

El derecho como resistencia:
modernismo, imperialismo, legalismo

BIBLIOTECA UNIVERSITARIA
Ciencias Sociales y Humanidades

Filosofía política y del derecho

El derecho como resistencia:
modernismo, imperialismo, legalismo

Peter Fitzpatrick



Siglo del Hombre Editores



Fitzpatrick, Peter, 1941-

El derecho como resistencia: modernismo, legalismo, imperialismo / Peter Fitzpatrick. – Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad Libre, 2011.

192 p.; 21 cm.

1. Filosofía del derecho 2. Racismo - Historia 3. Imperialismo 4. Ciencia política 5. Nacionalismo I. Tít.

340.1 cd 22 ed.

A1311494

CEP-Banco de la República-Biblioteca Luis Ángel Arango

Peter Fitzpatrick (2008). *Law as Resistance: Modernism, Legalism, Imperialism*. London: Ashgate.

La presente edición, 2010

© Peter Fitzpatrick

© De la traducción: María Carolina Olarte Olarte, capítulos 1 y 3,
Gustavo José Rojas Páez, capítulos 1, 2, 3, 4

© Siglo del Hombre Editores
Cra. 31A n.º 25B-50, Bogotá D. C.
PBX: 337 77 00 • Fax: 337 76 65
www.siglodelhombre.com

© Universidad Libre
Calle 8 n.º 5-80, Bogotá D. C.
PBX: 382 10 00
www.unilibre.edu.co

Carátula
Alejandro Ospina

Diseño de colección y armada electrónica
Ángel David Reyes Durán

ISBN: 978-958-665-200-1

Impresión
Panamericana Formas e Impresos S. A.
Calle 65 n.º 95-28, Bogotá D. C.

Impreso en Colombia-Printed in Colombia

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni en su todo ni en sus partes, ni registrada en o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electroóptico, por fotocopia o cualquier otro, sin el permiso previo por escrito de la editorial.

ÍNDICE

NOTA INTRODUCTORIA.....	9
Gustavo José Rojas Páez	
PREFACIO: EL DERECHO COMO TRANSGRESIÓN, RESPUESTA Y OBSTINACIÓN.....	11
María Carolina Olarte Olarte	
1. EL DERECHO COMO RESISTENCIA	
COMENTARIO, Gustavo José Rojas Páez	19
EL DERECHO COMO RESISTENCIA, Peter Fitzpatrick.....	27
2. LA INFAMIA DEL DERECHO	
COMENTARIO, Álvaro Garraud	39
LA INFAMIA DEL DERECHO, Peter Fitzpatrick	47

3. “SABEMOS LO QUE ES CUANDO
NO NOS PREGUNTAS”:
NACIONALISMO COMO RACISMO

COMENTARIO, José Manuel Atilés Osoria 87

SABEMOS LO QUE ES CUANDO NO NOS
PREGUNTAS: NACIONALISMO COMO
RACISMO, Peter Fitzpatrick..... 105

4. RAÍCES LATINAS: EL IMPERIALISMO Y
LA FORMACIÓN DEL DERECHO MODERNO

COMENTARIO, Gustavo José Rojas Páez 147

RAÍCES LATINAS: EL IMPERIALISMO Y
LA FORMACIÓN DEL DERECHO MODERNO,
Peter Fitzpatrick 159

COLABORADORES 189

NOTA INTRODUCTORIA

Este trabajo surge como resultado de la lectura colectiva del libro *El Derecho como resistencia: modernismo legalismo e imperialismo*. En los cuatro capítulos traducidos, las implicaciones políticas y epistemológicas que caracterizan la formación del derecho occidental son evidenciadas rigurosamente. A lo largo de la obra se demuestra cómo el modernismo, el legalismo y el imperialismo se encuentran entrelazados y se autoconstituyen a través de un derecho que determina su existencia desarrollando un lenguaje dialéctico que le permite no solamente oponerse a sí mismo sino también persistir.

Los capítulos que integran esta compilación han sido seleccionados por su importancia temática y en particular por su pertinente tono crítico, el cual nos reclama la necesidad de pensar nuevas formas de construir el derecho y los elementos que lo definen. Cada capítulo trata temas inexplorados en los universalistas y descontextualizados relatos que integran la teoría jurídica hegemónica. El concepto de *responsividad* del derecho, desarrollado en el primer capítulo, abre paso a la temática recorrida en la obra de Fitzpatrick, quien posteriormente continuará su trayecto iusfilosófico abordando otros tres temas en los siguientes capítulos: el carácter infame y excluyente de las teorías contractuales del Estado y el derecho fundadas en el pensamiento de la Ilustración,

la formación e imposición de la nación como nuevo y único paradigma de regulación y organización social de la modernidad y, finalmente, el papel del imperialismo español en la formación del derecho moderno en América Latina.

Antes de cada capítulo el lector encontrará un comentario, cuya razón de ser es presentar el tema tratado en el capítulo traducido. A dicha presentación le sigue una breve reflexión individual que emerge de la lectura del capítulo. Tanto los comentarios como las reflexiones no pretenden en ningún momento explicar el pensamiento del autor, el cual consideramos se encuentra implícito en la traducción. Esta, a su vez, recordando a Walter Benjamin, esperamos no sea más que una prolongación en español de los sentidos y significados plasmados en el original.

Gustavo José Rojas Páez

Londres, septiembre de 2011

PREFACIO:
EL DERECHO COMO TRANSGRESIÓN,
RESPUESTA Y OBSTINACIÓN

Mientras esperaba a que hirviera la infusión, sentado junto a la hornilla de barro cocido en una actitud de confiada e inocente expectativa, el coronel experimentó la sensación de que nacían hongos y lirios venenosos en sus tripas. Era octubre. Una mañana difícil de sortear, aun para un hombre como él que había sobrevivido a tantas mañanas como esa.

Durante cincuenta y seis años —desde cuando terminó la última guerra civil— el coronel no había hecho nada distinto de esperar.

Gabriel García Márquez, *El coronel no tiene quien le escriba*

Esta compilación recoge una muestra del trabajo de un pensador que responde a la urgencia de las injusticias a partir de una forma de relacionarse con el derecho, la cual, antes que redundar en la banalidad de un imposible —definir *qué* es el derecho—, resalta una intención: la de la posibilidad actual de resistir *al* y *desde* el derecho. Los escritos de Peter Fitzpatrick abordan un tema que

no cesa de ser crucial a pesar de lo precario que pueda parecer a primera vista: las relaciones entre el derecho y la justicia. Sin embargo, su trabajo aborda esta cuestión desde una pluralidad de condiciones y elementos que exponen al derecho en la multiplicidad de sus interacciones con las herencias brutales de la invención occidental del nacionalismo, las formas contemporáneas de imperialismo, y el carácter restrictivo de una mentalidad teológica que se mimetiza en formas seculares ansiosas de universalismos erigidos sobre la exclusión de lo otro, de lo diferente.

A través de sus artículos, de su forma misma de escribir, aparece la necesidad de transgredir. Una transgresión que desencadena el cuestionamiento de los límites del derecho moderno. Lo que este último busca encerrar y delimitar tan desafortunadamente es problematizado al ser puesto en relación con las fronteras que el derecho mismo ha establecido. Se trata, entonces, de no aceptar el derecho y sus narrativas como dadas. En este sentido, el acto de transgredir no se refiere a una simple irritación respecto de la simplificada dualidad de *lo prohibido* y *lo permitido* sino, siguiendo aquí a Foucault en su *Prefacio a la transgresión*, a “una espiral que ninguna simple infracción puede agotar” (1996, p. 35); una práctica que atraviesa una búsqueda desesperada de respuestas.

Sin embargo, esta es quizás una búsqueda melancólica, porque la transgresión revela tanto las condiciones y consecuencias de una injusticia como la incapacidad de los órdenes existentes para enfrentarla. Así, la necesidad de hacer operativo al derecho, es decir, de exigirle una respuesta, es melancólica porque la realidad de las atrocidades actuales y pasadas, la herencia de las colonias, el agresivo signo de muchos de los modelos económicos actuales de extracción y lucro, y la normalización de la pauperización y la exclusión no dan lugar para perspectivas que sacrifiquen la exclusión y condena de muchos en nombre de una esperanza que está siempre por venir. Pero la melancolía no le resta fuerza a la búsqueda. La *responsividad* del derecho (*law's responsiveness*) en Fitzpatrick aparece como la potencia y capacidad del derecho para responder a un llamado, así como a una cierta sensibilidad del derecho mismo respecto de sus propias incapacidades. Esta

responsividad es desplegada por medio de *las dimensiones en el derecho*, las cuales, aun cuando opuestas, se encuentran necesariamente interrelacionadas. Fitzpatrick señala entonces que el derecho tiene una dimensión determinada y otra *responsiva*. El derecho determinado exhibe un contenido definido, específico. Tal dimensión debe ser resistida y transgredida. La dimensión *responsiva*, por el contrario, se relaciona con la primera en tanto que la transgrede y la resiste. Al hacer esto se extiende ilimitadamente en su intento por abarcar y responder a aquello que está más allá o fuera del alcance de su contenido determinado:

El derecho entonces se convierte en auto-resistente al ser receptivo de las resistencias que constantemente retan su posición, su contenido y su existencia, con lo cual termina por perturbarse a sí mismo. (Golder y Fitzpatrick, 2009, p. 71)

Es en este sentido que el trabajo de Fitzpatrick está atravesado por la filosofía de Jacques Derrida. Quizás es posible sugerir que sus obras despliegan la codependencia y complicación entre la justicia y el derecho que el filósofo francés argumenta en su texto “La fuerza del derecho”, cuando sugiere que lo “inadecuado” del derecho es lo que lo lleva a la justicia (Derrida, 1992, p. 20). En este sentido, la distinción entre derecho y justicia es lo que el proceso de deconstrucción en Derrida encarna, especialmente en lo concerniente a “su habilidad para revelar la inevitable incompletud de una entidad o la imposibilidad de instituir una entidad puramente en sí misma” (Fitzpatrick, 2001, p. 75). Pero aunque la justicia pueda probablemente “*ser* deconstrucción”, la posibilidad de deconstruir, puede decirse también, “depende de la presencia del derecho”, una presencia que persiste (p. 75). La justicia opera entonces a través del derecho (p. 75).

Lo que permite la operatividad del derecho, entonces, es la *responsividad*, razón por la cual Fitzpatrick afirma una y otra vez a Derrida cuando este asevera que “ninguna regla o código existente puede [...] garantizar” lo que ha de ser decidido (Derrida,

1992, p. 23); y cuando traza la tensión entre el derecho y la decisión jurídica:

[La decisión jurídica tiene que] conservar el derecho y destruirlo o postergarlo lo suficiente como para tener que inventarlo en cada caso, rejustificarlo o, por lo menos, reinventarlo en la reafirmación y en la confirmación nueva y libre de su principio. (Derrida, 1992, p. 23)

Pero la dimensión *responsiva* ha de estar posicionada en posibilidad y “orientada hacia la determinación y hacerse presente” (2000). No puede existir *responsividad* efectiva sin una posición desde la cual responder. Si fuera algo localizado puramente en el más allá se tornaría inaccesible o, aun peor, estaría sujeto a ser cooptado por las formas místicas y omnicomprendivas del totalitarismo. Por ello, argumenta Fitzpatrick, el derecho ha de ser visto en dos dimensiones constitutivas una de la otra. Ambas dimensiones pueden tomarse como “el horizonte del derecho”, el cual no ha de confundirse con un horizonte de la esperanza por venir sino un “horizonte en movimiento” (2003), gracias al constante desplazamiento que la transgresión de los límites del derecho efectúa. Este horizonte es tanto una condición y cualidad de la existencia del derecho imaginada como autosuficiente, como una apertura hacia lo que está más allá de dicha autosuficiencia. El posicionamiento del derecho en este horizonte tiene que ocurrir de forma constitutiva en relación con lo infinitamente *responsivo*. En esta práctica el derecho aparece como transgresivo con respecto de la preeminencia y elevación de la dimensión determinada del derecho occidental moderno sobre la dimensión *responsiva*, durante y después de la Ilustración:

Esta elevación implicó el olvido de la que antes fuera la dimensión revolucionaria del derecho moderno y el olvido de su existencia en forma de perturbación de cualquier regla fija. Por el contrario, el derecho occidental se transformó para orientarse de un modo adquisitivo e incluso imperial hacia la dimensión del convenio. Pero tal transformación no fue suficiente para asegurar una certeza

secular. Entonces, la estrategia monumental dirigida a contener la fuerza del derecho en la modernidad se tradujo en su subordinación instrumental, en su rendición como instrumento de un poder soberano [...]. (Fitzpatrick, 2003, p. 548)

Pero obtener y crear respuestas requiere más que transgresión. Es aquí cuando cobra sentido el título que introduce esta colección de ensayos: *El derecho como resistencia*. El acto de resistir *con* y *al* derecho aparece con toda su fuerza como obstinación política, como rechazo a la obsolescencia de lo político cuando presenciamos lo que Fitzpatrick llama “la monumental subordinación del Estado de derecho” (2006, p. 19), es decir, la pretensión de subordinación absoluta e infranqueable del Estado de derecho a principios o racionalidades que neutralizan derechos y desmantelan la posibilidad de exigir respuestas del mismo. Esto es particularmente relevante —y preocupante— en relación con la tendencia —y ansiedad— contemporánea que de alguna manera busca resolver lo irresoluble, es decir, lo político, mediante el acto oximorónico de “constitucionalizar” principios de efectividad económica que no solo excluyen la protección y el reconocimiento de derechos fundamentales, sino que implican la negación de la posibilidad y del acto político mismo que su exigencia materializa.

Es en este sentido que la obstinación en la resistencia y el derecho, y más específicamente el derecho moderno, son fundamentalmente ‘constitucionales’ en el trabajo de Fitzpatrick; esto es, porque el derecho requiere un proceso constante de constitución y reconstitución, determinación y ruina. Su crítica debe ser posicionada al nivel de la estrategia, buscando sentidos y formas en los que exista una concreta y mutua contaminación entre derecho y justicia. La praxis que constituye la idea de *responsividad*, la transgresión *con* y *al* derecho y la obstinación por resistir cualquier clausura absoluta de lo político, es fundamental para entender la efectividad de un poder constituyente contemporáneo a la Constitución y no solo originario de la misma. Tal es un poder constituyente que puede enfrentar y hacer inoperativas,

por ejemplo, acciones gubernamentales orientadas a neutralizar no solo la acción judicial sino también las demandas de los actores no judiciales y de los movimientos sociales. Es por ello que la Constitución, en “su dimensión *responsiva*”, en contra de toda clausura absoluta, incorpora y ensambla “la multitud de fuerzas diversas que vienen a re-constituirla” (2006, p. 23).

Este prefacio, entonces, más que introducir la obra de Peter Fitzpatrick, es para los obstinados que pueden hacer uso de las transgresiones, críticas y respuestas que los artículos aquí recogidos sugieren. Es un prefacio para los millones de obstinados que nos negamos a vivir esperando una carta y a morir sin esperarla ya, como el Coronel en la obra de García Márquez.

María Carolina Olarte Olarte

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Derrida, J. (1992). “Force of Law: The “Mystical Foundations of Authority””. En *Deconstruction and the Possibility of Justice* (pp. 3-67). London: Routledge.
- Fitzpatrick, P. (2000). “Magnified Features: The Underdevelopment of Law and Legitimation”. *Journal Of South Pacific Law-Articles*, 4.
- Fitzpatrick, P. (2001). *Modernism and the Grounds of Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Fitzpatrick, P. (2003). “Totems”. *Social & Legal Studies*, 12(4), 547-553.
- Fitzpatrick, P. (2006). “‘New Constitutionalism’: Globalism and the Constitution(s) of Nations”. *Law, Democracy and Development*, 10(2), 1-20.
- Foucault, M. (1996). “Preface to Transgression”. En *Language, Counter-Memory, Practice: Selected Essays and Interviews*. Cornell: Cornell University Press.
- Golder, B. y Fitzpatrick, P. (2009). *Foucault's Law*. London: Routledge-Cavendish.

1. EL DERECHO COMO RESISTENCIA

COMENTARIO

Gustavo José Rojas Páez

El derecho opera como una espada de doble filo: puede generar cambios sociales y también obstruirlos. Según Peter Fitzpatrick, el derecho como resistencia se manifiesta en dos dimensiones: dimensión extraordinaria (*surpassing*) y dimensión relacional (*relational dimension*). De acuerdo con la primera, el derecho tiene una identidad única, consistente, la cual lo ubica más allá de las relaciones sociales que lo rodean. Según la segunda, existe una variedad de relaciones sociales que inciden en la creación del derecho y le permiten cierto espacio a las resistencias. Estas dos dimensiones interactúan entre sí, coexisten de forma dialéctica, favoreciendo los intereses de unos y otros.

En este capítulo las mencionadas dimensiones del derecho son explicadas mediante ejemplos de la jurisprudencia anglosajona.¹ Estos ejemplos ilustran un contexto histórico, al cual Fitzpatrick nos aproxima haciendo una reflexión teórica sobre los Estudios

¹ Utilizo el término “jurisprudencia” no solo para hacer referencia a decisiones judiciales sino también como teoría jurídica. Ver Twining (2009). Para Twining, jurisprudencia y teoría jurídica son sinónimos.