

EL PORVENIR DE UNA ILUSIÓN

Sobre el futuro del derecho, desde la perspectiva de la teoría jurídica

*Óscar Guardiola-Rivera**

RESUMEN

Este ensayo se propone introducir en la teoría jurídica contemporánea la distinción entre “lo singular” y “lo específico”, con el fin de afinar nuestras respuestas a la cuestión acerca del tipo de “unidad en la diversidad” a que se refiere el proyecto liberal moderno como la arquitectura que es necesario levantar en el espacio jurídico-político. Asimismo, se trata de dotarnos con herramientas más precisas a la hora de calcular el destino de esa unidad arquitectónica, la nación o forma-Estado, frente a los procesos de globalización en curso, como la unidad de análisis apropiada para los esfuerzos de las ciencias jurídicas. El artículo opera también como una crítica de la ilusión trascendental que persiste en el corazón del discurso jurídico-político moderno, como una descripción del estado de la cuestión acerca del derecho desde la perspectiva de la teoría jurídica y un intento por cartografiar el incierto territorio del derecho por venir.

ABSTRACT

This articles proposes to introduce the distinction between “the singular” and the “specific” into contemporary legal theory, in order to better our responses to the question concerning the kind of “unity in diversity” that the liberal modern project wishes to

Fecha de recepción: 25 de mayo de 2004

* Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá. University of London

establish in the political-legal space, and the destiny of such a unity, the nation-state vis á vis proceses of globalization, as the unity of analysis in the legal sciences. Furthermore, this argument works also as a critique of the transcendental illusion that operates in modern legal-political discourse, as a description of the actual state of the question concerning law from the perspective of legal theory and an attempt to map the uncertain terrain of the legal science(s) to come.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

1. LO SINGULAR Y LO ESPECÍFICO
2. JUSTICIA ALIENADA
3. NOMOS: DERECHO, DIFERENCIA COLONIAL Y COLONIALIDAD DEL PODER
4. LA AGENDA DE LOS ESTUDIOS JURÍDICOS POR VENIR

INTRODUCCIÓN

Lo que parece ser común al proyecto liberal de la modernidad es la ilusión trascendental de acuerdo con la cual la condición que hace posible la construcción del espacio jurídico-político es la reducción de la multiplicidad a la unidad. La frase que aparece en el escudo de los Estados Unidos de América, “De los muchos uno”, y que se repite en todas las imágenes análogas que incluyen el término “orden” —como en el ‘Orden y progreso’ del símbolo nacional brasileiro— expresa esta ilusión. Los recientes esfuerzos por elaborar una genealogía cultural del siglo XIX en las Américas, época en la cual se consolida el proyecto político y jurídico poscolonial de nuestro continente, parecen confirmar esta proposición.

Si ello es así, entonces la pregunta que sigue en el orden de la investigación es la siguiente: ¿a qué tipo de “unidad” se nos dice que es necesario reducir la multiplicidad? O de otra manera, ¿de qué estamos hablando cuando utilizamos términos tales como ‘la unidad nacional’ (esa que “hay que recuperar”), ‘la soberanía del Estado’ (que es necesario, se nos dice, extender a la totalidad del territorio nacional tanto como en el espacio económico transnacional) o ‘seguridad y orden’ (que se

suponen amenazados por el llamado ‘terrorismo’, nuevo término de uso para designar un miedo a la muchedumbre que es tan viejo como la modernidad misma)?

Como se ve, no se trata de una pregunta meramente teórica sino de una cuestión práctica y pertinente que se sitúa en el centro de nuestras preocupaciones actuales acerca de la economía, la guerra, la paz y el estado de excepción normalizado bajo el cual vivimos día a día. En últimas, se trata del destino de la ‘nación-Estado’ como unidad de análisis y aplicación de políticas jurídicas en el contexto de la globalización. Así las cosas, una visión acerca de la problemática actual y potencial del derecho, desde la perspectiva más específica de la teoría, la filosofía y la historia del derecho, no puede sino ocuparse en resolver o cuando menos aproximarse a esta cuestión reconociendo en ella una tendencia realmente existente.

Este escrito propone, desde esta perspectiva, que resulta fructífero introducir la distinción entre ‘lo singular’ y ‘lo específico’ a la hora de responder a la pregunta por el tipo de ‘unidad en la diversidad’ a que refiere el proyecto liberal-moderno de espacio jurídico-político y su destino como unidad de análisis. Más aún, quisiera proponer que es a partir de esta distinción como puede entenderse de manera algo más adecuada la tendencia del derecho actual y por lo tanto, intentar construir una visión prospectiva.

1. LO SINGULAR Y LO ESPECÍFICO

Comenzaré por aclarar que ambos lados de la distinción se refieren a formas diferentes de concebir un proceso de determinación. Ahora bien, la construcción del espacio político-jurídico puede concebirse como un proceso de determinación, al tiempo analítica y geográfica, como han sugerido JOHN AUSTIN en *The Province of Jurisprudence Determined* o RONALD DWORKIN en *Law's Empire*¹. Ello es así en la medida en que dicho proceso consiste en el establecimiento de los criterios que delimitan el espacio jurídico, o de otra manera, los criterios que nos permiten identificar qué es derecho y distinguir en medio de la diversidad regulativa de la sociedad aquello que no lo es.

Un criterio “singular” es aquel que resuelve el problema de la determinación en la multiplicidad mediante la disolución de las diferencias propias de lo diverso en

1 Nótese el sentido analítico y geográfico presentes a un tiempo en los títulos de ambos textos. Podría decirse que en efecto la totalidad de la empresa iusteórica moderna corresponde al desarrollo de una agenda que conecta teoría jurídica analítica y territorialización. Véase al respecto O. GUARDIOLA-RIVERA, ‘The Question Concerning Law’, (2003) 66 *Modern Law Review* 5, 792-808.

uno o varios caracteres o atributos esenciales o exclusivos. Así por ejemplo, frente a la multiplicidad racial la categoría ‘mestizo’ es singular porque resuelve la diferenciación en un carácter esencial que se considera, por ello mismo, universalizable. Precisamente en este sentido se afirma que “en nuestro país no hay racismo”, diferenciación racial, porque —se afirma— todos seríamos el producto de una mezcla original, esto es, mestizos. La categoría ‘clase media’ cumple una función similar respecto de la diferenciación de clase. Así, se dice que no hay lucha de clases porque los dos términos enfrentados en la contradicción —trabajadores y capitalistas— se resuelven en o ceden terreno ante la emergencia de una clase intermedia que es desconocida por la narrativa de la lucha clasista, la clase media.

Un criterio singular es el equivalente de un hoyo negro en cosmología (en efecto, el término con el cual se designa el foco de un hoyo negro en cosmología es ‘singularidad’): representa una concentración tal de fuerza que es capaz de absorber y disolver las diferentes entidades que se encuentren en la proximidad de su horizonte. Si se entiende lo anterior, se entenderá en qué sentido RONALD DWORKIN, quizás el más influyente teórico jurídico liberal en la actualidad, afirma que el propósito de la filosofía política (en la cual él entiende incluidas la teoría y la filosofía del derecho) es la ‘justificación de la concentración de la fuerza y de su uso en manos del Estado’². El punto es que en la afirmación del profesor DWORKIN se revela no solamente el propósito de la filosofía política y jurídica liberal sino también, y esto es más importante para nosotros, que el criterio de determinación del espacio jurídico propuesto por la modernidad liberal tiene la forma de una singularidad. Dicho de otra manera, el derecho liberal moderno propone como su criterio de determinación la concentración de la fuerza y de su uso en un punto singular de manera que a través suyo se disuelvan las diferencias y se produzca como consecuencia la unidad del espacio político y jurídico. Para el proyecto moderno liberal este punto singular es el ‘pueblo-nación’ o en su representación institucional y realizable, el Estado nacional.

Ahora bien, ‘fuerza’ significa aquí no solamente la nuda coerción que identificamos de manera usual y algo ingenua con el uso de las armas, aunque sin duda este momento es originario, sino también la no menos importante fuerza imaginaria y simbólica que consiste en la determinación de unos caracteres o atributos que se establecen como esenciales (la ‘unidad de cultura’: lengua, religión, territorio y etnicidad) y de las formas —también esencializadas— como han de resolverse los conflictos. Esto último es bien importante para el derecho, pues es precisamente en

2 La afirmación fue hecha por DWORKIN en el marco de su seminario en la Facultad de Leyes de University College London en el primer semestre de 2003.

tal sentido en que se lo entiende de manera usual y como se lo continúa enseñando en las facultades de derecho: como el conjunto de formas esenciales —reglas, leyes, derechos, decisiones judiciales—³ en y a través de las cuales han de resolverse los conflictos de manera exclusiva.

He sugerido que la fuerza imaginaria y simbólica —lo que de manera usual se llama ‘la cultura’— no es menos importante que la fuerza armada. Quizá lo es más. La razón de ello es que para completar la determinación del espacio jurídico no basta la coerción. El orden, la completa e integral determinación del espacio político-jurídico, tiene como condición una situación en la cual la persuasión pesa más que la nuda coerción. Esta situación se obtiene mediante la extensión y uso de formas masivas de comunicación —de la educación a los *mass media*—, es decir, los medios de la cultura popular o de masas. De lo anterior se sigue que el orden (jurídico-político) solamente puede persistir y completarse en una situación dinámica en la cual aun la más efectiva organización política, es decir, la más persuasiva, se encuentra necesariamente abierta a la oposición y la resistencia.

En este sentido, el orden liberal moderno corresponde a una situación paradójica en la cual quienes dominan pugnan de manera constante por obtener el amor de los subordinados. Seducción, antes que opresión. Así las cosas, el orden no es equivalente a ni puede yuxtaponerse con la efectividad total del líder político (entre nosotros de manera usual, el ejecutivo), pero tampoco puede pensarse —como lo propone el proyecto liberal moderno— que en el Estado liberal la persuasión y el consenso reducen la coerción a una nulidad. Dicho de otra manera, dado que la situación dinámica en la que se encuentran el liderazgo y la resistencia constituye una condición particular del orden, y este último está constituido a su vez por persuasión y por coerción, se sigue que no puede existir un orden o sistema hegemónico en el cual la persuasión tenga un peso tal que la coerción es reducida a cero. La ilusión trascendental del liberalismo moderno retorna en este punto como la fanta-

3 La atribución de esencialidad a tales formas es lo que una cierta perspectiva crítica sobre el derecho, que ha comenzado a hacer carrera entre nosotros, denomina ‘formalismo’. Aunque el término sea más o menos novedoso la percepción que expresa no lo es. En efecto, perspectivas menos críticas y más tradicionales expresaban ya sospecha y un cierto desdén en el uso de términos tales como ‘positivismo’, ‘interpretación literal o exegética’ (de las reglas) o ‘instrumentalismo’. Sin embargo, ni las perspectivas más críticas ni las menos críticas extienden su sospecha al tema de la concentración de la fuerza y la resolución de los conflictos (esta tarea ha sido desarrollada en forma parcial por los estudios sociojurídicos que exploran la idea de ‘pluralismo jurídico’) y ni éstos ni los dos primeros llegan a extenderla al tema del carácter singular que asume la fuerza concentrada, ni mucho menos al tema del criterio de determinación de la provincia o el espacio jurídico-político. Dicho de otra manera, tanto los estudios críticos o antiformalistas del derecho entre nosotros, como su contraparte más tradicional, y otro tanto cabe decir de los estudios sociojurídicos, asumen la posibilidad, existencia y necesidad de un ‘concepto de derecho’ así éste sea del tipo ‘delgado’ (*thin*) y puramente pragmático que propone el sociojurista BRIAN Z. TAMANAHA en su obra *A General Jurisprudence of Law and Society* (Oxford: Oxford University Press, 2001). Véase a este respecto nota 1 arriba, 806.

sía de un Estado no coercitivo, o de otra manera, una política de la persuasión pura⁴.

Entre nosotros se cae de manera frecuente en esta trampa: por ejemplo, cuando se piensa y se enseña que el derecho es lo contrario de la violencia y que el primero excluye a esta última; la violencia es representada de esta manera como una excepción y/o como una anormalidad o patología. Como resultado de este *mirage*, cuando la violencia retorna o bien el derecho no cuenta con las armas para enfrentarla y se lo hace a un lado (el Estado de excepción expresado en la frase ‘el derecho calla cuando hablan las armas’) o bien el derecho asume el papel de la defensa de la sociedad en contra de la violencia que viene de fuera (el Estado de excepción que convierte al derecho no en un arma sino en una ciencia de Estado). En ambos casos lo que se revela es el carácter constitutivo de la excepcionalidad para el derecho: el punto a considerar es si la fuerza específica del derecho consiste precisamente en su alienación.

Si lo anterior parece paradójico, ello se debe a que es paradójico. La paradoja latente en la definición del derecho como excepcionalidad consiste en el hecho de que el soberano, al hallarse dotado del poder legítimo para suspender el derecho, se encuentra al mismo tiempo adentro y afuera del orden jurídico⁵. Lo anterior también significa que el derecho se encuentra fuera de sí mismo o lo que es lo mismo, que

“yo, el soberano, que estoy por fuera de la ley, declaro que nada ni nadie se encuentra por fuera de la ley”⁶.

4 Una de las transformaciones más profundas en curso en Colombia es aquella que opone a la política democrático-participativa de la Constitución de 1991, la puridad de la política persuasiva. Es en este contexto que debe leerse el referendo de reforma constitucional celebrado en octubre del 2003: se trata de una vuelta a la solución del problema de la multiplicidad por medio de la yuxtaposición del orden y el liderazgo (que algunos interpretan como una forma posmoderna de ‘caudillismo’ y/o ‘populismo’) cuya expresión jurídica más evidente es la reconcentración del poder en el ejecutivo (en contra del principio de separación de poderes) y el reconocimiento, una vez más, de los límites del aspecto parlamentario de la determinación política liberal. Obsérvese que no se trata de un fenómeno puramente local, su aspecto global se hizo evidente durante y luego de los debates jurídicos (nacionales e internacionales) acerca del ataque preventivo a y la invasión de Irak. El punto es la relocalización del punto de sutura y completud o integralidad del sistema jurídico-político en el ejecutivo, en contravía de la teoría jurídica de posguerra que lo había (re)localizado en el poder judicial (en particular la tradición que termina con DWORKIN). Cabe preguntarse en este sentido si entre nosotros se estaría produciendo un desplazamiento similar, y considerar sus implicaciones para la teoría jurídica particular y general.

5 Para esta definición, tras la cual se hace explícita una crítica radical a la determinación liberal de lo jurídico-político, véase SCHMITT, CARL, *The Concept of the Political* Translated by G. SCHWAB (Cambridge, MIT, 1996). Según SCHMITT “Soberano es quien decide acerca del Estado de excepción”.

6 AGAMBEN, GIORGIO, “*The Messiah and the Sovereign: The Problem of Law in Walter Benjamin*”, en *Potentialities. Collected Essays in Philosophy* (Stanford, Stanford University Press, 1999).

Otra manera de explicitar lo anterior consiste en afirmar que el derecho es justicia alienada, o lo que es lo mismo, que a pesar de presentar como su propósito el hacer justicia en cada caso lo cierto es que este movimiento tiene que ser negado de manera que el hacer justicia pueda ser re-inscrito en el aparato estatal. El derecho se revela de esta manera como un aparato de extracción de justicia de las unidades sociales y de acumulación de la misma en la forma-Estado. Así las cosas, el primer interés del Estado de derecho moderno liberal no es ‘hacer justicia’ en la sociedad sino *mantener su existencia* [la del Estado]. Esto es precisamente lo que le reprocha la crítica sociológica. Se trata de un reproche que resuena a menudo en la comunidad jurídica: el derecho está lejos de la realidad.

2. JUSTICIA ALIENADA

Aun si fuese correcta, lo que la crítica sociológica olvida con demasiada facilidad es que el Estado también es real, que se trata de una realidad operativa en la sociedad y que el modo de su operación es la producción de plusvalor, que luego es redistribuido (de manera parcial) a través de los demás ámbitos de la sociedad. El éxito de esta operación, de esta lógica, puede observarse por ejemplo, en el uso extendido de esa invención (fantasmática) del derecho moderno conocida como ‘personalidad jurídica’. Es probable que sin ella el mercado capitalista, por ejemplo, jamás hubiera podido devenir mercado mundial.

Con todo, ésta es tan sólo una parte de la historia. La otra parte consiste en reconocer que si bien la forma-Estado produce plusvalor jurídico-político (la ‘unidad de cultura’) de manera exitosa y al hacerlo disciplina y domina, produce orden, también es cierto que las unidades sociales se resisten a esa acumulación y que lo hacen de manera exitosa. Así por ejemplo, la economía resiste los intentos de la forma-Estado por subsumir este otro ámbito de la sociedad, y lo hace de manera exitosa. No de otra manera podría explicarse por ejemplo, la actual tendencia ascendente en los espacios doméstico y transnacional del arbitramento mercantil (que es una forma de ‘justicia privada’ o ADR) o la emergencia de la llamada *lex mercatoria*.

ADR es el acrónimo de *Alternative Dispute Resolution* o mecanismos alternativos de resolución de conflictos; el ‘otro derecho’ como se le conoce entre nosotros. Como se deduce del ejemplo que acabo de referir, y muy a pesar de lo que pregonan algunos de sus defensores entre nosotros, ADR no posee una política propia de modo que no es necesariamente ‘progresista’. De hecho una de las tendencias más interesantes del derecho actual es el auge renovado de los ADR, pero esta vez impulsado por los propios estados que ven en tales mecanismos una forma eficaz de mimetizarse en el mercado, atendiendo a sus exigencias (puestas en tér-

minos de ‘eficiencia’ y ‘costes transactivos’) y al tiempo salvando su posición como centro de decisión.

Este es precisamente el tipo de desplazamiento al que hace alusión el término ‘nuevo derecho’ que ha estado haciendo carrera en países como Colombia, al menos tal y como se lo utilizó por vez primera en el discurso pronunciado por el entonces presidente CÉSAR GAVIRIA ante la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana una vez expedida la Constitución de 1991⁷. Es de esta manera como el ‘nuevo derecho’ aparece asociado de algún modo al llamado ‘neoliberalismo’ entre nosotros. Jurídicamente, el neoliberalismo consiste en la mimesis del lenguaje y los códigos del mercado por parte del lenguaje jurídico (como en ‘flexibilización laboral’, por ejemplo). El riesgo consiste aquí en que la mimesis se convierta en dediferenciación, es decir, que el lenguaje del mercado sea yuxtapuesto y subsuma al jurídico (lo que convertiría al mercado o al Estado-mercado en una singularidad, con lo cual si bien se desplaza o cambia la forma de la singularidad, esta última se mantiene como punto de sutura o integración del espacio jurídico y político, lo que repetiría una vez más la lógica liberal de la ilusión política trascendental).

La tesis que estoy intentando desarrollar en este punto es que esta subsunción no es completa, y que no puede serlo (de la misma manera en que el derecho-Estado no puede subsumir a la economía) de manera que siempre hay un remanente, una suerte de exterioridad absoluta cuya incomprendibilidad garantiza la autonomía del derecho, la economía y los demás ámbitos sociales, de manera que se previene la dediferenciación. Si se entiende lo anterior, aparece claro de qué manera el vocablo ‘nuevo derecho’ ha llegado a significar, luego de su inepción originaria cercana a los intereses del mercado, una corriente crítica del formalismo jurídico; pero también se entenderá el carácter limitado de esa crítica.

El antiformalismo puede llegar a oponer al poder dediferenciador del mercado el núcleo ‘duro’ de los derechos (como una excepción al poder integrador del mercado o del Estado-mercado) pero no puede pensar la excepción. Puede postularla y servirse de ella, con lo cual mantiene los límites del espacio jurídico y político dentro de los límites de una comunidad liberal, pero no puede pensar su más allá. Para hacerlo tendría que dejar atrás la idea de un núcleo esencial de derechos y del juez

7 Debo aclarar que el término ‘nuevo derecho’ posee muchos significados. En manos del presidente GAVIRIA, actual ex secretario general de la OEA, este significado se desliza del antiformalismo jurídico a la aceptación de la entonces llamada ‘apertura’ al libre comercio global y la amelioración de sus efectos nocivos. En manos de magistrados progresistas de la Corte Constitucional colombiana, y de algunos jóvenes profesores de derecho entre quienes me cuento, el término ha llegado a ser sinónimo de una rebelión en la práctica teórica del derecho que, en el sentir de algunos, amenaza convertirse en una revolución.

constitucional como última línea de defensa de la juricidad o ‘guardián de la Constitución’. Tendría que declarar ‘el fin de los derechos humanos’. Más bien, tendría que asumir la tarea de construir y defender una cultura del formalismo (un formalismo de resistencia, desde abajo) después de la crítica al legalismo formalista. Solamente de esa manera podría pensar la excepcionalidad y por ende la constitución del derecho como una exterioridad absoluta o, dicho de otra manera, como un ‘proceso sin sujeto’.

Es bien probable que los defensores del antiformalismo jurídico entre nosotros encuentren impalatable semejante invitación, si es que no francamente regresiva, conservadora. De hecho es probable que cierren filas junto a los neoeconomicistas del derecho en la defensa de un núcleo duro, humanista, del derecho. Para estos últimos, solamente la postulación de un tal núcleo posibilita los supuestos del ‘individualismo metodológico’ en el cual se fundan sus conclusiones. El análisis económico del derecho reconoce que no podemos saber cuándo el derecho se vuelve en verdad ‘eficiente’, pero postula que por lo menos podemos rechazar como inútil aquel que no lo sea; a su vez, ello haría útil al análisis económico del derecho. Es cierto que este tipo de análisis es útil, y lo es en el sentido en que provee un nuevo concepto duro de derecho (la eficiencia) que remplaza al de integridad judicial en una época en la cual el Estado (y por ende también los jueces) ven minado su monopolio respecto de los mecanismos de resolución de conflictos y toma de decisiones.

Y sin embargo, analíticamente hablando, ‘eficiencia’ cumple exactamente la misma función de sutura que antes cumplía ‘integridad’ (así el primero se pretenda postestatal): ninguno de ellos cree en la capacidad autoorganizadora de la multitud, y en tal sentido ambos realizan la labor singular de la forma-Estado: el orden. Ya se trate de la forma-Estado como ‘actor económico eficiente’ o como ‘integrador de la moral política’. Por lo mismo, ninguno de ellos puede pensar el derecho más allá de la excepción, es decir, en ausencia del núcleo humanista.

Obsérvese de nuevo la misma lógica singular del derecho liberal moderno, pero esta vez representada en el lenguaje de la teoría de conjuntos: la singularidad representa el conjunto de todos los elementos o la serie que es sin embargo, tan sólo uno de los elementos de la serie singularizada. O de otra manera, el procedimiento de determinación universal o generalización (que aquí he denominado singularización) consiste en asumir uno de los elementos de la serie o el conjunto como una ‘excepción’ a dicha serie o conjunto que sin embargo, representa o es puesto en lugar de todos los diferentes elementos de la serie o conjunto. Puesto en estos términos, tiene sentido hacerse el siguiente grupo de preguntas: ¿existe en verdad una excepción al conjunto o la serie que sin embargo ‘funda’ el conjunto o la serie?

¿Cómo surge o emerge este espacio o elemento de excepción desde dentro de la serie hasta constituir su afuera? ¿O es la excepción ella misma tan sólo un elemento de la serie o el conjunto, y nada más, y por lo tanto cabe hablar de la ‘fundamentación imposible’, la universalización falsa de la serie o conjunto? O bien, ¿cabe decir que el elemento exceptuado se sitúa al mismo tiempo adentro y afuera de la serie o el conjunto? En suma, ¿lleva la solución singular del problema jurídico-político de lo uno y lo múltiple a una paradoja? Y si ello es así, ¿cómo puede pensarse (si es que puede pensarse) el problema más allá de la paradoja sin abandonarse a la ilusión de que ella no existe?

Dicho de otra manera, y de una sola vez: la reflexión acerca de la excepcionalidad constitutiva del derecho —la posición paradójica de la forma-Estado—⁸ lleva directo a enfrentar el problema de la fundamentación de los derechos del hombre (o humanos), pues los tales aparecen inexplicables bien sea desde el naturalismo o bien desde el historicismo (aun si este último se redescrive en su vertiente economicista). Ello es así en la medida en que el derecho moderno liberal (el de los derechos humanos) parece enfrascado en la tarea de ‘iluminar la paradoja de una prueba de trascendencia al interior de la inmanencia, de la que se quiere creer que le basta llevar el Estado democrático más allá de los límites tradicionales del Estado de derecho’⁹.

El problema actual y porvenir del derecho consiste pues en que el criterio singular de determinación de la provincia o el espacio jurídico-político de la modernidad liberal, el concepto (estatal) de derecho, ha comenzado a hacer agua. Son varios los factores o variables que han revelado el carácter problemático, paradójico, del concepto estatal de derecho. Mencionaremos tan sólo dos: primero, la ‘globalización’, término que designa aquí no solamente y no tanto la ‘intensificación’ de las relaciones sociales a distancia (GIDDENS) sino también y más importante, la ‘aparición’ de sujetos con capacidad para competir con el Estado, provocando la ‘apertura’ del monopolio de los mecanismos de resolución de conflictos, y de moverse a través de las rígidas fronteras culturales provocando la caída del carácter esencial que se le atribuía a la unidad de cultura. Es precisamente en este sentido que se habla de la crisis o el desplazamiento del pueblo-nación y/o del Estado y de la posible aparición de un ‘derecho sin Estado’ (TEUBNER), en referencia a fenómenos tales como la llamada *lex mercatoria*, creada por las grandes firmas de abogados y los actores económicos que dominan el mercado global, o la ‘legislación’ informal que aparece en los célebres estudios del sociojurista BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS res-

8 Asuma este la forma de ‘actor económico eficiente’ o de ‘integrador de la moral política’, como ya se dijo.

9 ALLIEZ, ERIC, “El sujeto de derecho”, en *De la imposibilidad de la fenomenología. Sobre la filosofía francesa contemporánea*, Editorial de la Universidad del Valle, Cali, 1998, 106 págs.

pecto de las favelas en Brasil¹⁰ Segundo, la transformación cualitativa de la violencia para y supraestatal, a veces denominada ‘terrorista’ (concepto que permanece contestado y ambiguo al interior del lenguaje jurídico y que por lo mismo me abstendré de usar)¹¹ y que amenaza con romper el monopolio estatal, doméstico y transnacional, de la fuerza armada y de su uso.

Este fenómeno, hecho evidente tras los sucesos del 11 de septiembre de 2001, pero que no era desconocido en nuestro medio, está causando transformaciones muy profundas en el derecho nacional e internacional: Ya se ha mencionado al pie de página la ‘triste y corta’ vida del *rule of law* en el espacio transnacional, expresada en el carácter bien restringido de la esperada ‘revolución’ de los tribunales y cortes internacionales (ejemplo de lo cual es la retirada de los Estados Unidos de la Corte Penal Internacional y su muy activa y expresa acción para minar las posibilidades de esa Corte y ‘exceptuarse’ de su jurisdicción mediante la firma de un número considerable de tratados bilaterales; tendencia que ya había anunciado su retiro de la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia tras el fallo en su contra por terrorismo de Estado en el caso Nicaragua).

Menos conocida, pero no menos importante, es la transformación en curso del derecho de propiedad de la mano de la doctrina conocida como *regulatory takings*, aplicada al caso de la protección de la inversión extranjera y que, asociada al uso extendido de mecanismos alternativos de resolución de conflictos (de manera usual el panel de arbitraje) amenaza el poder eminente de los estados y los sitúa, en la opinión de algunos analistas, en condiciones de inferioridad jurídica respecto de sus contrapartes internacionales, los inversionistas multinacionales¹². Este punto es de particular importancia para Colombia, Brasil y los demás países latinoamericanos dado que los mecanismos de protección a la inversión extranjera a los que se ha hecho referencia fueron consignados en el capítulo 11 del NAFTA (los casos más sonados y controversiales han surgido de esa jurisdicción, como por ejemplo el caso

10 Véase DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA y GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO, *Caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Bogotá, 2001, para un análisis similar del caso colombiano.

11 Véase a este respecto, DWORKIN, RONALD, “*The Threat to Patriotism*”, en *New York Review of Books*, octubre 2001, reimpresso en CRAIG CALHOUN, *et al.* (eds.), *Understanding 9/11*. Existen otras razones para abstenerse de usar este término desde una perspectiva analítica, en particular su escaso poder explicativo. Así por ejemplo, el uso de este término en el caso del derecho internacional oscurece las relaciones que puedan existir entre, digamos, la irrupción de algo como al-Qaeda, la transformación de los Estados Unidos en superpoder unilateral tras el fin de la Guerra fría y la triste y corta vida del ‘*rule of law*’ —en particular del discurso cosmopolita de los derechos humanos— en el espacio transnacional.

12 Véase a este respecto el debate que inició en los Estados Unidos la publicación del informe del periodista WILLIAM GREIDER en las páginas del periódico *The Nation*, en noviembre 17 de 2001. Véase en particular el muy interesante intercambio entre GREIDER y el profesor RICHARD EPSTEIN de la Universidad de Chicago, a quien se atribuye la invención de la doctrina de expropiación por regulación o *regulatory takings*.

Methanex v. Estados Unidos o Metalclad v. México) y este capítulo constituye uno de los pilares del proyectado FTA o ALCA, y de los tratados bilaterales de libre comercio o TLC hoy en avanzado Estado de gestación. En la opinión de algunos analistas las implicaciones potenciales de esta transformación son de tal calado que bien podrían ‘invalidar el siglo XX’. Ese es precisamente el título usado por el periodista WILLIAM GREIDER en su muy conocido y controversial informe de noviembre de 2001 para *The Nation*.

En tercer lugar cabe mencionar las transformaciones domésticas e internacionales en el ámbito del uso de la fuerza, y asociado a éste, el de los derechos y las libertades civiles que han sido justificadas como necesarias debido a las condiciones singulares de las varias guerras ‘contra el terrorismo’ que se llevan a cabo alrededor del globo. De entre estas transformaciones me interesan: el intento por consolidar la doctrina de ataques preventivos (diseñada por PHILLIP BOBBIT durante la administración CLINTON para el caso del conflicto en la antigua Yugoslavia, y utilizada por la administración BUSH para el caso iraquí) que parece ir en contravía del principio fundante del sistema de Naciones Unidas (la prohibición del uso ofensivo de la fuerza); el establecimiento de espacios exceptuados de los estándares jurídicos aceptados por la comunidad internacional (el más conocido de los cuales es *Camp X-Ray* en la base de Guantánamo en Cuba, donde se mantiene a los detenidos de la guerra contra el terrorismo en Medio Oriente); la expedición de legislaciones domésticas bien cuestionables (análogas al *US Patriot Act*) y el uso extendido de facultades excepcionales por parte de los poderes ejecutivos¹³; la aparición en el discurso del derecho internacional y doméstico de la noción de ‘combatiente ilegal’ que amenaza con borrar la distinción fundante del derecho internacional humanitario; la crisis del sistema de cuotas de soberanía y autolimitación jurídica que fundaba el sistema global-internacional de la posguerra (de nuevo, la prevención de la guerra ofensiva en lo internacional y lo doméstico) y la consecuente emergencia de un sistema ‘nuevo’ (el ‘imperio’ del que hablan MICHAEL HARDT y ANTONIO NEGRI) o ‘repetido’ (la ‘colonialidad del poder’ de la que hablan los poscolonialistas latinoamericanos). Todo lo anterior se resume en el retorno de un tipo de (contra)violencia que es legal-productiva al mismo tiempo que es legal-destructiva, proveniente de actores no o paraestatales que se han beneficiado de las formas intensificadas de producción, circulación y consumo global (de drogas, de armas, de información, de poblaciones, de movimientos sociales, de derechos humanos, de recursos naturales, de capitales, etc.).

13 En los Estados Unidos el gobierno federal ha detenido a cerca de 5.000 nacionales extranjeros, ha utilizado formas de culpabilidad por asociación y *racial profiling*, y ha intervenido comunicaciones sin causa criminal probable, prácticas que han dado lugar a una polémica notable acerca de los efectos en el ámbito de los derechos y las libertades civiles de nacionales y no nacionales. Véase al respecto el libro del profesor de derecho de la Universidad de Georgetown DAVID COLE, *Enemy Aliens. Double Standards and Constitutional Freedoms in the War on Terrorism*, The New Press, New York, 2003.

Lo anterior indica que esta (contra)violencia no es exterior a la sociedad moderna industrial sino más bien al contrario. Dicho de otra manera, si bien es cierto que el Estado, en tanto que máquina territorial (DELEUZE & GUATTARI), busca monopolizar la fuerza y la resolución de los conflictos, también lo es que la sociedad productiva tiene que desterritorializar (al trabajador y a la tierra) y por lo tanto ejercer violencia en contra de la máquina territorial. La sociedad productiva no es igual, tampoco es la base, del Estado-nación; bien por el contrario, es su enemigo nómada: la verdadera máquina de guerra. La contraviolencia que retorna en el ‘final de la modernidad’ no es entonces una violencia primordial o arcaica (la premodernidad, lo salvaje, el afuera) sino que se trata de la marcha de la sociedad productiva (de comerciantes, aventureros e iglesias) que busca acabar con el Estado o convertirlo en su ariete de expansión. Lo nómada es pues lo espacial: la máquina de colonización y producción de ‘el/lo otro’ (esto es, de representaciones de sí mismo, de su propia violencia, como un otro que viene de fuera).

3. NOMOS: DERECHO, DIFERENCIA COLONIAL Y COLONIALIDAD DEL PODER

Obsérvese cómo en 1492 no es ‘Europa’, ni tampoco un ‘Estado’ el que marcha sobre lo que será América: ‘marchan los comerciantes, los aventureros, la iglesia’¹⁴. El espacio jurídico-político que se determina de esta manera tiene como criterio la toma del territorio (*taking*, expropiación) y el nombramiento del espacio (*naming*, bautizo, nominalismo). Este es el origen del derecho público europeo (*Ius Publicum Europaeum*) principio de la subjetividad europea como diferencia (mundial) colonial (1492-1870) y colonialidad (regional) del poder (1870-1970). El término jurídico que designa este proceso de territorialización es *Landnahme* o nomos (el ‘nomos de la tierra’ del que habla C. SCHMITT).

Quisiera proponer que la caída de la colonialidad regional del poder restablece la diferencia mundial colonial pero esta vez en condiciones poscoloniales (en donde el prefijo ‘pos’ designa la ruptura de la colonialidad regional). Dicho de una vez, el espacio jurídico-político que parece estar emergiendo tras la desaparición de la colonialidad regional y la hegemonía del *Ius Publicum Europaeum* tiene la forma de una colonialidad *mundial* del poder (lo que BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS denomina ‘globalización hegemónica’ en relación de aposición a la ‘globalización contrahegemónica’). Lo que distingue a la colonialidad mundial del poder de la colonización regional es el intento por extender la marcha de la sociedad productiva

14 CAMARGO, DAVID, *Lógicas de poder y regulación de espacios*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2003, pág. 38.

del espacio de la territorialización (los ‘espacios lisos’ de DELEUZE y GUATTARI) al de la temporalidad (los espacios bifurcados o complejos).

Sobre este particular observa DAVID CAMARGO:

‘La ruptura que [DAVID HARVEY, en *The Condition of Postmodernity*] ha situado entre 1968 y 1972 encuentra que la desaparición de los puentes entre la realidad como un espacio-tiempo definido en términos de un lugar desaparece al tener la imagen de la guerra de Vietnam como la primera guerra en televisión. Esta es nuestra ruptura contemporánea, el campo de batalla está en cada hogar del mundo donde existe televisión (...). El argumento de este apartado es que el espacio pleno de la posmodernidad es efectivamente un campo de batalla mundial en el que se desarrollan las contradicciones no sólo como contradicciones de clase, sino como contradicciones de espacios, de territorios. Donde un nuevo espacio internacional es atravesado por flujos crecientes, es decir, desplazamientos de un nuevo capitalismo en donde la sobreacumulación producida en las ciudades pretende romper las barreras implantando un orden internacional y al mismo tiempo levantando barreras regionales que protejan la acumulación de información clave en el proceso de acumulación capitalista. Esta pugna es vista desde las ciencias sociales como un solo cuerpo teórico, un continuo entre lo local y lo global, entre el individuo y la ciudad, pero aparece cada vez más claramente como un campo de batalla entre la comodidad de unos y el sufrimiento de otros. El tema queda planteado, porque es el tema que vivimos, no queda resuelto porque cada día se reconfigura, no tiene respuestas porque aún están las preguntas”¹⁵.

La observación de CAMARGO, quien sigue en este punto a HARVEY, parece correcta en lo que hace a la extensión mundial de la guerra tras la ruptura del espacio-lugar (el nomos de la tierra) y su relación con el devenir-mundo de la sociedad productiva moderno industrial en términos de posesión y protección de ‘información clave’ (antes que de recursos naturales o ‘tierra’ sin más). Sin embargo, CAMARGO entiende de manera errónea las contracciones y convergencias temporales (la televisión, la información electrónica, el ciberespacio; lo que antes se ha denominado espacios bifurcados o complejos) como rupturas espaciales (lo local y lo global, el individuo y la ciudad; espacios lisos) y luego las presenta como rupturas epocales (la posmodernidad). De manera curiosa, las ‘nuevas’ contradicciones siguen teniendo la forma de conflictos entre territorios. CAMARGO asume entonces la posición que hace equivaler posmodernidad con ciberespacio (como espacio nuevo) para luego localizar esta ruptura, domesticándola, en el interior de un espacio mundial liso (el globo, la esfera). Por lo tanto se mantiene en el espacio jurídico-político fundado en el nomos (del lugar, de la tierra) lo cual explica que las ‘nuevas’ contradicciones sean de nuevo conflictos territoriales.

15 CAMARGO, DAVID, *op. cit.*, págs. 81-82.

De esta manera CAMARGO no aprecia, o no enfatiza de manera suficiente, la posibilidad que ofrecen el ciberespacio y la imagen televisada como ‘tiempo mundial’ o espacio bifurcado (una lógica histórica no vertical, sino algo más que estriada, o compleja). La compleja continuidad espacio-temporal (o ‘diferenciación’) antes que la ruptura epocal, permite observar que los conflictos no son sólo y no tanto espacial-territoriales sino también temporales. O con mayor claridad, que la sociedad productiva ha dado el salto cualitativo que le permite concebir ya no la colonización del espacio sino la del tiempo. Tiempo y espacio son entonces desensamblados, quedan por así decirlo *out of joint*. Es este desensamblaje el que inaugura el derecho como paradoja.

Así por ejemplo, la guerra en Irak no es tan sólo un conflicto territorial en el cual los Estados Unidos ocupan un lugar en Oriente Medio y se apoderan de sus recursos territoriales (lo que no es del todo cierto, a pesar de la percepción pública expresada en la frase ‘*no war for oil*’) sino que es también una relación que separa a un otro anacrónico (el islam político reducido a la representación de una violencia primordial, una cultura supersticiosa o fanática que pertenece al pasado no civilizado) y lo distingue de la mismidad situada en el final de la historia (la democracia como racionalidad civilizatoria, innovadora). Como se trata de un intento por contraer la diferenciación temporal y reducirla a una unidad (esta vez representada como sociedad global de la información), repite el gesto de la diferencia colonial originaria pero lo hace en condiciones de equivocación temporal (LEFEBVRE), de bifurcación o creciente complejidad.

El nomos de la tierra cae en el momento en el cual el equilibrio temporal (representado por la Euroamérica innovadora en el final de la historia) se rompe (tras la doble ola de descolonización). Más allá del equilibrio temporal se producen nuevas convergencias y desórdenes, y es este el ámbito en el que cabe volver a pensar el derecho.

El ciberespacio no es entonces un espacio nuevo en el cual surgen subjetividades nuevas que deban incluirse en el interior de la ciudad (como ‘lugar’ o singularidad esencial); más bien es un no-lugar (MARC AUGÉ) en el que convergen diferentes temporalidades: la ‘multiculturalidad’ es un intento fallido por contraer las diversas prácticas de temporalidad en el modelo territorial. Falla precisamente porque ya no hay ‘lugar’ (en efecto, el muro ha caído) de la misma manera en que fallan los mal llamados tratados de integración y libre comercio con fronteras rígidas e inmovilización de las poblaciones. Por el contrario, desde el punto de vista de la convergencia de las especificidades locales es posible observar que hoy en día son los retos locales, la reproducción social de los distintos órdenes de temporalidad, los que desafían el orden del Estado-nación. Como ha sugerido ARJUN APPADURAI, dentro de estos órdenes, la existencia de redes traslocales llega a amenazar la existencia

misma del Estado-nación¹⁶. Es en este punto en el que cabe enfatizar uno de los fenómenos más centrales para el análisis prospectivo de las transformaciones jurídico-políticas: los desplazamientos que tienen lugar en el interior de estas redes traslocales desligadas del lugar (del Estado-nación).

La marcha de la sociedad productiva/máquina de guerra y colonización no debe confundirse entonces con el desplazamiento propio de lo desligado o el desligarse (ARTURO ESCOBAR), lo no comprensible, lo no territorializable, lo no civilizable, lo no humano. En este punto la mirada se concentra en lo desligado del 'circuito de la cultura' (STUART HALL *et al.*), es decir, en el afuera de la unidad de cultura que pretenden conformar (aunque nunca lo logran) el Estado y la sociedad productiva. Esta exterioridad absoluta es lo que la teorización social-cultural en América Latina designa hoy mediante el término 'subalterno'. Desde este punto de vista, que contiene lo subalterno, la tarea porvenir del derecho consiste en explicitar el potencial de la soberanía sin territorio, de un derecho posnacional.

Este discurso se ocupa entonces de los efectos que tiene la reentrada de lo desligado (el subalterno) en el sistema jurídico. De entre tales efectos, cabe enfatizar la inconsistencia, contingencia, fragmentación o desintegración del sistema jurídico y político, y por lo tanto cabe atribuir a la unidad de sutura del sistema (el Estado-nación, la regla de reconocimiento, la moralidad política, lo mismo que el Estado-mundial) un carácter fallido. El punto de partida es pues la 'unidad fallida' antes que la multiplicidad o la unidad constituida del liberalismo moderno.

Dicho de otra manera, se parte en esta explicitación del reconocimiento que la integridad nacional y la integridad territorial no siempre se yuxtaponen, no siempre coexisten y no son necesariamente consistentes. Es por eso que la ciudadanía mundial y los derechos humanos cosmopolitas no son una realidad, la realidad son redes o etnoterritorialidades objetivas o, más claramente, territorialidades de objetos. Estos términos no designan otra cosa que la falta de conjunción espontánea entre las etnicidades (o representaciones identitarias), los territorios (o distinciones fronterizas) y los objetos (herramientas, armas y vehículos). Si el punto de partida es la no espontaneidad de esta conjunción o determinación política, entonces la tarea del derecho y lo político en su aspecto teórico, consiste en establecer cómo es que se produce esta conjunción. El término que designa este proceso es 'articulación' y el que designa su forma 'especificación' o 'diferenciación'.

16 APPADURAI, ARJUN, "Sovereignty Without Territoriality. Notes for a Postnational Geography", en YAEGER, PATRICIA (ed.), *The Geography of Identity*, The University of Michigan Press, Ann Arbor, 1996, págs. 40-58.

Las redes son pues ‘especificidades’ (por oposición a singularidades). No son el resultado de la reducción de lo diverso a lo uno sino más bien, el efecto contingente de un evento (o acontecimiento). Un evento no es un ‘hecho’, es un problema, una cuestión concerniente (pertinente o preocupante) o un objeto de preocupación. En tal sentido, la Revolución Francesa en su contexto y la revolución haitiana en el suyo son eventos inaugurales (no fundan nada, sino que inauguran sendas problemáticas) alrededor de los cuales se convocan identidades, herramientas y armas, y se establecen distinciones y fronteras o se hacen exclusiones.

4. LA AGENDA DE LOS ESTUDIOS JURÍDICOS POR VENIR

La agenda de los estudios jurídico-políticos por venir consiste en explorar (y explotar) las implicaciones de la falta de unión entre espacio, lugar, tiempo, ciudadanía, nacionalidad y cosmopolitismo. Como ya se ha dicho, prima entre tales implicaciones es el proceso de articulación de tales elementos, en la medida en que el mismo no puede ser explicado por remisión al orden de la naturaleza de uno cualquiera de esos elementos. Se trata entonces de desarrollar una explicación puramente relacional (y por lo tanto antiesencialista). En este orden de ideas, la categoría ‘proceso sin sujeto’ designa la imposibilidad de reducir el proceso a un motor eficiente, de reducir la complejidad a una simplicidad, de exhibir la similitud de la experiencia o de la propia condición de similitud del mundo en una imagen del mundo —la del sujeto separado de los objetos, el hombre de la naturaleza— o lo que es lo mismo, de remitir la trascendencia a una inmanencia negativa (el excepcionalismo que se ha denunciado más arriba).

En efecto, la separación entre el sujeto de derecho por un lado y por otro, el objeto de la ciencia, pertenece a un régimen imposible de exhibición total y transparente del mundo que termina por colapsar representación y realidad. Ese régimen es lo que se conoce como ‘la constitución moderna’ (siguiendo a LATOUR). La singularidad de esta constitución (mantener la arquitectura, ordenar la ciudad, purificar la ciencia) consiste en que hace impensable la proliferación de los mediadores y los intercesores (el asunto de los intermediarios culturales), el despliegue de los colectivos o redes y la movilización sistemática de la naturaleza en el ámbito de ‘las relaciones sociales asediadas por cuasiobjetos resultado del trabajo de hibridación’¹⁷.

Si no se trata de organizar el mundo (mediante una imagen) entonces cabe pensar que se trata de observar procesos de autoorganización, es decir, de observar la diferenciación de las relaciones sociales como autoorganización. La diferen-

17 ALLIEZ, ERIC, *op. cit.* 112. Véase también LATOUR, BRUNO, *Nous n'avons jamais été modernes. Essais d'anthropologie symétrique*, La Découverte, París, 1991.

ciación tiene lugar debido al desensamblaje del espacio y el tiempo, que a su vez ocurre tras la modificación del sistema de valor que contenía (en el doble sentido del término) la posibilidad de acumulación de plusvalor. El sistema de valor referido en la frase anterior se identifica con el uso de rituales terapéuticos en sociedades tradicionales (término que incluye no solamente a sociedades exóticas sino también a las nuestras y a las que se consideran a sí mismas como ‘avanzadas’) cuya función es la contener (de nuevo en el doble sentido) la irreversibilidad del tiempo de manera que sea posible localizar —en el sentido de hacer converger— las diversas temporalidades. Por el contrario, la diferenciación de las relaciones sociales implica que las articulaciones se deslocalizan o de manera más precisa, se traslocalizan como se observó más arriba. Lo anterior ocurre, sugiere ANTHONY GIDDENS, mediante la creación de lo que él llama ‘señales simbólicas’ (la principal de las cuales es el dinero como unidad-vehículo que permite contraer el tiempo)¹⁸ y ‘sistemas expertos’ (los cuales organizan mediante logros técnicos o experiencia profesional el entorno social en que vivimos; principal entre ellos el derecho).

Estos mecanismos de desensamblaje implican fiabilidad o confianza (la ‘fe’ possagrada). En el caso del dinero esta confianza está asociada al Estado (o más bien al Estado acreedor en la red financiera global), mientras que en el de los sistemas expertos se trata de fiabilidad estadística (‘desconozco por completo el conocimiento involucrado en la producción de objetos creados bajo la tutoría de sistemas expertos, pero debo conocer el sistema experto y sus estadísticas al momento de confiar en el mismo’).

En tanto que sistema experto, el derecho produce objetos cuya condición de felicidad (o éxito) es la fiabilidad estadística. Lo anterior indica que el punto de inflexión del derecho moderno (su momento inaugural) es aquel en el que la ley es remplazada por la norma. Este desplazamiento se hace posible tan sólo con el

18 Ello es así, afirma GIDDENS, porque el dinero ‘es un medio de prórroga que provee los medios para conectar el crédito y la deuda en las circunstancias en las que el intercambio inmediato de productos es imposible’ lo cual desconecta el tiempo del espacio. El punto es aquí no tanto el dinero en sí mismo sino la existencia de la economía moderna del dinero como condición de posibilidad de un sistema mundial de valor articulado simbólicamente como red financiera (en la cual el ‘dinero’ designa el momento instantáneo de la diferencia, es decir, la paradoja de la contracción temporal absoluta y la posibilidad de diferir el tiempo *ad infinitum*). Mientras que en la economía tradicional de la donación la deuda y el crédito no pueden conectarse, lo que hace la deuda contingente respecto del acto de intercambio (pagable o finita y por tanto imposible la acumulación en un punto singular) en la economía moderna el crédito puede diferir la deuda hasta el infinito con lo cual se introduce la acumulación en un punto singular (el cuerpo político) y la falta (infinita, o ‘necesidad’) en las unidades sociales específicas. Desde este punto de vista la distinción original del espacio jurídico-político moderno es la de acreedores y deudores (equivalente a ‘personas’ y ‘cosas’). Véanse GIDDENS, ANTHONY, *Consecuencias de la modernidad*, Alianza Editorial, Madrid, 1999, pág. 35 y GIL, JOSÉ, *Metamorphoses of the Body*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1998. Este último corrige el eurocentrismo implícito en la noción de ‘sociedad postradicional’ con la que opera el primero.

surgimiento de la noción de probabilidad en las ciencias menores, las ciencias de los signos. En esta genealogía el derecho moderno proviene directamente de la alquimia y de la hermética, convertidas en probalística, hermenéutica y estadística. Y es precisamente este desplazamiento el que permite la producción de la más importante tecnología jurídica de la modernidad, la ‘persona jurídica’ pero también la argumentación adjudicativa desformalizada. El protagonista del derecho (el hombre jurídico) no es reflejo de las costumbres, las *mores*, las visiones generales del bien, el cosmos o la naturaleza humana. Antes bien, se trata del *average man* determinado estadísticamente en una población (por ejemplo, el hombre de estatura normal o estándar) como una entidad ficticia que sin embargo, es la sociedad tal y como ella se ve a sí misma, reflejada en el espejo de la probabilidad y la estadística.

Las normas son en tanto que tales contrafactuales y autorreferenciales: operan como si existiese un tal hombre normal, y se refieren tan sólo a las características de la población normalizada de esta manera. Más aún, estas normas pueden ser producidas de acuerdo con lógicas diferentes; por ejemplo, aquellas de la disciplina, de la lógica probabilística, o de la lógica comunicativa de la norma técnica.

Si lo consideramos desde el punto de vista de la norma técnica, el programa del derecho es el de la normalización, que se ocupa menos del establecimiento de un modelo (por ejemplo, una idea del bien) y más del logro de un consenso acerca de la decisión por un modelo. Lo anterior explica el tipo de teoría jurídica procedimental que se asocia con el nombre de JURGEN HABERMAS. Se trata en últimas de instituir el lenguaje perfecto de la comunicación pura, transparente, requerido por la sociedad industrial.

Una norma crea una equivalencia en el sentido en que la diversidad se hace comparable en relación a ella pero también crea diferencias e inequidades en la medida en que hace posible el que cada elemento sea individualizado y jerárquicamente organizado con relación a ella. El tipo de derecho que es compatible con prácticas normalizantes es uno en el cual las leyes son producidas en referencia a la sociedad particular o el ámbito social singular que ellas tienen la pretensión de regular, y no en referencia a un conjunto de principios universales.

Así las cosas, el discurso jurídico ejemplar —y más politizado— se encuentra en el lenguaje de los seguros y los mercados de futuros antes que en el de las constituciones. El punto es que la fiabilidad supone una situación de riesgo permanente (el estado de excepción normalizado), donde ‘riesgo’ no es fortuna sino domesticación del azar por medio del conocimiento acumulado de la humanidad o de una seña simbólica calificada por el Estado. Se trata de un verdadero ‘estado de

gracia'¹⁹, de un reencantamiento del mundo, en el cual el futuro puede ser estadísticamente presupuestado. Es precisamente en este punto que la historicidad del derecho ha cambiado: al derecho así descrito no le interesa tanto la persistencia o la fuerza del pasado en el presente —no pretende clarificar el pasado— sino antes bien, se interesa por los efectos del futuro en el presente. Su causalidad es pues posaristotélica, es retroactiva.

Es el proyecto de asumir el futuro como una dimensión existente el que abre la posibilidad, en efecto la necesidad, de preguntarnos si tiene sentido la noción de evento o acontecimiento en derecho. Ahora bien, el desensamblaje que permite asumir la temporalidad como existente establece, al mismo tiempo, las condiciones para revertirla. Esta condición es la acumulación de información privilegiada, producto del examen constante al que son sometidas las prácticas sociales, y su reforma a la luz de nueva información sobre esas mismas prácticas. Esta relación, de carácter circular, entre conocimiento y reforma es la que se percibe y expresa en la noción de 'conocimiento' o 'saber pertinente'.

Lo anterior permite afirmar que la dificultad del lenguaje jurídico para asumir la noción/misión de pertinencia social tiene que ver con la confusión entre el proyecto de asunción y construcción del futuro (el programa de la reforma) y la revisión retrospectiva de las prácticas sociales (la tradición). Dado que en derecho la retrospección se confunde con prospectiva, resulta fácil caer en el error de entender el derecho como una preocupación (anacrónica) por la persistencia del pasado, es decir, el derecho como 'tradición' (conocimiento percibido como no-pertinente). Y no se trata tan sólo de una percepción externa al derecho; en efecto, no pocos abogados perciben su actividad precisamente de esta manera y derivan de ella una agenda política y hasta una filosofía (cuando explican su actividad de defensa de la tradición a partir de una tal agenda: como deducción a partir de principios localizados en el ámbito de la moralidad del derecho o la ley de la ley). Ello se debe en buena parte a la ausencia (en Latinoamérica hasta época muy reciente) de un momento reflexivo académico acerca de la práctica jurídica, que permita revelar la acumulación de información privilegiada (el derecho como 'actividad') y el carácter circular de esta actividad que se traduce en el *mirage* de la autorreferencialidad, la autonomía absoluta y/o el carácter autoproducido del derecho, del que caen víctimas tanto los observadores foráneos del derecho (por ejemplo, los sociólogos críticos del derecho) como sus informantes nativos, los abogados 'tradicionales' (el derecho como 'ideología').

19 Véase GUARDIOLA-RIVERA, ÓSCAR, 'In State of Grace. Capitalism and the Geopolitics of Knowledge', en *Nepantla. Views From South* 2-3, Duke University Press, Durham, 2002.

Este es, de manera precisa, el papel que cumple la teoría jurídica. Dicho de una vez, la teoría jurídica es el momento reflexivo de la práctica jurídica.

Ahora bien, si lo anterior es cierto, entonces el conocimiento producido por la teoría jurídica puede ser utilizado como información acumulada para el programa de reforma. En este caso la teoría jurídica se hace arte y parte del programa de normalización como saber técnico y social que se introduce en los objetos (como proyecto de reforma), altera a los sujetos y vuelve a ser aprehendido para introducirse en nuevos objetos, con base en intereses y contingencias —oscurecidas por la circularidad de la retrospección y la prospectiva— de tal manera que genera cambios sociales desde, y solamente desde, el ámbito de los intereses políticos sin saberlo (o negándolo, como en la infame frase: ‘hemos decidido en derecho, no políticamente’). El resultado, en este caso, es un ciclo reproductivo de la relación conocimiento-reforma que normaliza la inestabilidad de los regímenes de producción del conocimiento jurídico (la diferencia social o estado normal de excepción expresado en la pretendida neutralidad del derecho respecto de las decisiones que se toman en el ámbito de la tecnología, la industria militar y la ecología).

Y sin embargo, al reflexionar acerca de la apertura del derecho a la dimensión del riesgo (el estado de excepción) la teoría jurídica puede también observar cómo la determinación liberal del espacio jurídico-político, en su versión posmoderna o posnacional, concibe la sociedad (mercantil) como constantemente expuesta a su inminente descomposición, siempre posible, y por lo tanto reversible al estadio de una masa informe (la muchedumbre) presa del terror (el ‘estado de naturaleza’). Luego, puede establecer en esta concepción la presencia operativa del reparto propio de la distinción constitucional moderna (la colonialidad mundial del poder) para así, entonces, proceder a la afirmación de la teoría jurídica, del derecho en general, como un proceso de articulación hegemónica (en el cual la ‘muchedumbre informe’ y ‘el terror’ operan como ‘subalterno’ o afuera constitutivo, es decir, como lo que el derecho ya contiene, en la doble acepción del término)²⁰. Dado lo anterior, puede la teoría jurídica enfatizar que no es posible aclarar desde el comienzo o por anticipado cuáles serán los intereses y demandas de los individuos, grupos, clases o redes involucradas en el proceso de articulación. Ello es así porque estos individuos, grupos, clases o redes modifican sus intereses y demandas durante el proceso mismo en la medida en que la posibilidad de articularse modifica o invierte por definición la estructura de subordinación que definía su identidad en primer lugar.

20 Esta es la implicación de la noción de ‘real’ estado de excepción en BENJAMÍN, y que él opone al estado de excepción y a la figura del soberano como líder político que decide el disenso, de los cuales habla SCHMITT y con mayor claridad, la tradición revolucionaria conservadora que hoy intenta establecerse como tendencia hegemónica en países como Colombia.

En este sentido la teoría jurídica misma se transforma: su utilidad y pertinencia social ya no es la del saber técnico-social sino la del saber descolonizado. Esto es, un conocimiento productivo (antes que reproductivo) que se presenta en la forma de una teoría de la justicia social en la cual la sociedad buena y justa es aquella que ya contiene a la muchedumbre y el terror y por lo tanto se encuentra ‘curada’ del miedo a la muchedumbre.

Desde esta perspectiva el derecho y lo político son concebidos como heterogénesis (del uno los muchos) que integra lo que la ciudad había separado²¹. Se trata de una teoría de la justicia social antifundacionalista, en la medida en que acepta que el devenir (el devenir-muchedumbre) preexiste al ser (por ejemplo, el pueblo como sujeto modernamente homogéneo) y acepta también la diferenciación de las relaciones sociales como (des)especificación. En este sentido cabe afirmar por ejemplo, que el reconocimiento de la relación entre mercado y democratización no necesariamente implica una identificación de los mercados como tales con el ‘libre’ mercado²² ni, por lo tanto, del derecho (en tanto que discurso de la democratización) con el lenguaje del libre mercado. Esta desidentificación es, precisamente, el ámbito de la justicia.

21 “Los asuntos humanos y la gestión producción de las cosas”; véase ALLIEZ, ERIC, *op. cit.* 114.

22 Como afirma BEVERLEY ‘esa identificación [entre mercados y capitalismo] depende más bien de la función ideológica del neoliberalismo consistente en asegurar la hegemonía del capital global, en la medida en que los mercados no son prácticas exclusivas del capitalismo, ni las relaciones de mercado definen al capitalismo. Continúa BEVERLEY: “la cuestión no es entonces si los mercados son mejores o más racionales que la planeación estatal, sino antes bien, qué intereses y valores de qué grupo o clase son hegemónicos en las operaciones del Estado y la economía; es decir, una cuestión política y cultural”. Véase BEVERLEY, JOHN, “*The Impossibility of Politics: Subalternity, Modernity, Hegemony*”, en RODRÍGUEZ, ILEANA (ed.), *The Latin American Subaltern Studies Reader*, Duke University Press, Durham, 2003, págs. 58-59.