadie en su sano juicio dudaría en afirmar, que el modelo socio jurídico ficcionado por George Orwell del ‘gran hermano’, sin duda que era violento porque oprimía, cosificaba al hombre en un todo absolutamente importante como era la sociedad y lo relegaba a ser sólo, una mera unidad de funcionamiento previsible.

Tampoco a nadie se le escapa pensar, que el derecho que diariamente nos orada y traspasa desde antes de nacer y hasta después de morir con sus prescripciones, indicaciones, reglas y normas, formas, formalismos y formulismos; el que a veces se presenta como un fenómeno social absolutamente violento. Violento porque nos hace perder algunas posiciones en nuestros propios proyectos de vida, que como tal siempre conllevan una provocación de conquista de mayor libertad y que los individuos internalizan como opciones totalmente loables y valiosas, para la misma comprensión de la realización social ²⁵.

IV. Topografías de los proyectos de vida

Adelantamos en afirmar que en rigor el único proyecto de vida que el hombre puede tener seguridad de alcanzar, es el de que no

²⁵ Como es obvio, no alentamos ningún proyecto de vida que en realidad importe clausurar todos los restantes, puesto que ello o será tiranía o anarquía y en cualquiera de los dos casos, estamos fuera del ámbito de los derechos fundamentales que presupone por definición un orden constitucional consolidado.

podrá sustraerse a la limitación de su libertad que el derecho, hará en pos de los otros. Es indudable que aquí podríamos discutir animosamente en torno a que es lo que podemos entender como razón común de un proyecto de vida.

A tal fin y sólo inicialmente hay que puntualizar, que se tratan de las mismas aspiraciones y realizaciones que el sujeto civil propende cumplir en el marco social y que transitan demandas desde materiales hasta espirituales, actuales o futuras, autoreferentes o con referencia a terceros; sin distinción en orden a la calidad de las mismas ni tampoco a la intensidad de ellas. Desde esta perspectiva claramente descarnada, proyecto de vida es un concepto holístico y totalizador de la naturaleza humana y concentra la sumatoria más o menos ideal de proyecciones, que el hombre tienen en un determinado tiempo y lugar y que, en modo alguno puede considerarse siquiera que habrá de ser mantenida en el tiempo ²⁶.

Resulta conveniente entonces delimitar que es posible, comprender la existencia de proyectos de vida que impongan restricciones a la libertad y por lo tanto resulta, que no toda afectación que a la libertad se realiza, puede derechamente ser entendida agravante a un modelo autonómico ²⁷.

Mas como se podrá advertir, la diferencia radica en que es la personal opción del sujeto de coartar o restringir su propia libertad, para de seguro con ello, llevar adelante la consecución de un proyecto de vida que comprenda como satisfactorio. Ello se explica a partir de las llamadas ‘preferencias de primer y segundo orden’ que el sujeto tiene, en donde, al efecto de cumplir una de segundo lugar —aunque sea más importante que la restante— decide sa-

²⁶ Desde otra perspectiva ha dicho Thomas Nagel que “cada uno de nosotros es un núcleo independiente e irreductible de libertades y valores que no puede diluirse en el bienestar general” (“Los derechos personales y el espacio público” en *Democracia Deliberativa y Derechos Humanos*, Barcelona, Gedisa, 2004, pág. 51).

²⁷ Dentro de la variedad de ejemplos que se pueden formular, resulta claro el de aquél sujeto, que decide alistarse voluntariamente en un ejército profesional para con ello realizar su verdadero y ferviente mayor deseo de vida; aun cuando ello le imponga una notable restricción en su libertad personal.

crificar una cuota —mucha o poca— de su libertad; que inicialmente es lo que aparece con gran notoriedad en toda preferencia de primer orden²⁸. Con ello así los autores han querido mostrar que libertad y autonomía, no son siempre proporcionales, sino que en determinadas circunstancias pueden avanzar en el sentido inverso.

Con ello queda claro, que los proyectos de vida del hombre, corresponde que sean estimados en acto y en potencia; puesto que el límite de la actualización de los mismos —con independencia de los demás factores que los permitan ejecutar— requiere del concurso necesario del derecho. Desde una construcción hasta si se quiere metafísica de la tesis del proyecto de vida, el derecho hace las veces de causa eficiente y por lo tanto, es quien posibilita la actualización del mismo.

Acorde a lo dicho los mencionados programas de vida no son todos los deseados y aun posibles biográficamente; sino sólo los jurídicamente posibilitados. En realidad hay que señalar que proyectos de vida en donde el aspecto potencial y actual sea una brecha de corta distancia, sólo es posible predicarlos en comunidades donde la fuerza del derecho o sólo cumple un rol artificial y entonces la ley del más fuerte sigue siendo la que impone los únicos proyectos de vida realizables; con lo cual, habiendo sólo proyectos de vida de los fuertes o de unos pocos, lo que no existe es posibilidad de predicar la existencia de los mismos. Cuando los proyectos de vida no son una posibilidad para todos, sino sólo para algunos, el derecho es lo que no existe. Afirmamos entonces, que quien proyecta desde la libertad sin la opción por el derecho, pues opta por una promoción vital excluyente y por lo tanto de

²⁸ En este orden de cuestiones explica David Richards, quien define la autonomía como la capacidad para ordenar las preferencias realizando una evaluación crítica de ellas, que “la autonomía (...) es una capacidad para realizar deseos, planes y evaluaciones de segundo orden racionalmente autocríticos. Esto es, en parte, una descripción de la voluntad humana y su fuerza en nuestras vidas. Pero el ejercicio de la autonomía no es lo mismo que el deseo consecuente de algo sin importar de qué” (citado por ÁLVAREZ, S. La autonomía personal en *Estado, Justicia, Derechos* (E. DÍAZ, J. COLOMER, Eds.), Madrid, Alianza, 2002, pág. 163).

no-inclusión social y un tal programa, no es aconsejable que sea acompañado, ni es tampoco merecedor de ninguna atención societaria.

Como también un proyecto de vida al margen del derecho y por lo tanto que exprese la totalidad de la libertad que el hombre activa, en realidad no puede ser juzgado como una pura realización existencial, sino como pura lucha y violencia, luego entonces, proyecto de vida es aquél que muestra libertad ejercitada en el marco social sin restricción o limitación alguna. De lo contrario se convierte esa misma libertad en violencia.

Libertad y violencia en el marco de lo social se diferencian en manera cognitiva sutilmente, aunque operativamente sea ello bastante obvio. Sólo el derecho tiene la autoridad de transformar a la libertad en violencia y por eso es que devienen, podemos ahora afirmarlo, en conceptos de una congénita matriz y que separarlos, es lo mismo que resignar una vida al modelo del estado de naturaleza —pura libertad y violencia en manera simultánea—, con lo cual y puesto el modelo en cada uno de los otros, aparece claramente obstructivo de cualquier proyecto de vida que se aspire emplazar.

A modo de primer espacio reflexivo se puede decir entonces, que vivir socialmente, importa hacerlo a costa de un sometimiento tolerable más o menos voluntario a ser violentados en nuestra libertad por el derecho, en cuanto que con ello existe frustración a nuestros decibles e indecibles proyectos de vida y por lo tanto, asumiendo resignadamente —o no—, que enajenamos por los otros con quienes socialmente coexistimos, alguna cuota parte de nuestra libertad de realización en su máxima expresión. Desde este punto de vista, bien se podría discutir si la afectación que se pueda realizar sobre los programas de vida de los ciudadanos, deviene como una frustración sólo a la libertad negativa o también se suma en ello el ataque a la libertad positiva.

Antes de la respuesta, sólo una breve precisión para evitar más equívocos a los que corrientemente se generan en el tópico; para lo cual, siguiendo la construcción de Isaiah Berlin se puede recordar que la ‘libertad negativa’ se refiere al espacio en el que

un hombre puede actuar sin ser obstaculizado —o coaccionado— por otros ²⁹, mientras que la ‘libertad positiva’ tiene un componente si se quiere más psicológico que físico como la anterior, puesto que apela a responder, que es el mismo hombre quien tiene el imperio, poder o autonomía, de definir sus propias decisiones de vida ³⁰.

Y si bien inicialmente podemos sostener que cuando políticas gubernamentales o prácticas sociales relevantes, devienen como frustratorias de algún proyecto de vida sea de grupos o individuos que conforman el colectivo social, tales actos se inscriben como violaciones principalmente a la libertad positiva.

Ello es así sin perjuicio que desde la mirada referencial a los otros o co-referencial al mismo sujeto, pueda decirse que se trata siempre ‘de’ algo propio y con proyección ‘para’ los otros con quienes se comparte el hábitat social, porque un proyecto de vida —cuando es tal— atrapa tanto al hombre ‘de’ quien ha resultado el proyecto como vital, cuanto ‘para’ el entorno próximo, medio o remoto del mismo.

²⁹ “La coacción implica la interferencia deliberada de otros seres humanos dentro de un espacio en el que si ésta no se diera yo actuaría” (BERLIN, I. *Dos conceptos de libertad*, Madrid, Alianza, 2001, pág. 48).

³⁰ “Quiero ser un sujeto y no un objeto; quiero persuadirme por razones, por propósitos conscientes míos y no por causas que me afecten, por así decirlo, desde fuera (...). Sobre todo, quiero tener conciencia de mí mismo como un ser activo que piensa y quiere, que es responsable de sus propias elecciones y es capaz de explicarlas por referencia a sus ideas y propósitos propios” (BERLIN, I. *Dos conceptos de libertad*, Madrid, Alianza, 2001, pág. 61).

Norberto Bobbio también se ha referido a ellas destacando que “Libertad significa o bien facultad de realizar o no ciertas acciones, sin ser impedido por los demás, por la sociedad como un todo orgánico o, más sencillamente, por el poder estatal; o bien, poder de no obedecer otras normas que las que me he impuesto a mí mismo. El primer significado es constante en la teoría liberal clásica, según la cual ‘ser libre’ significa gozar de una esfera de acción, más o menos amplia, no controlada por los órganos del poder estatal; el segundo significado es el que emplea la teoría democrática, para la cual ‘ser libre’ no significa no tener leyes, sino darse leyes a sí mismo” (“Kant y las dos libertades” en *Estudios de Historia de la Filosofía. De Hobbes a Gramsci*, Madrid, Debate, 1985, pág. 197).

Sin embargo en una descripción un tanto más rigurosa, la gravedad definitivamente se encuentra cuando, el acento de la frustración se coloca no ya en la inexistencia de libertad positiva del ciudadano, aunque en tales circunstancias sin duda alguna que se lo ha cosificado ya al mismo, restándole presencia autonómica y por lo tanto, es el estado u otros quienes definen por él; sino cuando hecho ello, se lo coacciona para la posibilidad de cumplimiento efectivo de tales realizaciones, esto es, privándolo de su libertad negativa. Es obvio señalarlo que siendo los hombres interdependientes como lo son, no parece posible pensar una sociedad en donde no exista algún tipo de restricción a la libertad negativa en aras a asegurar la misma socialización; mas nunca una sociedad afectatoria integralmente de ella.

Mas a costa de saciar iteramos, que cuando alguien decide por los otros y por lo tanto, define los proyectos suyos como propios nuestros y por lo tanto no necesariamente compatibles unos con otros; devalúa en grado extremo a las personas. E. Kant afirmaba que “nadie puede obligarme a ser feliz a su manera”, como que el paternalismo “es el mayor despotismo imaginable”³¹.

Dicha realización violenta del derecho y frustratoria del ser que acontece —*rectius*: hombre— con su determinado programa de realización coexistencial; impuso que los caminos de superación del mencionado extremo, a veces concluyeran siendo mucho más violentos que la violencia que los sistemas político-jurídicos inicialmente postulaban³². En dicha ocasión, cuando ello es pleno y

³¹ Vide KANT, E. *En defensa de la ilustración*, Barcelona, Alba, 1999, pág. 260-261.

³² Algunos han visto esta línea argumental como una manera de superar el ‘autonomismo ingenuo’, postulando en su defecto que “es fundamental comprender que la verdadera autonomía se pelea todo a lo largo de la sociedad (incluyendo el estado). Aclaro de nuevo aquí, para que no haya malentendidos: creo que la construcción de autonomía, lo que algunos llaman ‘contrapoder’, tiene que ser el horizonte fundamental de nuestra táctica política. Pero para cambiar el mundo tenemos que encontrar la forma de desapoderar el estado, y reemplazarlo por otra forma de relación social” (Ezequiel Adamovsky, citado por THWAITES REY, M. *La autonomía como búsqueda, el Estado como contradicción*, Bs. As., Prometeo, 2004, pág. 46).

los proyectos de vida son compartidos por un grupo de personas y que a la vez, se han visto frustrados con tal suceso, el cambio de modelo que realizan en verdad es revolucionario.

La auténtica revolución no sólo que es una guerra armada donde un bando triunfa sobre otro, sino en particular, donde un ordenamiento jurídico es sustituido por otro diferente en función de un conjunto dominante de proyectos de vida que eran antes frustrados. Sin la realización de un orden jurídico nuevo, el fenómeno revolucionario en realidad no es tal, sino sólo: ruptura del orden vigente, amotinamiento, alteración de la paz. En rigor, sin tal cambio jurídico lo que existe es turbulencia pero no revolución ³³.

Mas lo cierto, es que ordinariamente los ciudadanos no andamos organizando o participando en revoluciones y sustituyendo los órdenes normativos existentes, por otros que nos resulten menos violentos en cuanto permiten que se vea mejor desarrollado nuestro propio proyecto de vida. En verdad por defecto, acudimos a modos más racionales para denunciar la violencia que lo jurídico nos puede generar, tanto actual como potencialmente.

Para ello, utilizamos las vías legislativas que permiten realizar los cambios normativos que son requeridos o por el contrario, se puede denunciar en manera particular un desaguisado que traduce violencia, mediante el reclamo directamente judicial, sea ello por la vía sumaria del amparo o en su defecto por la del planteo de inconstitucionalidad. Paradojalmente en este último camino, el derecho que violenta y que por ello parcial o totalmente intenta ser removido por el justiciable, es también quien otorga los instrumentos suficientes para liberarse el ciudadano. La violencia de lo

³³ En este marco vale la pena recordar que los revolucionarios franceses se apoyarán en el derecho natural racionalista para impugnar el orden vigente —*L'ancien régime*—; la revolución inglesa invocará el *common law* para oponerse al absolutismo real; las revoluciones comunales del medioevo se apoyarán en los fueros o derecho viejo; la revolución marxista se colocará más allá de todo derecho (cfr. SOTO KLOSS, E. en *Prólogo* a la obra de Vincent, P. *Revolución y derecho*, Ghersi, Bs. As., 1982, pág. 17).

jurídico con ello se agrava, puesto que *a priori* se reconoce como una posibilidad de ser frustratoria y para lo cual, orienta los remedios para remover dicho acontecimiento negativo.

De cualquier manera esa libertad operada judicialmente, no es una ‘libertad natural’ sino una ‘libertad naturalizada’ por la rectificación jurisdiccional³⁴. De ser ese el caso, el justiciable se encuentra en una suerte de situación de mayor vulnerabilidad toda vez, que su proyecto de vida debió ser racionalizado a categorías suficientemente comunicables y también que de alguna manera han debido ser probados desde lo judicial tales extremos. Y si bien ello puede parecer a veces una cuestión compleja, en realidad no se puede desconocer que inicialmente ello sirve, para que el propio titular del proyecto de vida en discusión, revise sus aristas y encuentre que no tiene el mismo, una entidad de racionalidad que habilita la comunicabilidad a una sociedad de iguales y con quienes se puede en definitiva, establecer acuerdos morales determinados.

Cabe a este propósito señalar al menos una cuestión y que se vincula con el tópico de cantidad y el lugar que cabe asignarle al mismo en las cuestiones de tipo moral. En tal sentido, la creencia compartida por muchas personas o determinados grupos sociales, que una determinada práctica es buena, en modo alguno significa que desde el punto de vista moral sea valiosa. Tal como se ha dicho “la noción de consenso social necesita un escrutinio críti-

³⁴ Al sólo efecto ilustrativo se puede recordar el caso ‘Bahamondez, Marcelo - s/Medida Cautelar’ (ED 153-254) sobre la no imposición de una transfusión sanguínea habiéndose invocado razones religiosas; el caso ‘Bazterrica, G.M. - s/Tenencia de Estupefacientes’ (ED 120-289) que desinclinó el consumo personal de estupefacientes por razones de afectación a un proyecto de vida; el caso ‘Comunidad Homosexual Argentina c/ Resolución Insp. Gral. de Justicia - s/Personas Jurídicas’ (ED 146-238) por el cual, se autorizó la inscripción de la nombrada sociedad en orden al reconocimiento de determinados proyectos de vida; el caso ‘Tanus, S c/ Gobierno de la Ciudad de Bs. As. - s/amparo’ (ED 191-429) que pretendió aunque finalmente se rechazó la interrupción del embarazo de la mujer concibiente de un niño anencefálico en función que comprometía la decisión de la madre. Todos los casos nombrados, han sido resueltos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

co”³⁵. Dicho escrutinio con independencia del obvio carácter dialógico que en él subyace y que hace las veces de suficiente instrumento procedimental, impone también una comprensión del mismo como agente independiente, pero siempre relacionado con un todo social —local o mayor— en el cual se emplaza.

Mas volviendo sobre esta libertad naturalizada que se intenta emplazar por vía judicial, está claro, que todos los hombres tienen inconfesables proyectos de vida que no desean exponer ante un tribunal de justicia; no porque sean ellos malos o perversos, sino porque en verdad lo que no tienen siempre, es la posibilidad de ser demostrables. De cualquier manera no se puede desconocer, que por alguna razón y generalmente vinculada con la misma construcción cultural, resulta corriente que sean mantenidos ciertos programas vitales, naturalmente en el ámbito no de la mera privacidad, sino de la misma intimidad³⁶. Empero que no sean tales, no significa que no puedan tener una secuencia racional que pueda ser comunicada a los restantes co-societarios y en ello, el esplendor de ser el hombre *animal rationale*³⁷.

³⁵ Cfr. BELTRÁN PEDREIRA, E. “Diversidad y deberes cívicos: liberalismo, ciudadanía y multiculturalismo” en *Estado, Justicia, Derechos* (E. DÍAZ, J. COLOMER, Eds.), Madrid, Alianza, 2002, pág. 386.

³⁶ Quizás una buena prueba de ello lo pueda dar, la agigantada producción cinematográfica del nombrado ‘cine porno’. Existe un fuerte consumismo pornográfico masculino y femenino, de todas maneras se hace ello en la mayoría de los casos reservadamente. Bien podría pensarse atentatorio a los programas de vida de dichos consumidores, que la compra o alquiler de dichos productos exigiera un trámite más engorroso y declarativo que el impuesto para la compra de otro material fílmico no pornográfico (Cfr. MACKINNON, C. y POSNER, R. *Derecho y pornografía*, Bogotá, Universidad de los Andes, 1997).

³⁷ Recuerda la autoridad de Hans Gadamer que es corriente que en el contexto de la *Política* aristotélica (vide 1253a9) se afirma que el hombre es *animal rationale*, y se traduce el concepto *logos* por *rationale*, para definir al hombre como ser de razón. Sin embargo —y luego de otras explicaciones, concluye— “en el caso del hombre, la naturaleza ha dado un paso más. Le ha dado (al hombre) el *logos*, es decir, la posibilidad de mostrar algo mediante palabras (...) el lenguaje fue considerado por Aristóteles como la perfección última en el desarrollo de lo vivo a través de la naturaleza” (GADAMER, H. “Los límites del lenguaje” en *Arte y Verdad de la Palabra*, Barcelona, Paidós, 1998, pág. 134).

Pues una cosa es biográficamente tener un proyecto de vida, y otra bastante diferente contar con los extremos probatorios suficientes³⁸, puesto que por definición los mismos estarán más ubicados en una prueba de persuasión antes que de cognición³⁹. Mas lo que no puede estar ausente es la racionalidad discursiva que permita al menos hacerlo cognoscible para los restantes.

De cualquier manera y para el supuesto caso que pueda ser exitosamente probado el mismo, lo que en rigor mucho dudamos, toda vez que el juez aun cuando esté persuadido del acierto del reclamado proyecto de vida, no puede dejar de otorgar las razones de las fuentes de convencimiento que ha tenido y ello seguramente, que impone algo más que estar persuadido. Ello así, porque se le requiere al juez, no sólo la justeza en el derecho sino también en los hechos.

Desde el marco constitucional quizás se pueda afirmar que la existencia de proyectos de vida está fuera de toda discusión su aceptación, mas como para el juzgamiento de ellos, es que aparece la imposición de la justicia del reclamo desde los hechos, a veces resultará frustrada la vía judicial, por insuficiente actividad probatoria. Y aun cuando fuera exitosa ella, hasta el momento en que tal

³⁸ “Se acostumbra a decir que la función de la prueba es la de ofrecer al juez elementos para establecer si un determinado enunciado, relativo a un hecho, es verdadero o falso. A su vez, se dice que un enunciado fáctico es verdadero si está confirmado por pruebas y es falso si las pruebas disponibles confirma su falsedad; y no está probado si en el proceso no se adquirieron pruebas suficientes para demostrar su verdad o falsedad” (TARUFFO, M. “Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad” en *Discusiones*, N° III, Año 3, Bahía Blanca, Universidad Nacional del Sur, 2003, pág. 31).

³⁹ En el segundo caso, la prueba es un instrumento de conocimiento; en el primero de persuasión y por lo tanto, nada tiene que ver con el conocimiento de los hechos. “La prueba no serviría, pues, para establecer la verdad o falsedad de enunciado alguno y, por tanto, tampoco para proporcionar conocimiento acerca de nada, sino que serviría sólo para persuadir al juez, para convencerlo de lo fundado o infundado de un enunciado fáctico. La prueba (...), no ofrece información sino elementos de persuasión” (TARUFFO, M. “Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad” en *Discusiones*, N° III, Año 3, Bahía Blanca, Universidad Nacional del Sur, 2003, pág. 32. También se puede consultar con provecho a tal respecto GASCÓN ABELLÁN, M. *Los hechos en el derecho - Bases argumentales de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 1999, pág. 47 y ss.).

logro se obtiene o acaso recuperado para el caso, que se hubiera ordenado su cese; el proyecto de vida o no pudo iniciarse o tuvo que suspenderse.

Así las cosas se puede entonces afirmar, que el derecho se convierte en un verdadero catalizador entre las libertades —por una parte— que el ciudadano reclama como propias y son posibles de auspiciar y propender y que en términos jurídicos serían de lectura constitucional *prima facie* y aquellas otras voliciones y pulsiones —en segundo lugar— de la misma fuente libertaria humana, pero que por su grado, intensidad, trascendencia o funcionalidad, entrarían de alguna manera en conflicto con las ‘libertades constitucionales *prima facie*’ de otros ciudadanos y que por lo tanto, el derecho tiene que delimitar, generando alguna cuota de restricción. Lo cual tal como se puede reconocer, es de naturaleza violenta.

Se puede advertir entonces que los proyectos de vida a los que nos referimos particularmente, no son los que intentan desplegar la libertad personal constitucionalmente recepcionada en manera evidente y expresa⁴⁰; sino la misma libertad humana que si bien hundirá raíces también en el marco constitucional, ello resultará *a posteriori* y no inicialmente. Al ser tal cuestión entonces una probanza ulterior, los recelos de permeabilidad para tal aceptación serán suficientemente pocos y se convertirán en ‘derechos constitucionales encubiertos o encriptados’: su disfrute presupone remover exitosamente un obstáculo de convencimiento acerca de su valía o importancia y que por lo general se asienta dicho recelo, en algún prejuicio social o cultural o hunde raíces en lo religioso, en lo meramente moral o hasta incluso, en lo puramente arbitrario individual o colectivamente instaurado⁴¹.

⁴⁰ De tal guisa es que se puede hablar de libertad de expresión, de enseñar y aprender, de libre asociación, de petición y de reunión, de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio, de propiedad, de trabajar y contar con derechos gremiales; por señalar los más característicos.

⁴¹ Recuerda Christian Thomasius que “los *praejudicia* y los pre-juicios no son más que opiniones falsas que nos alejan del conocimiento de la verdad y que el hombre se convence de que son verdaderos sin ninguna razón, o bien porque cree ingenuamente lo que le cuentan otros y hace caso de su autoridad, o porque por

La defensa a veces de los proyectos de vida y por tanto la mostración en como la libertad individual se expande socialmente, puesto que aspira a conquistar una posición de cierta relevancia en orden a las mismas preferencias personales; puede llegar a convertirse en un ajetreado estar en defensa de miradas que son refractarias siempre, a todo aquello que como tal importe diferencia ⁴².

Piénsese acaso en la lucha judicial de las minorías que por alguna razón resultan segregadas, que sólo luego de posiciones inicialmente humillantes han logrado mejorar un grado de aceptación social, pero siguen siendo de notable poca recepción por el común de los ciudadanos. Por el contrario otras que lo han logrado exitosamente y finalmente algunas, que siguen teniendo resultados exitosos en modo particular y en esporádicas presentaciones que enarbolaron tales o cuales proyectos de vida ⁴³. De cualquier ma-

impaciencia y por la precipitación causada por aquélla él mismo se convence de ello” (De praejudiciis o de los prejuicios - Capítulo 13 de la Introducción a la lógica en *De los prejuicios y otros escritos*, Madrid, Facultad de Filosofía de la Universidad Complutense, 1994, pág. 30 y ss.).

⁴² Bien afirma Jorge Malem que: “Una sociedad asentada en valores liberales debe permitir que cada uno pueda diseñar su propio plan de vida evitando toda tentación perfeccionista o paternalista injustificada. El respeto por la autonomía de la persona se revela así como el elemento central a tener en cuenta para valorar la legitimidad de la acción estatal” (*Estudios de ética jurídica*, México, Fontamara, 1996, pág. 81).

⁴³ Sin perjuicio que los ejemplos podrán ser refutados por alguna falta de precisión, en manera global uno puede referirse al primer supuesto si acaso se revisa la evolución que ha tenido en el derecho comparado, la aceptación de las uniones entre personas del mismo sexo, primero en orden a cuestiones puramente previsionales, luego habilitando la celebración de relaciones matrimoniales y finalmente lo vinculado a la posibilidad de que puedan efectuar adopciones, este último aspecto todavía no suficientemente consolidado. El segundo de los modelos, es definitivamente el éxito logrado en lo que se refiere a los derechos de los enfermos que terminaron por triunfar en una cruzada en contra del paternalismo médico y acerca de lo cual, hoy no existe discusión ni en doctrina ni en la legislación. Finalmente el tercer campo, tienen un carácter un tanto más errático en función que más que minorías, son actuaciones individuales, pero que tienden a mostrarse como paradigmas sociales, por caso la amplia y todavía mezclada problemática de la conclusión de la vida, en donde se enlazan cuestiones de eutanasia, distanasia, ortotanasia, y suicidio asistido.

nera no se puede dejar de señalar, que aun con dichas debilidades el sistema democrático acaso es el único que permite la progresiva movilidad de que preferencias individuales puedan llegar a convertirse en otras que sean colectivas, aunque seguramente sean en un primer estadio sólo de una minoría. Sólo la democracia permite establecer el foro adecuado para la mencionada discusión de valores, puesto que el valor que el ‘diálogo público’ cobra en los mencionados tópicos resulta capital.

Como se puede advertir se vinculan aquí los dos elementos fuertes en toda realización de auténtica democracia, por una parte la existencia de la representación y por la otra la deliberación. La representación es causa necesaria para la democracia, mas no suficiente. Al menos ello, para una democracia activa que todo los días construye, reconstruye y deconstruye a los mismos edificios que existen en la sociedad ⁴⁴.

Corresponde remarcar de cualquier manera, que la *vis* del derecho es así, no porque castigue, golpee, cause dolor o contenga tragedia; es en rigor la sola violencia de la finitud al proyecto de vida que impone, lo que ocasiona el mencionado detrimento y tal vez sufrimiento. El hecho de percibir los límites el hombre, mediante la violencia que anida en el derecho, lo hace sentir al mismo más próximo a la figura de un incapaz que requiere del paternalismo institucional de lo jurídico, que le oriente cuáles son los caminos que corresponde seguir o abandonar. A este último propósito, vale tener presente que desde la mirada utilitaria inicial de John S. Mill, el mencionado paternalismo afectatorio a la libertad, sólo podía ser cumplido en razón de la necesidad del llamado ‘principio del daño’, que según el autor citado, es el que “debe gobernar absolutamente la conducta de la sociedad en relación con el individuo, en todo aquello que suponga imposición o control” ⁴⁵. Todo otro paternalismo deviene absolutamente contrario.

⁴⁴ Vide CALSAMIGLIA, A. “Constitucionalismo y democracia” en *Democracia Deliberativa y Derechos Humanos*, Barcelona, Gedisa, 2004, pág. 168.

⁴⁵ Se agrega en la obra: “Este principio afirma que el único fin por el que está justificado que la humanidad, individual o colectivamente, interfiera en la liber-

Desde esta perspectiva la frustración que en esta ocasión el ciudadano comprueba es doble y altamente lacerante, pues la *ratio communis* que se presume que el derecho encarna y que ha sido lo mejor posible retratada en el modelo constitucional, no establece compatibilidad de un determinado proyecto personal —derecho constitucional encubierto—, con aquellos que *prima facie* se han descrito y que desplazan a este otro. Cuando esa dimensión es exacerbada y lo único existente son los derechos constitucionales primera vista, aparece en toda su magnitud la entidad ya demarcada por el pensamiento hobbesiano del *Leviatan*, como único señor que ejercita despóticamente el instrumento de limitación por excelencia como es el derecho.

Todo dentro del estado, nada fuera del estado y por lo tanto el mismo es censor, auditor e intérprete de todos y de cada uno de los proyectos de vida que coexisten. En esta realización poca suerte es esperable que tengan las minorías de poder generar proyectos de vida propios y diferentes a los que el mismo derecho violentamente manipulado por el estado ha considerado ya importante. Huelga señalar a modo de reflexión íntima, que lo queramos o no, todos a alguna minoría en verdad pertenecemos y por lo tanto, en algún momento de nuestra propia existencia, nuestra convivencia ingresará en una línea de conflicto social. Ello inexorablemente habrá de acontecer.

De tal guisa es que nos aparece al final de esta sección que los conceptos de la tríada del epígrafe: libertad, violencia y derecho, en realidad tienen una fuerte conexidad: No hay derecho sin el hombre, el hombre no se explica sino desde su libertad y toda libertad, cuando pasa un cierto umbral respecto a los restantes miembros de la comunidad se convierte en alguna forma de expre-

tad de acción de cualquiera de sus miembros es la propia protección. Que el único propósito con el que puede ejercerse legítimamente el poder sobre un miembro de una comunidad civilizada, contra su voluntad es impedir el daño a otros. Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente (...). La única parte de la conducta de cada uno por la que es responsable ante la sociedad es la que afecta a los demás” (MILL, J. *Sobre la libertad*, Madrid, Alianza, 1997, pág. 68).

sión de violencia. Como también es violencia la que el mismo derecho —operado por el estado— es ejercitado sobre los componentes de un colectivo social, campeando y juzgando, los proyectos de vida que acaso se estén manifestando, gestando o hasta simplemente deseando.

En este marco conceptual al menos, bien podríamos preguntarnos, ¿dónde está el límite del derecho?. Dónde está el ingreso al nuevo territorio en donde la violencia si se prefiere nombrar como ‘violencia buena’ —en tanto que es sólo limitativa a diferentes proyectos de vida en función del resto de convivientes— produce ese salto cualitativo y entonces se transforma en ‘violencia’ sin más y con ello la afectación que a los proyectos vitales realiza.

Una respuesta acaso se explica en función de que ello acontece por razones que *prima facie* se puede decir, que exceden los cánones de la mera convivencia social, porque justamente no aparecen tales proyectos respetuosos de los derechos constitucionales que a primera vista, el ciudadano no advierte como naturales a su misma realización social y política ⁴⁶.

Desde este punto de vista es que se puede establecer en la cima del taxón de violencia institucional o estatal, aquélla en donde todo proyecto de vida queda puesto, en lo que podríamos nombrar como estado de incertidumbre, precisamente como consecuencia de la falta de presencia del estado de derecho. Con lo cual, volvemos a lo señalado más arriba, un estado en donde se institucionalice la ruptura del orden constitucional ⁴⁷, no ofrece ningún ámbi-

⁴⁶ En este marco no podemos dejar de apuntar que los derechos constitucionales en cualquiera de los modos que aquí formulamos; reposan siempre sobre un mismo fundamento como es el de la dignidad de la persona humana. Es ese el primer cartabón cualitativo de medición (Cfr. nuestro trabajo intitulado *Ética de la investigación. Derecho de las personas y justicia*, Córdoba, EDUCC, 2005, pág. 11 y ss.).

⁴⁷ Obviamente que nos estamos refiriendo con ello al llamado estado de excepción, que tal como se lo ha definido indica “ese momento del derecho en el que se suspende el derecho precisamente para garantizar su continuidad, e inclusive su existencia. O también: la forma legal de lo que no puede tener forma legal,

to para el desarrollo de programas de vida, en rigor, todos ellos se convierten en clandestinos tanto cuanto, la anomia imperante así lo entiende.

De tal guisa, los proyectos de vida sólo se aseguran —aunque paradójico sea— desde el propio orden constitucional jurídico⁴⁸, el cual también, es el mismo que los termina anulando con invocación de las mismas razones constitucionales existentes.

Convendría también efectuar alguna precisión respecto a determinadas especies de proyectos de vida que el hombre puede tener y seguramente que pueden estar simultáneamente reclamados.

Nos referimos por caso a los ‘proyectos de vida necesarios’ y otros ‘contingentes’. Como los propios conceptos de necesidad y contingencia en filosofía son suficientemente conocidos, hemos querido mantenerlos para poder así reconocer con rapidez la gravedad de cada uno de ellos. Los contingentes tendrán una afectación por el derecho que aunque sea duradera en el tiempo, en rigor no afecta a las promociones vitales que el hombre quiera ensayar, pues se ubican los citados proyectos más próximos a la esfera de lo que bien se conoce como de la moralidad pública y es en función de ella, que pueden ser atemperadas, impedidas o excluidas ciertas proyecciones vitales⁴⁹. Mas no deja de ser posible, que cuando la morali-

porque es incluido en la legalidad a través de su exclusión” (COSTA, F. en *Introducción*, AGAMBEN, G. *Estado de excepción - Homo sacer*, II,I, Bs. As., Adriana Hidalgo, 2004, pág. 5).

⁴⁸ Ha señalado G. Agamben: “Lo que el ‘arca’ del poder contiene en su centro es el estado de excepción pero éste es esencialmente 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” (*Estado de excepción - Homo sacer*, II,I, Bs. As., Adriana Hidalgo, 2004, pág. 155).

⁴⁹ Por caso se pueden anotar como un dato ilustrativo, que en no pocos estados de Estados Unidos, todavía subsisten legalmente aunque desuetudo hayan perdido vigencia, una cantidad de normas que reconocen su origen en la puritana Nueva Inglaterra del siglo XVII y que nos permitimos transcribir, porque si bien para algunos su afectación hoy es obviamente a proyectos vitales contingentes —siempre que alguien intentara hacerlas valer— posiblemente otrora lo fuera a algunos necesarios. De donde también resulta la motilidad que existe en los proyectos de vida en general. Ilustramos por caso que: “En Quitman, Georgia, es ilegal desves-

dad pública tiene un carácter altamente impenetrable desde caminos que justamente no transiten el mismo sendero, no dudamos que será una afectación a un proyecto vital necesario.

Por otro costado, se ubican los proyectos vitales necesarios, que no radican en una mera construcción social de carácter genérico y asentada en términos laxos en el mismo poder de policía, sino que ahondan en los mismos compromisos que a manera de cosmovisión el ciudadano transmundializado tiene, y por lo que, una cierta y determinada civilidad que se le requiere, deviene encorsetante de sus mismas pulsiones⁵⁰.

A la misma vez, se puede intentar colaborar brindado algún contenido a la noción de civilidad y que si bien ha tenido sus críticas, la construcción que del ‘deber de civilidad’ ofreciera John Rawls, en orden a su visión desde una democracia liberal, es a pesar de todo de indudable valor. Por caso indica como virtudes para dicho deber: la capacidad de evaluar y de criticar las actuaciones de las autoridades, la disponibilidad y la voluntad de participar en la discusión pública, así como el respeto de los derechos de los demás y el comportamiento consecuente con este respeto unido a la tole-

tir a los maniqués de las tiendas sin cubrir antes las vidrieras, para no ofender el pudor de los transeúntes. En Haleshorpe, Maryland, besarse en público está permitido únicamente durante un segundo. En Chicago, Illinois, está prohibido pescar si uno está vestido sólo con un pijama. Aunque peor suerte corren las mujeres en St. Louis, Missouri, que sólo pueden huir de un incendio si llevan puesto un camisón. En Carlsbad, Nuevo México, hay una norma que procura guardar las formas y prohíbe tener relaciones sexuales en el automóvil si antes no ha sido equipado con cortinas en las ventanillas y, por supuesto, si éstas están corridas (...) En Portland, Ohio, los zapatos de charol para las mujeres figuran en la lista del ‘no’, porque la ropa interior se puede reflejar en ellos” (*vide* CHWALLEK, G. “Las leyes insólitas que aún perduran en EE.UU.”, Diario *La Nación*, 15.II.04).

⁵⁰ Sin ánimo de pretender ejemplificar sobre lo cual, parece que no hay un acuerdo total, pero sólo tomando las referencias que son puestas en tensión social, nos parece que los proyectos de vida así comprendidos, son los que de alguna forma interfieren en la disposición de la sexualidad humana no reproductiva, esto es meramente erótica —pornográfica o no—; los límites de la misma libertad de expresión por vías no convencionales sino particularmente artísticas o estéticas, la limitación a la autoflagelación moral o física que los individuos pueden asumir o las conductas supererogatorias que acaso quieran realizar.

rancia, lealtad y solidaridad⁵¹. La tesis es que tales contenidos se ponderen a la hora de alentar o frustrar proyectos de vida.

V. Acerca del límite de lo jurídico

Por lo que hemos apuntado entonces, se puede afirmar que el derecho acoge una fuerte potencialidad de ser limitador a las libertades humanas y por lo tanto, de convertirse en un buen o mal dispensador de grageas grandes o pequeñas de violencia en tanto que tenga ocasiones de limitar, restringir o definitivamente anular determinados programas individuales de vida⁵².

Frente a ello no se puede negar, que los teóricos del derecho han aprendido también a lo largo de los últimos siglos particularmente, que el espacio de realización de lo jurídico es uno generoso, y por momentos se advierte como de crecimiento ilimitado, y que el ámbito de lo no-jurídico no sólo que es otro diferente sino por definición de menor extensión y de fronteras siempre lábiles y que habrá de ceder naturalmente cuando sea el todo social o el todo gubernamental quien así lo disponga.

En realidad lo que se termina por advertir, es una tendencia a que no quede margen reflexivo para una especie de ‘no-lugar desde lo jurídico’ y que por definición, sea de comportamientos no relevantes para lo jurídico pero que tenga algún tipo de interés para las relaciones interpersonales. Reiteramos entonces que la integración de ese ‘no-lugar’ se compone de conductas que no tienen una estatura que las coloque en el rango de posiciones humanas jurídicables por alguna razón.

⁵¹ Cfr. BELTRÁN PEDREIRA, E. “Diversidad y deberes cívicos: liberalismo, ciudadanía y multiculturalismo” en *Estado, Justicia, Derechos* (E. Díaz, J. Colomer, Eds.), Madrid, Alianza, 2002, pág. 379.

⁵² En la mirada en prospectiva fue ya K. Engisgh quien escribió: “En realidad, el punto angular de la deliberada autolimitación del derecho es la tendencia a la libertad. Esta tendencia obliga siempre al derecho a dejar a la actividad humana un campo de acción ‘vacío de derecho’” (*El ámbito de lo no jurídico*, Córdoba, U.N.C., 1960, pág. 19).

A la luz de lo indicado, el proceso se desencadena amenazante en cuanto los comportamientos sociales son —*in crescendo*— cada vez más juridizados y los márgenes por lo puramente autonómico y proyectual que de la vida las personas puedan hacer, es notablemente menor. El mencionado no-lugar jurídico cada vez es más pequeño.

A lo largo de la tradición jurídica asentada principalmente desde la consolidación más o menos efectiva del estado de derecho⁵³; se ha discutido acerca de cuáles tierras eran de cada uno de estos dos señores: el ámbito de lo jurídico y el ámbito de lo no-jurídico. Inicialmente el derecho quiso colonizar al hombre en la totalidad de su extensión y por lo tanto, lo tuvo que realizar con eficaz violencia sobre la naturalidad de las cosas y con obvia equivocación conceptual sobre lo regulado. Por ello pues, es que se volcó rindiendo culto a la ley, al código escrito, a la palabra de la ley que condensaba todo el actuar humano, tal como la exégesis proclamó⁵⁴.

De cualquier manera no se puede dejar de afrontar, que la exégesis que aspiraba regularlo todo, terminó siendo el modelo jurí-

⁵³ Al decir consolidación del estado de derecho, nos referimos con el mismo no ya, como mera categoría político institucional, sino como un verdadero estándar internacional al que todo estado debe conformarse. De cualquier manera no se puede ocultar que aún así, existen carencias y defectos que no logran ser sorteados, entre ellos lo que se refiere: a que la representatividad de los ciudadanos tiene una fuerte cuota de ilusión; que la ciudadanía exige reglas para muchas cuestiones pero condena a la vez el exceso de textos; como que se acude de gran modo a los jueces pero se denuncia la lentitud y la ineficacia de la justicia (*vide* CHEVALLIER, J. “L’État de droit. Avant-propos” en *Problèmes Politiques et Sociaux*, París, La Documentation Française, N° 898, 2004, pág. 5-13).

⁵⁴ Escuela de la Exégesis designa, de manera colectiva, a los civilistas franceses y belgas que enseñaban, en el siglo XIX, el código napoleónico con la técnica del comentario artículo por artículo; designa además, el método o la técnica de la que se valían aquellos juristas, y las ideas generales o ideológicas que les eran propias. Dentro de las principales características se puede apuntar —siguiendo a Tarello— las siguientes: 1) el derecho es todo creado por el legislador, y es derecho sólo aquello creado por el legislador, 2) proclama la idea de la integridad del derecho positivo, 3) incluye la adhesión a la teoría de la división de poderes y 4) contiene una concepción de la ley como expresión de la voluntad de los legisladores históricos (TARELLO, G. *Cultura jurídica y política del derecho*, México, F.C.E., 1995, pág. 64 y ss.).

dico —desde ésta óptica— en donde paradójicamente mayor libertad para el hombre possibilitó, puesto que las otras conductas que no estaban previstas y que en el ideario del modelo eran pocas —aunque en la realidad de los hechos eran muy numerosas— es por el propio principio de clausura legislativa que se había solidificado con la Escuela, que se generaba un ámbito de lo no-jurídico identificable con lo no legislado, y lógicamente siempre es mayor lo por normar, que lo efectivamente regulado.

A tal efecto baste recordar, que justamente esta incapacidad de prever la totalidad de conductas por la Escuela, terminó siendo el talón de Aquiles y el fracaso mismo de ella.

Entonces creyendo que el ámbito de lo no-jurídico se acortaba, en rigor el movimiento exegético respetaba generosamente el ámbito de lo no-jurídico. Pues por más, que el legislador creyó haber previsto todo y llevar con ello a lejanas fronteras el ámbito de lo jurídico, en realidad no estaba sino reflejando con ello una inmediatez de la acción humana que pronto mudaría, y dejaría en consecuencia nuevos territorios para el ámbito de lo no-jurídico.

Ulteriormente y en tiempos del asentamiento de la organización institucional de las políticas legisferantes fuertes y definidas, se llega como conclusión empírica —con independencia que haya sido ése algún objetivo— y sí posiblemente, como una respuesta pendular a la posición exegética y por ello, inaugurando un modelo de razonamiento jurídico más de corte funcional o sociológico, a que los ámbitos jurídicos terminaran siendo más pequeños pero de una gran fortaleza.

Es el tiempo en donde cada uno de los institutos jurídicos cobran una máxima relevancia y que a los fines de encontrar ese espíritu normativo sancionado, la figura del juez como un auténtico intérprete de la institución jurídica, cobra una indiscutida relevancia. Para que se comprenda mejor, la existencia de la figura jurídica determinada es la ley, que será auscultada en su misma estirpe de notas conceptuales por el juez, quien será el árbitro activo —por oposición al anterior modelo de la exégesis— que simplemente aplicaba automáticamente la norma.

Con ello los resquicios de espacios conductuales a ser ejecutados en libertad plena y por lo tanto en el ámbito de lo no-jurídico, inicialmente se tornan generosos y amplios.

Mas hoy, donde el estado de derecho se ha sedimentado institucionalmente y en cuya matriz se consolida el paso cada vez más efectivo de una democracia representativa a otra deliberativa y donde los constructos acordatorios sociales devienen en una pieza clave en el análisis político jurídico y moral⁵⁵; en donde también el orden y derecho internacional hacen las veces del gran gendarme mundial y orientan políticas nacionales, comunitarias y regionales: se consolida progresivamente la tesis, que el ámbito de lo no-jurídico paulatinamente va decreciente, para llegar a ocupar una pequeña franja de espacio disponible de libertad para establecer y desarrollar algunos proyecto de vida⁵⁶.

De tal modo decantaría que cuando se podría pensar que el derecho como instituto regulador coactivo de las conductas está más fortalecido, porque precisamente los instrumentos políticos y policiales están ya afiatados suficientemente y el derecho entonces podría ceder en modo generoso a favor de propender a los ámbitos de lo no-jurídico; pues con inusitada preocupación se advierte, que ello no es de esa manera.

Así las cosas, el derecho avanza inescrupulosamente sobre los ámbitos de lo no-jurídico. Dicho progreso no es inofensivo sino que es puramente agonal, cada paso que avanza el derecho —violentamente ejercido a veces, en tanto que resulta más ostensible— es igualmente un paso que retroceden los mismos casilleros de libertad de realización del ciudadano. El progreso de la institución jurídica, se cumple en términos de violencia, porque se inmiscuye

⁵⁵ Vide NINO, C. *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 2003.

⁵⁶ Huelga destacar, que ello sería una suerte de contradicción toda vez, que “la misma democracia constitucional basada en los principios del liberalismo sostiene una concepción de la autonomía según la cual la persona debe gozar de las garantías suficientes para realizar sus propias elecciones sin que el estado condicione dicha elección” (ÁLVAREZ, S. “La autonomía personal” en *Estado, Justicia, Derechos* (E. Díaz, J. Colomer, Eds.), Madrid, Alianza, 2002, pág. 172).

en recónditos espacios que se ven por lo tanto vulnerados, y en términos de libertad se ve restringida la misma, porque los proyectos de vida se advierten naturalmente conculcados, a ser cada vez más compatibilizados con los restantes, para que en definitiva puedan tener aceptación.

En este marco volvemos a señalar, la necesaria resignación que significa para el ciudadano vivir en un marco social, donde a la previsible tarifa de frustración a su libertad negativa, se le agrega otra cuota parte de limitación a su misma libertad positiva; mas como la mayor gravedad está en la afectación a la segunda de las nombradas, corresponderá al titular de un proyecto de vida hacer un esfuerzo por socializarlo lo más posible, para que con ello, la comunidad de participantes en el mismo se vea ampliada, y por la misma vía, la razón autónoma que lo define se ensanche.

Desde este punto de vista no se puede dejar de atender, que una buena práctica de someter a una suerte de ‘test de sociabilidad’ los proyectos de vida, es ponerlos en clave de racionalidad y por lo tanto, la demostración efectiva de poder hacer de ellos un programa comunicativo y por lo tanto, deseable también para otros⁵⁷. Obviamente cuando un proyecto de vida, no cuenta con una superación del test de sociabilidad, no estamos frente a un verdadero proyecto, sino sólo a una caprichosa obstinación sea de tipo intelectual, natural, cultural, artificial, estética, etc.

Llegándose a la desagradable conclusión que no existen otros proyectos de vida, que aquéllos que en verdad resultan estar ofertados y por lo tanto toda otra elección fuera del menú predispuesto por la autoridad, implicará un verdadero desafío al poder llevarlo adelante en su ejecución. Cuando un proyecto de vida, no ha sido

⁵⁷ En orden a esta cuestión recuerda Berlin que “solamente soy libre si planifico mi vida de acuerdo con mi propia voluntad. Planificar entraña reglas y una regla no me oprime ni me esclaviza si soy yo el que me la impongo conscientemente o si la acepto libremente después de entenderla, tanto si la he creado yo u otros, siempre que sea racional, esto es, que sea conforme a la necesidad de las cosas (...). El conocimiento libera al ampliar nuestras posibilidades de elección pero también al ahorrarnos la frustración de intentar lo imposible” (BERLIN, I. *Dos conceptos de libertad*, Madrid, Alianza, 2001, pág. 76-77).

acordado por los mismos sistemas deliberativos operativamente activos, su cumplimiento es problemático y desafiante a la vez.

El derecho así entonces, no sólo que es instrumento de dominación y violencia, sino también de restricción de la misma libertad humana. Desde una visión hasta psicoanalítica si se quiere, el derecho asumiría la responsabilidad de encumbrar el ‘principio de realidad’ y por lo tanto, colocaría los límites al ‘principio de placer’ que los ciudadanos aspiran concretar mediante sus diferentes proyectos de vida; lo cual a su vez, resulta claramente contradictorio con los mismos modos en que la sociedad por este tiempo se desarrolla, esto es, como sociedad de consumo que si bien algún mérito hay que reconocerle, es justamente el de haber reconciliado ambos principios.

VI. Moderación judicial y proyectos de vida

Aunque debemos agregar un nuevo componente en este marco por ahora sólo descriptivo, y es que el crecimiento del derecho y pérdida de libertad del ciudadano, no está en función del mayor número de leyes, sino de las mismas delegaciones y no precisamente legislativas que a los jueces se les ha realizado. Con esto no podemos ocultar, que el problema se traslada a una frontera diferente, y que bien podría ser resuelto en clave psicoanalítica para explicar la dimensión que sociológicamente hoy se asigna a los jueces.

Ello así, en razón de que podría conjugarse que la naturaleza institucional que personifica el juez, es la de ser el último super yo social y por lo cual, es definitivamente quien de todo y acerca de todo conoce. El juez es un todólogo y por ello nada se le escapa, todo lo juzga y todo por su orden es sanamente limitado, entre otras cosas, los proyectos de vida. De cualquier manera, la siempre vigente afirmación de Hannah Arendt vale la pena recordarla a los jueces, a saber: “la soberanía —el ideal de autosuficiencia y el autodomínio intransigentes— es contradictorio con la misma idea de la pluralidad. Ningún hombre puede ser soberano porque la tierra es habitada no por un sólo hombre, sino por los hom-

bres”⁵⁸ y a la sazón, quienes acuden al juez, como decía Aristóteles, porque es la misma encarnación de la justicia.

En este concierto de cuestiones el problema se complejiza un poco más incluso, porque en realidad al ciudadano cuando la violencia se le presenta ejercida por el sistema jurídico positivo estatal, puede sentirse mucho o poco afectado en su libertad —generalmente es más de lo que cree— pero se trata en la mayoría de los casos, salvo crisis revolucionaria de una experiencia en manera inicial de tipo cognoscitiva de ser violentado por el derecho normativo, aunque lo limite ya, pero sólo después lo pueda introyectar efectivamente.

Se trata entonces la violencia ejercida por el derecho, de una particular experiencia que el justiciable tiene de cierta previsibilidad del ordenamiento jurídico que sin duda, permite colegir sin dificultad el cúmulo de afectaciones a proyectos personales que ello importara.

Mas cuando, el ámbito de lo no-jurídico se ve empequeñecido, no ya por la virulencia creativa de la ley; sino por la prementada traslación que la sociedad diariamente enajena a favor de los jueces; el ciudadano no sólo que aumenta su pérdida en términos de libertad, sino que también agrega otra noción que fortalece el cuadro violento, como es la misma inseguridad e imprevisibilidad de dejar que en los jueces se diriman nuevos conflictos generados desde el otrora ámbito de lo no-jurídico. La pregunta que encierra sin duda el éxito es: ¿y los jueces, están capacitados para resolver problemas de territorios no jurídicos?

De cualquier manera y si bien la pregunta puede parecer liminarmente más de orden especulativo que práctico; para cuyo análisis agregamos que en función del dogma jurídico de la indecisibilidad de los jueces, los nombrados no pueden excusarse de resolver unas tales cuestiones aun cuando la materia en análisis, gravite sobre definiciones de indiscutida caladura humana y que hasta poco tiempo atrás, resultaban de una auténtica entidad no judicial.

⁵⁸ ARENDT, H. *La condición humana*, Bs. As., Paidós, 2003, pág. 199 y ss.

En este marco no podemos dejar de hacer referencia al contemporáneo fenómeno de la juridización de lo privado inicialmente, de lo personal luego y finalmente de lo íntimo; por ello quizás, a la violencia de lo jurídico por el avance sobre lo no-jurídico, lo único que se le pueda colocar es la ‘moderación judicial’ como un componente también de una realización judicial mayor que el juez encarna, y que bien podemos consignar como la ‘judicialidad’⁵⁹.

Con la noción de moderación judicial, aun en la simpleza que ella refleja, queremos nosotros colocar algunas connotaciones conceptuales que nos parece de dificultad encontrar en otros nombres que de por sí, delatan un tipo especial de virtud y que si bien son mucho más clásicas y desde ya acendradas en su utilización, como es por caso la ‘prudencia judicial’⁶⁰; mas por ello, carecen de una cierta movilidad que de atribuírsela, correríamos el serio riesgo de ser juzgados como deformadores de la misma virtud tal como clásicamente nos resulta conocida⁶¹.

⁵⁹ Con ello nos queremos referir a la racionalidad de las prácticas del ejercicio de ser juez en una sociedad políticamente democrática e ideológicamente plural. Así como se puede comprender la misma práctica, pero no ya desde el rol de juez sino de ciudadano, como la ‘judicialidad’, que se refiere a las prácticas del ejercicio de la justicia en el ámbito cívico y por lo tanto la que habrá que tener a la vista, a la hora de poner en marcha los diferentes proyectos de vida. Todo ello a la vez se enmarca en una tesis mayor, como es la foucauliana que habla de la ‘gubernamentalidad’, para concentrar en ella, la racionalidad de las prácticas de gobernar. Desde esta perspectiva, no dudamos que el problema que en este trabajo discutimos, podría ser reconducido en términos de encuentros o desencuentros entre la judicialidad de los actores político cívicos y la juridicialidad de los jueces, puestos a resolver conflictos de libertad no ambulatoria en principio.

Obviamente en esta realización de la judicialidad, cobran entidad dos principios novedosos: el de responsabilidad futura y el de precaución inmediata (*vide* JONAS, H. *El principio de responsabilidad - Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, Barcelona, Herder, 1995).

⁶⁰ De ella se puede leer con total fortaleza a MASSINI CORREAS, C. *La prudencia jurídica*, Bs. As., Abeledo Perrot, 1983; PALACIOS, L.; *La prudencia política*, Madrid, Gredos, 1978.

⁶¹ *Vide* AUBENQUE, P. *La prudencia en Aristóteles*, Barcelona, Crítica, 1999.

Está claro, que los jueces como primera virtud es que deben ser hombres prudentes y quien lo es, tiene en miras el cumplimiento de la mejor acción para el logro del fin bueno a ser realizado en el acto sentencial; pero a veces, los jueces deben intercambiar visiones particulares y sociales y lo mejor para el individuo no resulta igual para el colectivo social y no se trata ya sólo de haber mirado las consecuencias y situaciones de contexto del acto judicial, poniendo en práctica la ‘circunspección’ como una virtud anexa a la misma prudencia; sino pues, que debe a veces también, ingresar a establecer cierta compatibilidad social de un determinado accionar individual o colectivo, con los propios marcos de tolerancia cívica y moral que la sociedad reclama ⁶². Para ello, el ingrediente de la discusión deliberativa —y que en el caso se transformará propiamente en una hermenéutica crítica— que a tal respecto deviene siempre enriquecedora, a la que se suma, una suerte de despojamiento de propias visiones idiosincrásicas e ideológicas ⁶³ que lo pueden orientar en definiciones que no resulten compatibles con una verdadera ética de mínimos dentro de la cual se extiende la gestión del hombre juez en un marco entonces, de ética civil ⁶⁴.

⁶² Respecto a la tolerancia moral también denominada como ‘secularización moral del derecho’, se ha escrito que tiene por objeto “la renuncia a la coacción jurídica para imponer formas de vida o comportamientos moralmente adecuados o valiosos” (COLOMER, J. “Libertad individual y límites del derecho” en *Estado, Justicia, Derechos* (E. DÍAZ, J. COLOMER, Eds.), Madrid, Alianza, 2002, pág. 180).

John Rawls utiliza a tales efectos una expresión que resulta atractiva, pero que sin embargo preferimos puntualizarla en este lugar y no en el texto propiamente, pues habla de un ‘pluralismo razonable’, con lo que se refiere a situaciones de coexistencia de una pluralidad de doctrinas filosóficas, morales y religiosas a la vez incompatibles entre sí y razonables. Es razonable sin duda, porque tiene que compatibilizarse concepciones enfrentadas e irreconciliables (cfr. *El liberalismo político*, Barcelona, Crítica, 1996, pág. 66-67, 85-87).

⁶³ Nos hemos referido en manera extensa a dicho aspecto en la labor judicial en nuestro libro *Teoría general de la argumentación forense*, Córdoba, Alveroni, 2001, pág. 111 y ss.

⁶⁴ Quizás se pueda por esta vía afirmar en el futuro, que la virtud que preside el acto sentencial, es la que permite al juez hacer en él, una síntesis para la solución del caso, de la misma ética cívica con los intereses particulares de

A la luz de lo dicho ahora más que nunca, en tiempos de conflictos por la libertad y proyectos autonómicos de los ciudadanos ⁶⁵ cobra relieve la verdadera preocupación que tiene que tomar una sociedad cuando elige sus jueces. No serán los legisladores o las leyes lo que les deba preocupar a los ciudadanos, sino los jueces: siempre los jueces ⁶⁶.

VII. El ámbito de lo no-jurídico

En este marco imprecisamente presentado se impone ahora indagar, hasta dónde podrá el derecho limitar y por lo tanto violentar una individualidad humana que aspira por vocación de un personal proyecto de vida, no contener sus frenos inhibitorios respecto a una o varias tendencias presumidamente disvaliosas, acorde al juzgamiento que en tal sentido realiza un *ethos* social común y pacíficamente reconocido. Desde este punto de vista, y siguiendo la autoridad de Neil MacCormick, la cuestión no está radicada en si debe colocarse el poder del estado para el triunfo de determinadas miradas morales, lo cual es absolutamente obvio

los justiciables. A todo efecto valga la pena recordar el concepto central de ética aplicada según lo recuerda A. Cortina, a saber: “las éticas aplicadas constituyen la fenomenización de una ética cívica que se va forjando desde las distintas esferas de la vida social, en comisiones, comités, códigos, auditorías, y en la esfera de la opinión pública: que constituyen la fenomenización de la intersubjetividad moral que se va descubriendo mediante la reflexión y la acción” (“El carácter público de las éticas aplicadas” en *Razón Pública y Éticas Aplicadas*, Edit. A. Cortina y D. García Marzá, Madrid, Tecnos, 2003, pág. 35).

⁶⁵ Un buen libro que se ocupa exclusivamente del mencionado problema desde la ponderación ahora ventilada es Fiss, O.; *La ironía de la libertad de expresión*, Barcelona, Gedisa, 1999.

⁶⁶ Recuerda R. Dworkin: “Importa la forma en que los jueces deciden los casos (...) La diferencia entre dignidad y ruina puede depender de un argumento que pudo no haber golpeado con la misma fuerza a otro juez, o incluso al mismo juez, otro día. Las personas pueden ganar o perder más por el asentimiento de un juez que por cualquier acto general del Congreso o Parlamento” (*El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1988, pág. 15).

que así será, sino en definitiva instalarse en el verdadero problema y por lo tanto en un escalón superior, como es el de indagar cuáles principios son los que orientan en definitiva, el ejercicio de dicho poder estatal⁶⁷.

Precisamos con insistencia a qué cosa, nos referimos cuando interrogamos con ¿hasta dónde?, puesto que en realidad no hay posibilidad de pensar siquiera en autonomía individual si no existe también un derecho con quien se entra en conflicto; puesto que si el derecho no existe, lo que existe es una libertad plena y por lo que, el único límite que una libertad tiene es la libertad del otro o la carencia de medios para ejecutar lo que como conducta se quiere realizar.

Por ello pues, la complicación de los proyectos de vida en rigor aparecen, cuando estamos dentro de un orden de derecho. Lo que a su vez, en modo alguno atenta contra la tesis de que la autonomía debería ser una suficiente línea vertebral sobre la cual, se organizan y configuran los derechos —tal como kantianamente fuera formulada— mas lo que no puede ocurrir, es que se pueda llegar a considerar la autonomía, como un derecho en sí, o que se pueda reclamar subjetivamente derecho a la autonomía personal. En este último supuesto, la restricción que se podría generar no sería meramente una cuestión de libertad, sino de pura política estatal. Al integrarse la autonomía en el mismo *substractum* de la plataforma de los derechos, se convierte en rigor en un ‘derecho moral fundamental’⁶⁸.

Con mucha mayor razón el tema se complejiza, porque sin duda alguna que el carácter vertiginoso con el cual las cosas se producen contemporáneamente lo impone y los cambios entonces que en los agregados sociales se manifiestan, no permiten a veces hacer un juzgamiento integral e integrado de ¿qué cosa, en rigor significa para cada una de las personas un determinado proyecto?

⁶⁷ MACCORMICK, N. *Derecho legal y socialdemocracia*, Madrid, Tecnos, 1990, pág. 27.

⁶⁸ Vide LAPORTA, F. “Sobre el concepto de derechos humanos” en *Doxa* (4), pág. 23 y ss.

Se corre el grave riesgo, de tener siempre una mirada sesgada de ello ⁶⁹.

La cuestión entonces ahora radica, en que aceptada que fuera la existencia correlativa entre libertad, violencia y derecho; es la de intentar conocer bajo qué condiciones de realidad y/o institucionalidad, ¿cuándo el derecho?, bajo el manto de querer asegurar la libertad de unos miembros de la comunidad acrecienta la cuota de violencia sobre otros. Como también conocer si en tal ocasión, habiéndose sobrepasado el mismo límite de la debida tolerancia cívica, el derecho es sólo violencia y avasallamiento de los derechos individuales ⁷⁰.

Con lo cual abrimos un nuevo capítulo al análisis, hay una violencia del derecho que aunque igualmente discutible es ‘moderada’, mientras que hay otra, que resulta ser ‘violencia extrema’ y que por definición, no es dialógica y no tiene marco de explicación y/o aceptación racional, porque en el fondo lo que ella desprecia es la propia identidad o autenticidad del sujeto ⁷¹.

⁶⁹ “Los proyectos de vida, los desafíos y tareas de la vida, tienden a asumir hoy en día un color y una oferta muy distintos de los que lucían hace medio siglo (...) Pueden ser comprendidos, y así sujetos a una discusión genuina, sólo si se los pone en el contexto al que pertenecen: el de la retirada de las agencias que pretendían suplantar las decisiones individuales por rutinas prediseñadas, y la presión creciente que exige que se busquen y adopten soluciones biográficas ante la impredecibilidad, incoherencia y a menudo estupidez de una condición socialmente construida que se encuentra constantemente en movimiento” (BAUMAN, Z. *La sociedad sitiada*, Bs. As., F.C.E., 2004, pág. 51).

⁷⁰ Siguiendo a Stein como figura en este modelo se puede puntualizar que “La actividad de los juristas ‘abarca en su objeto toda la vida del hombre y de los hombres’, por lo tanto, ‘no hay ningún hecho, acontecimiento o situación que no pueda ser examinado por los juristas para establecer las consecuencias jurídicas que puedan deducirse, directa o indirectamente de aquél’; todo lo concebible puede aparecer en la sala de justicia ante el juez para ser encuadrado en las circunstancias formuladas por el orden jurídico” (citado por ENGISCH, K. *El ámbito de lo no jurídico*, Córdoba, U.N.C., 1960, pág. 27).

⁷¹ Ha señalado, quizás en una modo hasta exagerado Ch. Taylor que “Nos transformamos en agentes humanos plenos, capaces de comprendernos a nosotros mismos y de definir nuestra identidad por medio de la adquisición de lenguajes humanos para expresarnos” y “La génesis de la mente no es monológica, sino

En una tal circunstancia, de violencia extrema, el derecho se convierte *ipso iure* en un ‘derecho asimétrico’, esto es, que la razonabilidad que tiene el estado mediante el derecho para interferir en proyectos de vida de los ciudadanos, lo es sólo tanto cuanto la misma sociedad en su conjunto se ve mejorada o potenciada ya sea por el proyecto de vida que no se deja cumplir, o realizado es removido, o definitivamente aparece permisividad para la concreción de alguno de ellos; mas cuando el mencionado extremo no se cumple debidamente y tal *telos* no existe, ha perdido toda simetría el estado con los beneficios que vuelve a la sociedad —en el caso frustrando proyectos de vida— y por ello es un derecho asimétrico el que se realiza y encarna por definición un ideario violento.

Puede ser visualizado el mencionado problema, aunque desde una óptica diferente desde el binomio de ‘moral personal o individual’ y ‘moral social o intersubjetiva’⁷²; como es de imaginar la moral personal nos indica de cuál manera los hombres debemos vivir, mientras que la intersubjetiva de cuál manera debemos convivir⁷³; motivo por el que, siendo el derecho instrumento de rectificación de conductas sociales, por definición habrá de hacer primar la mencionada moral social; en ello tampoco se puede ignorar un papel hegemónico que el derecho intenta cumplir, pues tratando de establecer progresivamente una suerte de cultura societaria⁷⁴. De

dialógica”, la propia identidad depende en gran medida de las relaciones dialógicas con los demás (El multiculturalismo y la política del reconocimiento citado por BELTRÁN PEDREIRA, E. “Diversidad y deberes cívicos: liberalismo, ciudadanía y multiculturalismo” en *Estado, Justicia, Derechos*, E. Díaz, J. Colomer, Eds., Madrid, Alianza, 2002, pág. 387).

⁷² Carlos Nino recuerda que la moral social o intersubjetiva nos prescribe o prohíbe ciertas acciones y planes de vida por los efectos que tienen en el bienestar de otros sujetos distintos de su agente, y la restante, apela a nuestra conducta por los efectos que tiene en el carácter moral del propio agente según ciertos modelos de virtud (*Ética y derechos humanos*, Bs. As., Astrea, 1989, pág. 229).

⁷³ Cfr. BARRY, B. *La justicia como imparcialidad*, Barcelona, Paidós, 1997, pág. 119.

⁷⁴ Ha definido Kymlicka la cultura societaria como “una cultura que provee a sus miembros de formas de vida con sentido en un ámbito completo de actividades humanas, lo cual incluye aspectos sociales, educativos, religiosos, lúdicos, y económi-

cualquier modo, siempre sobre la base de la delicada línea de intentar ser simétrico o equidistante en un equilibrio inestable como es el que se puede conjugar, a la hora de mirar lo personal y lo colectivo en manera simultánea.

Los derechos son simétricos, esto es el que tiene el estado para imponer y el ciudadano para obedecer, en cuanto hay una pretensión objetiva de asegurar un equilibrio entre la juridicidad del estado, la juridicidad de los jueces y la judicialidad particular en el capítulo de la libertad de los ciudadanos. El derecho asimétrico del estado es porque, se evidencia mayor juridicidad y por lo cual, el ámbito de lo no-jurídico es cada vez menor; es asimétrico del ciudadano, en cuanto existe una libertad no limitada para realizar proyectos de vida, los que a la postre pueden —no necesariamente— llegar a entrar en conflicto. De cualquier manera no se puede dejar de puntualizar que por lo general, la realización histórica del derecho en los pueblos ha tenido el carácter de ser un derecho asimétrico; siendo ello el derrotero, nos inclinamos con mayor predisposición a la asimetría de los ciudadanos y no del estado.

Indudable es de todas formas, que no puede haber resignación ante lo que intrínsecamente no parece ser lo mejor, por ello, la convivencia dentro de un ‘derecho simétrico’ parece una vía esperanzadora de transitar; y si bien ello puede presentarse como de una fuerte dificultad lograrlo, no se puede desconocer, que algunos autores, fuertemente influenciados por E. Kant y A. Smith —particularmente en la *Critica del Juicio* y la *Teoría de los Sentimientos Morales*, respectivamente— aspiran la concreción de un sistema político lo más parecido a las formas que el primero de los nombrados construye sobre el gusto como juicio estético, en la llamada ‘comunidad estética’. Esto es, una en donde se edifica a los fines del emplazamiento de los diferentes proyectos de vida, sobre los

cos tanto en la esfera pública como en la privada. Estas culturas tienden a estar concentradas territorialmente y se basan, por supuesto, en una lengua compartida” (*Multicultural citizenship*, Oxford, Oxford University Press, 1995, pág. 76 citado por CALSAMIGLIA, A.; *Cuestiones de lealtad*, Bs. As., Paidós, 2000, pág. 120).

gustos compartidos por los miembros de la sociedad y sostenida por el compromiso mutuo e incondicional de sus miembros.

No se nos escapa que tal como indicara E. Kant, el juicio del gusto es uno estético y por ello, no es un juicio de conocimiento o un juicio lógico; y por lo tanto su motivo determinante sólo puede ser subjetivo⁷⁵. Pues justamente dicho carácter es el que hace, que a veces proyectos de vida para unos valgan hasta la vida y para otros, absolutamente nada; el esfuerzo entonces estará en hacer que dicha elección consignada en el proyecto de vida sea una representación objetiva y que por lo tanto, si bien es posible que no resulte ser acompañada por otros tantos, al menos permite que sea representada bajo un ropaje discursivo suficiente para muchos sino para todos.

Como es obvio de marcarlo, está presupuesto en una sociedad simétrica de derechos y que aspira a la realización de una ‘comunidad estético-social’; que el instrumento que aparece como un motor de relevancia para ella, no puede ser otro que el diálogo⁷⁶ y por lo tanto, definitivamente encaballado dentro de un modelo de democracia deliberativa que permita hacer todos los pesos y sopeos dentro de la ecuación: libertad, juridicidad, juridicialidad y violencia que como tal convergen en la vida socio política.

De cualquier manera parece importante volver a precisar que la noción de democracia presupone la civilidad, y por ello es que tiene un notable componente identitario de un colectivo específico que bien puede ser refundido en ser ‘esa comunidad’ y no otra, por lo que, con la generación de un *ethos* que le deviene intransferible como indeleble.

De cualquier manera, aun a fuerza de repetir para volver a situarnos desde la perspectiva que discutimos el tema de los proyectos

⁷⁵ Cfr. KANT, E.; *Crítica del juicio*, Libro I, parágrafo 1.

⁷⁶ Siguiendo a Luc Boltanski se puede decir: “El camino hacia una comunidad así, debe pasar forzosamente por un discurso comprometido, que busque dialogar, orientado desde el principio y en los debates subsiguientes a obtener la aprobación de aquellos a los que se dirige: a mostrar que el tema al que el discurso hace referencia es digno de aprobación” (citado por BAUMAN, Z. *La sociedad sitiada*, Bs. As., F.C.E., 2004, pág. 268).

de vida, existirán algunos, que no podrán llegar a tener emplazamiento al menos mientras los acuerdos fundacionales sigan siendo los que son, y que generalmente se asientan sobre los siguientes tres pivotes: i) La existencia de un cúmulo de principios y directrices que resultan directa o indirectamente del mismo texto constitucional, ii) La inmodificabilidad de un sistema político democrático y iii) La existencia de unos derechos humanos fundamentales, asentados en la misma dignidad de la persona humana.

En función de lo que puntualizáramos más arriba, en todo el presente trabajo nos hemos estado refiriendo a la violencia moderada, nunca extrema; lo cual no quiere decir que para el ciudadano —aunque ella sea leve o menor— es definitivamente violencia, aunque exista otra que es peor por ser extrema.

Quizás se pueda ilustrar este concepto precisando que por ejemplo, el hiato revolucionario con el cambio de un sistema jurídico determinado por otro diferente, en tanto que ello impone *ipso facto* la ruptura de proyectos de vida, es violencia extrema; por ello también es que Santi Romano ha podido definir ella como “una violencia jurídicamente organizada”⁷⁷, en cambio la suspensión que provisoriamente se puede hacer de determinados estatutos jurídicos y por ello frustratorios de proyectos de vida es una violencia moderada, tal el caso del llamado estado de excepción o en nuestra versión local, de estado de emergencia.

Huelga agregar también, que la afirmación que el derecho resulte una pieza frustrante de proyectos personales es de alguna manera violencia, si bien parece más asociado a regímenes de carácter totalitario y donde ello resulta más ostensible; la pregunta se torna compleja cuando también se inscribe en un otear del horizonte real de comunidades políticas, donde el sesgo que tienen es justamente el contrario, o sea el de ser el derecho no-violento y por ello, permitir en grado máximo que el ciudadano potencie sus mismas libertades.

⁷⁷ También se ha dicho que: “Sin embargo, este hecho jurídico no será reconocido como derecho sino al término de una prueba de fuerza. Es la victoria quien decidirá sobre su derecho, una revolución que fracasa permanece fuera de la ley” (VINCENT, P. *Revolución y derecho*, Gheri, Bs. As., 1982, pág. 24).


Nos parece de todas maneras importante volver a precisar el rol acabadamente definitivo que en toda la teoría de la autonomía y los proyectos de vida cobra el modelo democrático deliberativo, el cual no excluye sino que suma al representativo. Su acierto está en que el ámbito de discusión colectiva de las diferentes preferencias personales, puede llevar a emplazarlas a ellas, y si bien no con ello se transforman en ‘preferencias colectivas’, al menos no serán despreciadas mayoritariamente⁷⁸ y por lo tanto, resultarán aceptadas aunque sea ello en modo inicial, con una plausibilidad enflaquecida, pero con la razonable expectativa, de que en forma progresiva se tienda a maximizar el número de personas que comparten dicho ideario de realización.

Corresponde también señalar, que los proyectos autoreferenciales, que si bien son proyectos de vida, se inscriben ellos y según nuestro parecer, en un escalón todavía más íntimo de cada uno de los individuos y por eso, son todavía más complicados en poder exteriorizarlos y por lo tanto, de sumar adherentes a los mismos, o que los otros, los reconozcan como viables en quienes lo encarnan. En dicho conjunto de realizaciones, sin duda que el individuo en una mera democracia representativa tiene mucho menos chance de tener el triunfo que en una deliberativa; los proyectos de vida y particularmente los autoreferentes, no se ganan con el imperio de la regla de la mayoría —eje vertebral de la democracia representativa— sino mediante la regla del discurso —eje de la democracia deliberativa—; puesto que el discurso es donde se permiten exteriorizar las razones que valen no por los votos que ha cosechado, sino por los argumentos que ha brindado.

Desde este perfil del análisis, un determinado proyecto de vida puede ser votado representativa y mayoritariamente acertado o no, pero su misma legitimidad de existencia o no, radicará en una

⁷⁸ Carlos Nino ha señalado a tal respecto que “El diálogo es el mecanismo a través del cual la democracia convierte las preferencias autointeresadas en preferencias imparciales (...). Mi posición sólo intenta sostener que la democracia deliberativa es el método más confiable para lograrlo” (*La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 2003, pág. 202).

fuerza mayor externa a la votación como son los argumentos que en pro o en contra de dicho proyecto se han volcado en la discusión y por lo tanto, en los consensos que haya podido lograr. Ello incluso con independencia que en el último tramo de la discusión la cuestión termine definida por la regla de la mayoría, es una fortaleza que durante la deliberación, se cumplió con el objetivo que ella en sí misma tiene en este marco político, como es el de colocar sobre el tapete, la explicitación de las bases del desacuerdo y darle a la sociedad una descripción razonablemente clara de lo que está en juego ⁷⁹.

De aquí se puede colegir sin mayor dificultad, que en la medida que haya habido una adecuada deliberación y en donde se hayan hecho valer los diferentes argumentos que sostienen o que denostan tal o cual posición, en realidad la regla de la mayoría que finalmente definirá en uno u otro sentido mediante votación, el resultado del tema; permitirá establecer una valencia no sólo cuantitativa sino cualitativa de dicha votación. Porque si bien, los representantes tienen a razón de un voto cada uno, por los argumentos que han sido brindados, el peso axiológico de la minoría en el resultado cuantitativo puede tener a pesar de todo ello el triunfo societario puesto que los argumentos de algunos son tomados más seriamente que de los restantes ⁸⁰. 

⁷⁹ Vide WALDRON, J.; “Deliberación, desacuerdo y votación” en *Democracia Deliberativa y Derechos Humanos*, Barcelona, Gedisa, 2004, pág. 259.

⁸⁰ En pequeña escala se ha intentado reproducir el esquema teórico indicado, mirando el funcionamiento de ciertos tribunales, particularmente de Cortes Supremas, en donde las decisiones son tomadas finalmente por mayorías, pero que ha efectuado un largo camino antes de deliberación, tratando de restañar los desacuerdos existentes y por lo tanto, el voto de cada uno de los miembros, aparece como el resultado natural de un proceso de toma de decisiones democráticas y no, como un triste colofón que se impone por una instancia deliberativa insatisfecha.

En este marco ha señalado Jeremy Waldron su búsqueda por “una teoría que reconcilie la votación con la deliberación (...) no hay duda que la Corte Suprema es un cuerpo deliberativo, y no deja de serlo cuando sus miembros están en desacuerdo entre ellos, aunque su desacuerdo implique que, al final de su deliberación, la cuestión planteada ante ellos tendrá que ser resuelta por el voto (...), en principio, no hay nada incompatible entre la deliberación, el desacuerdo y la

Bibliografía

- ACKERMAN, B. *La política del diálogo liberal*. Barcelona, Gedisa, 1999.
- AGAMBEN, G. *Estado de excepción - Homo sacer, II, I*. Bs. As., Adriana Hidalgo, 2004.
- BAUMAN, Z. *La sociedad sitiada*. Bs. As., F.C.E., 2004.
- BERLIN, I. *Dos conceptos de libertad*. Madrid, Alianza, 2001.
- CONILL, J. y CROCKER, D. (Eds.). *Republicanismo y educación cívica ¿Más allá del liberalismo?* Granada, Comares, 2003.
- DÍAZ, E. y COLOMER, J. (Eds.), *Estado, Justicia, Derechos*. Madrid, Alianza, 2002.
- ENGISCH, K. *El ámbito de lo no jurídico*. Córdoba, U.N.C., 1960.
- ESPÓSITO, R. *Communitas - Origen y destino de la comunidad*. Bs. As., Amorrortu, 2003.
- HONGJU KOH, H. y SLLYE, R. (Eds.). *Democracia Deliberativa y Derechos Humanos*. Barcelona, Gedisa, 2004.
- MILL, J. *Sobre la libertad*. Madrid, Alianza, 1997.
- NINO, C. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona, Gedisa, 2003.

votación. Si la combinación tiene sentido en los tribunales, entonces tal vez también tenga sentido en el nivel más general de la teoría de la democracia deliberativa” (“Deliberación, desacuerdo y votación” en *Democracia Deliberativa y Derechos Humanos*, Barcelona, Gedisa, 2004, pág. 255).