

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS, SECCIONAL TUNJA
FACULTAD DE DERECHO**

**REVISTA DE DERECHO
PRINCIPIA IURIS
No. 9**

Tunja, 2008-1

Principia Iuris	Tunja, Colombia	No. 9	pp. 1 - 204	Enero Junio	2008	ISSN: 0124-2067
--------------------	--------------------	-------	-------------	----------------	------	-----------------

Entidad Editora

Universidad Santo Tomás seccional
Tunja

Director

Dr. Ciro Nolberto Güechá Medina

Editor

Dr. Diego Mauricio Higuera Jiménez

Numero de la revista

NUEVE (9)
PRIMER SEMESTRE DE 2008

Periodicidad

SEMESTRAL

ISSN

0124-2067

Dirección postal

Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas.
Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.
Calle 19 # 11-64. Tunja, Boyacá, Colombia.

Teléfono

(8) 7440404 Ext. 1024

Correo electrónico

revistaderecho@ustatunja.edu.co
dhiguera@ustatunja.edu.co

Diseñador: Santiago Suárez

Corrector de estilo: José Miguel Gaona

Traducción de textos

Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.
Departamento de Idiomas

Anotación: El contenido de los Artículos es
responsabilidad exclusiva de sus autores.

CONSEJO EDITORIAL

Fray Carlos Mario Alzate Montes, O.P.
Rector Seccional

Fray Tiberio Polanía Ramírez, O.P.
Vicerrector Académico

Fray Erico Juan Macchi Céspedes, O.P.
Vicerrector Administrativo y Financiero

Fray José Antonio González Corredor, O.P.
Decano de División

Dr. Ciro Nolberto Güechá Medina
Decano de Facultad

Dra. Yenny Carolina Ochoa Suárez
Secretaria de División

Dr. Diego Mauricio Higuera Jiménez
Director Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas

COMITÉ CIENTÍFICO

Ph. D. Juan Antonio García Amado
Universidad de León, España

Ph. D. Pierre Subra de Bieusses
Universidad Paris X, Francia

Ph. D. Pablo Guadarrama
Universidad Central de las Villas, Cuba

Ph. D. Jorge Arenas Salazar
Universidad Nacional, Colombia

Ph. D. Carlos Mario Molina Betancur
Universidad Santo Tomás, Colombia

Ph. D. Ricardo Rivero
Universidad de Salamanca, España

COMITÉ EDITORIAL

Ph. D. Ciro Nolberto Güechá Medina
Universidad Externado, Colombia

Ph. D. Nidia Catherine González
Universidad Johannes Gutenberg, Alemania

Ph. D. Ana Yazmin Torres Torres
Universidad Carlos III, España

Mg. Germán Bernal Camacho
Universidad Flacso, México

Mg. Diego Mauricio Higuera Jiménez
Universidad Nancy 2, Francia

COMITÉ EDITORIAL SECCIONAL

Fray Tiberio Polanía Ramírez, O.P.
Vicerrector Académico

Dr. Galo Christian Numpaque Acosta
Director Centro de Investigaciones

Dra. Andrea Sotelo Carreño
Directora Departamento de Comunicaciones y Mercadeo

PARES ACADÉMICOS:

Fray Faustino Corchuelo Alfaro, O.P.
Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja

Mg. Alejandra Susana Monteoliva
Directora de Posgrados, Pontificia Universidad Javeriana

Mg. Fernando Arias García
Procuraduría General de la Nación- Docente Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja

Esp. Miguel Angel García Castellanos
Juez Penal del Circuito Tunja-Docente Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja

Mg. Diego Mauricio Higuera Jiménez
Director Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas

CONTENIDO

Editorial 11

Diego Mauricio Higuera Jiménez

Sección I. Artículos de producción institucional

De la moral heterónoma a una Ética Autónoma 21
Róbinson Arí Cárdenas Sierra

La Política Transversal de Equidad de Género. Análisis comparado
de las herramientas más innovadoras para su implantación 31
Hugo Fernando Guerrero Sierra

Presunciones en Contratación Estatal 47
Jorge Enrique Patiño Rojas

Juicio como escenario del Debate Probatorio 69
Alfonso Daza González

El documento electrónico en la legislación colombiana: ¿Confiable
o no en el ejercicio de la actividad comercial? 87
Enrique López Camargo

La Movilidad y la Educación por Competencias en Colombia 101
Carlos Mario Molina Betancur

Sección II. Tema Central- Del pluralismo jurídico al interior del país.

Aporías alrededor del Pluralismo Jurídico: Hacia una configuración
del estado del arte y una crítica de sus supuestos conceptuales 117
Paulo Ilich Bacca Benavides

Principia Iuris	Tunja, Colombia	No. 9	pp. 1 - 204	Enero Junio	2008	ISSN: 0124-2067
--------------------	--------------------	-------	-------------	----------------	------	-----------------

¿Puede la Teoría Poscolonial fortalecer la Teoría Crítica del Derecho? 139
Oscar Andrés López Cortés

Sección III. Colaboradores Extranjeros

Controverses sùr le contròle de la constitutionnalité des actes
administratifs/ Controversias sobre el control de constitucionalidad
de los actos administrativos 175
Franck Moderne

CONTENTS

Editorial 11

Diego Mauricio Higuera Jiménez

Part I. Research articles. Santo Tomás University

From the heteronymous morals to the Autonomic Ethics 21
Róbinson Arí Cárdenas Sierra

Transversal politics in gender issues (mainstreaming). Comparative
analysis of the most innovative tools for its implementation 31
Hugo Fernando Guerrero Sierra

Presumptions in state contracting 47
Jorge Enrique Patiño Rojas

The electronic document in the colombian law 69
Enrique López Camargo

Prove regime in the colombian criminal procedure 87
Alfonso Daza González

Mobility and education by competences in Colombia 101
Carlos Mario Molina Betancur

Part II. Central topic - From The juridical pluralism inside the country

Contradiction around the Legal Pluralism: Towards a set of state
of the art and criticism of its assumptions conceptual 117
Paulo Ilich Bacca Benavides

¿Can the postcolonial theory strengthen the critical theory of law? 139
Oscar Andrés López Cortés

Part. III. *International guest articles*

Controversies about the constitutional control of
administrative acts 175
Franck Moderne

EDITORIAL

La academia, en su razón de ser, no basta con ser una transmisora de conocimiento, sino que, a través de la investigación, debe avanzar en el estado del desarrollo intelectual humano para obtener una efectiva contribución al tratamiento de problemas sociales y humanos, así como en la naturaleza; todos los miembros del sistema deben cumplir con su rol, el cual es fundamental en tanto se es parte de un conjunto, la investigación se propone cumplir con una parte del inagotable esfuerzo del proyecto humanista: cohesionar y articular la academia. La investigación y la participación social, deben ser objetivos de todos los desarrollos en la universidad.

En coherencia con los principios anteriores y continuando con nuestro proyecto académico-institucional tenemos el gusto de presentar a la comunidad jurídica e intelectual en general, la revista *PRINCIPIA IURIS* Número Nueve. Esta revista integra los avances investigativos varios trabajos de profesionales, fundamentalmente, de los investigadores de la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja, así como también de docentes e investigadores de orden nacional e internacional. Estos estudiosos exponen los avances y resultados sus proyectos investigativos como un esfuerzo por apoyar la producción y valoración del conocimiento socio-jurídico en los niveles regional, nacional e internacional, para contribuir a la solución de los problemas sociales con el máximo de calidad analítica y propositiva.

Conforme el formato diseñado, la revista *PRINCIPIA IURIS* Número Nueve presenta seis Artículos de producción institucional: la obtención de una ética de liberación autonómica tras desarrollarse una moral de cumplimiento a las normas y los valores en desarrollo de la voluntad, es expuesta en las reflexiones del profesor

Róbinson Cardenas ; por su parte el docente Hugo Fernando Guerrero presenta de forma comparativa varios modelos de desarrollo de la equidad de género, como una política pública transversal, la cual es reconocida pero no aplicada en Colombia; La contratación estatal es analizada por el docente Jorge Enrique Patiño, quien expone las presunciones aplicables a estos actos jurídicos, partiendo de las más generales a las aplicables a toda la administración *pública*, para llegar a aquellas más específicas en materia de contratación.

La conjunción entre el derecho probatorio y el actual sistema procesal penal son abordados por el profesor Alfonso Daza, examinándose la adaptación a este nuevo ordenamiento; El docente López Camargo cuestiona la fiabilidad del documento electrónico en las actividades comerciales en Colombia, anticipándose a la visión probatoria del documento electrónico en el contexto económico universal de conformidad con la legislación vigente; La necesidad de implementar un sistema educativo flexible que permita desarrollar las habilidades y competencias exigidas por la competitividad de la vida moderna son expuestas por el profesor Carlos Mario Molina Betancur.

En la sección dedicada al tema central, presentamos con agradecimiento, dos interesantes Artículos de prestigiosos colaboradores nacionales: el profesor Paulo Ilich Bacca Benavides nos ofrece en un escrito humanista y reivindicatorio sus estudios sobre la diversidad de los pueblos, exponiendo las contradicciones, aparentemente insuperables, respecto de la posibilidad de desarrollo del pluralismo jurídico en el contexto colombiano contemporáneo. Por su parte, la Teoría Poscolonial es disertada por el profesor Oscar Andrés López Cortés en un Artículo que examina la posibilidad de esta para fortalecer la teoría crítica del derecho, comparando varios de los desarrollos más interesantes en dicha materia.

Con orgullo y agrado presentamos el Artículo de colaboración internacional redactado por profesor emérito de la universidad de París I Franck Moderne, en el cual se exponen las controversias respecto del control de constitucionalidad de los actos administrativos, enfocándolos hacia el derecho público francés contemporáneo desde sus orígenes, hasta llegar a la ampliación de competencias de control del Consejo Constitucional, así como de la Corte Europea de Derechos Humanos. Este Artículo llama la atención de lo internacional en perspectiva de la actualidad en contexto de la comunidad tomasina, a su vez, invitando a todos los nuestros a participar con sus producciones intelectuales en las discusiones académicas de tipo internacional.

En este momento podemos decir que nos encontramos satisfechos, no como quien ha llegado a su meta, lo cual es cuestionable que sea posible, sino como aquel que se ha esforzado en la búsqueda de sus objetivos, el camino que se ha formado, como fin en sí mismo, nos impulsa a seguir adelante en la profundización de nuestros trabajos y en el mejoramiento de los mismos.

Es por esto que la próxima edición de la Revista, cuyo tema central será «la actualidad del derecho público en Colombia», tendrá un espacio dedicado a la investigación formativa, en el cual se publicará los trabajos de grado más destacados entre los estudiantes de los programas de posgrado. A todos los gestores de este proyecto, los profesores investigadores, los colaboradores externos, los comités académicos, administrativos y directivos de nuestra universidad, nuestros sentimientos de profunda gratitud. Esperamos humildemente que esta publicación se acerque a los objetivos aquí plasmados.

Diego Higuera
Editor

¿PUEDE LA TEORÍA POSCOLONIAL FORTALECER LA TEORÍA CRÍTICA DEL DERECHO?

¿CAN THE POSTCOLONIAL THEORY STRENGTHEN THE CRITICAL THEORY OF LAW?

Óscar Andrés López Cortés**

Fecha de recibido: 07-07-08
Fecha de aceptación: 03-08-08

RESUMEN*

Este artículo analiza la teoría poscolonial como una herramienta crítica diversa y complementaria a la teoría crítica tradicional en el derecho.

PALABRAS CLAVE

Derecho, teoría crítica, teoría poscolonial, estudios culturales.

ABSTRACT

The purpose of this article is to explore the potential of the post-colonial theory as a critic instrument different from traditional critic theory in law-studies.

KEY WORDS

Law, critical theory, postcolonial theory, cultural studies.

** C. Ph. D. en Antropología, miembro del grupo de investigación Transformaciones Jurídicas e Identitarias en el Moderno Colonial/Capitalista Sistema/Mundo; andreslopezc@yahoo.com.

* Artículo de reflexión producto del proyecto de investigación Movimiento Social, Identidad y Derecho(s).

1. METODOLOGÍA

Para ello se recurre, en primer lugar, al planteamiento de García y Rodríguez acerca de lo que una teoría crítica en el derecho debería incluir. Como forma de respuesta a los planteamientos de estos autores, se reseñan tres autores de diferentes lugares del mundo que coinciden en afirmar la necesidad de construir una teoría crítica en el derecho apoyada en los estudios culturales, y más concretamente, en la teoría poscolonial, estos autores son Peter Fitzpatrick, Balakrishnan Rajagopal y Farid Benavides. Una vez que es reconstruido el planteamiento de estos autores, se hace una revisión detenida de dos trabajos de Santiago Castro-Gómez, con el fin de constatar la fuerza o debilidad de los planteamientos de los tres anteriores, quienes han intentado una revisión crítica de la teoría jurídica y el discurso del derecho como su derivado. Por último se presentan las conclusiones.

2. INTRODUCCIÓN

El derecho, como disciplina social, puede ser cuestionado desde múltiples referentes. Sin embargo, la mayor parte del intento por construir una teoría crítica colombiana ha provenido de la sociología y de la teoría jurídica. Este

tipo de teoría crítica ha tenido en cuenta los aportes de la sociología en general y de la filosofía¹, aunque en muchas ocasiones se ha constituido en un eco de teorías críticas foráneas que pocas veces logra cuestionar los paradigmas existentes.

En este sentido, y estando parcialmente de acuerdo con lo planteado por García y Rodríguez acerca de lo que puede ser una perspectiva crítica en el derecho², considero que en Colombia la teoría crítica aún no tiene la capacidad de ser un generador de prácticas e ideas emancipadoras. En su lugar, se pueden encontrar expresiones y usos alternativos del derecho que en algunos casos logran consolidar reivindicaciones contramayoritarias, como sucede con buena parte de la jurisprudencia constitucional o con algunas experiencias de la justicia comunitaria. En cualquier caso, con apoyo en los mismos autores, estas experiencias - que pueden ser calificadas como positivas por un observador que percibe el derecho como mecanismo que con regularidad permite mantener posiciones hegemónicas funcionales a los intereses de élites- no dejan de ser situaciones aisladas que con el tiempo pueden desaparecer, desvanecerse o incluso convertirse en manifestaciones adversas (Cárdenas, 2004). En otros

¹ Actualmente en Colombia se distinguen los trabajos de filosofía analítica como los de: Rodolfo Arango «El concepto de derechos sociales fundamentales» y «DD HH como límite a la democracia. Análisis de la Ley de Justicia y Paz», o los de filosofía marxista como los de Óscar Mejía Quintana «Teoría política, democracia radical y filosofía del derecho».

² Entendida como aquella que «hace alusión al esfuerzo consciente por cuestionar los fundamentos de las formas jurídicas y sociales dominantes con el fin de impulsar prácticas e ideas emancipadoras dentro y fuera del campo jurídico» (García, 2003, 17).

términos -y ésta es una primera hipótesis de este artículo- el derecho, y más concretamente la teoría crítica del derecho en Colombia, aún no tiene la capacidad de consolidar de manera permanente un arsenal de prácticas e ideas emancipadoras; de hecho iría más allá: ni siquiera ha sido capaz de «*cuestionar los fundamentos de las formas jurídicas y sociales dominantes*», salvo en casos realmente aislados.

Los autores García y Rodríguez sostienen que la potencia -y al mismo tiempo el reto- de los estudios críticos, se encuentra en la capacidad de cuestionar los fundamentos de las prácticas jurídicas dominantes que reproducen el *statu quo*, para luego, en una fase reconstructiva, ofrecer propuestas que conlleven la creación de prácticas, instituciones y formas de pensar concretas que materialicen valores como la solidaridad y la inclusión social. (García, 2003, 17-18).

Si seguimos de cerca las condiciones expuestas en esta conceptualización, con dificultad podríamos encontrar en la experiencia local «*prácticas, instituciones y formas de pensar concretas*» que hagan de la solidaridad y la inclusión valores y realidades concretas. Lo que se observa en la cotidianidad es la intensificación de todo tipo de dramas humanitarios como el desplazamiento, el encarecimiento de la atención en salud y, en general, la disminución de cobertura del sistema de seguridad social producto de la

insolidaridad que genera la privatización de éste, el aumento de la informalidad y el subempleo, el aumento de la inequidad, como se puede constatar con el crecimiento del coeficiente de Gini, y muchas otras situaciones que ponen en evidencia la ausencia de los requisitos enunciados (García y Rodríguez, Op. Cit).

Contrario a lo anterior se podría argumentar que quizás aún nos encontremos en la fase deconstructiva, no en la reconstructiva, entendida aquella como el momento de «*cuestionar los fundamentos de las prácticas jurídicas dominantes que reproducen el statu quo*» (Peñalver, 2002). De ser cierto esto, tenemos que formular algunos interrogantes, como por ejemplo: ¿Cuál es el componente de los estudios críticos que es capaz de cuestionar los fundamentos de las prácticas jurídicas dominantes?, ¿acaso será una práctica discursiva?, ¿o una específica forma de ejercicio del derecho como el litigio estratégico?, ¿o la pluralidad jurídica? Independiente de cuáles sean las respuestas a estos interrogantes, volvemos a un problema básico: los estudios críticos se han encerrado en la sociología y la filosofía del derecho, excluyendo otras formas de hacer crítica, como las que ofrecen los estudios culturales en el derecho.

Quizás por esto es muy escasa la literatura colombiana aceptada y enseñada en las facultades de derecho del país acerca de lo que es una

perspectiva crítica de la disciplina jurídica. La mayoría de las veces la teoría crítica se ha visto confinada a las asignaturas de sociología jurídica y/o de teoría del derecho, materias que son vistas como complementos de una disciplina mayor que es la dogmática jurídica y el derecho procesal, urgencias disciplinares para muchas facultades. En esa perspectiva, la teoría crítica se convierte en la cenicienta de las asignaturas «*mayores*», o, en el peor de los casos, meros complementos, despectivamente llamadas «*materias costura*» en la enseñanza del derecho.

Esta dinámica puede ser muy desalentadora si se tiene en cuenta que a través de ella se condena al derecho a convertirse en una disciplina reducida al conocimiento y manejo de las normas, (lo cual es necesario, pero no suficiente) sin posibilidades de profundizar los debates críticos, ni de adentrarse en análisis interdisciplinarios que cuestionen el derecho como el resultado de una práctica social, parte de un discurso que obedece a unos intereses externos y que está lejos de ser una práctica neutral y aséptica. Sin la reflexión crítica que la sociología y la teoría jurídica ofrecen, el derecho pierde la capacidad de abordar debates urgentes para la disciplina como los que tienen que ver con la determinación de su estatuto epistemológico, la capacidad emancipadora del derecho, la forma en que se enseña en las facultades, los intereses a los que obedece, la

capacidad de apropiación que sobre el mismo tiene la población, entre otros muchos interrogantes alimentados desde la teoría crítica, y a los que sólo esta perspectiva parece poder acceder.

Pero, además de lo lamentable que tiene relegar la teoría y sociología jurídica a una posición subordinada y menor, es necesario plantear que éstas no pueden ser las únicas manifestaciones críticas acerca del derecho. Los estudios culturales, los estudios de género, la teoría crítica de la raza, entre otros, ofrecen también una amplia gama de elementos críticos que, con contadas excepciones, no han sido aún muy explorados en nuestro medio.

Dicho esto, este artículo tiene entonces un doble propósito: de un lado, hacer visibles otras posturas críticas que no parten de la sociología ni de la teoría jurídica de manera ortodoxa; y en un segundo momento, describir los elementos conceptuales y las corrientes principales de la teoría poscolonial. Estos dos propósitos se conjugan para lograr un objetivo común: plantear un marco teórico consistente que permita considerar la teoría poscolonial como una teoría crítica con capacidad de cuestionar la práctica y el discurso jurídico.

En la primera parte me dedicaré a reseñar tres posiciones críticas, aún muy difundidas en nuestro país. El interés por ellas radica en que

constituyen perspectivas abiertamente distintas de las posiciones tradicionales, pues apelan a elementos exóticos en el derecho como el análisis cultural y la teoría del discurso. En este punto reconstruiré el planteamiento de Peter Fitzpatrick, quien ofrece una crítica al derecho, y en especial al positivismo jurídico, como elemento epistemológico dominante dentro de la disciplina. Luego abordaré el trabajo de Balakrishnan Rajagopal, quien con base en elementos de etnografía institucional³ y análisis histórico plantea un debate al derecho internacional de los DD HH y al concepto de desarrollo. Por último, reseñaré un trabajo de Farid Benavides Vanegas, quien crítica la formación del discurso jurídico del siglo XIX en Colombia, a partir de la reflexión foucaultiana y su capacidad heurística de analizar el proceso colonial en América. En la segunda parte, me concentraré en explicar algunos aportes representativos de la teoría poscolonial con base en el trabajo de Santiago Castro-Gómez. Por último, presento las conclusiones a manera de intento de respuesta a la pregunta que se formula como título de este artículo.

3. LOS ESTUDIOS CULTURALES - Y UNO DE SUS DERIVADOS, LA TEORÍA POSCOLONIAL- COMO HERRAMIENTA CRÍTICA

La teoría poscolonial surge en lo que se ha denominado el campo de los estudios culturales del derecho y nace como una corriente crítica divergente al marxismo, aunque se desprenda del interior mismo del marxismo. Los estudios culturales -y por esa misma ruta la teoría poscolonial- constituyen una crítica al marxismo, la cual radica, principalmente, en el hecho de que Marx, o su teoría, jamás se hubieran ocupado de estudiar el desarrollo del capitalismo en América Latina, con todo y lo que ello implica en términos de estructuras, prácticas y construcción de subjetividades.

Una primera razón a la que algunos autores atribuyen este «*punto ciego*» de Marx, es la influencia que él recibió de autores como Hegel y Locke, que lo llevó a considerar diferentes cuestiones centrales como elementos de análisis universales o universalizables, negando el capitalismo en América y todas las causas y efectos de éste, por considerar

³ Este recurso metodológico es utilizado y definido por autores como Arturo Escobar de la siguiente forma: «Desde la perspectiva de la etnografía institucional, una situación local no es tanto un estudio de caso como un punto de entrada para el estudio de las fuerzas institucionales y discursivas y de cómo éstas se relacionan con aspectos socioeconómicos más amplios. Lo que importa es describir las prácticas que en realidad organizan la experiencia cotidiana de la gente, «revelar las determinaciones no locales del orden localmente histórico o vivido» (Smith, 1986:9) (Escobar, 1998, 210).

que América Latina se encontraba en un estado de atraso semejante al feudalismo, lo que impedía el desarrollo del capitalismo y la consiguiente toma de conciencia por parte de las clases proletarias.

Así, para Marx y muchos de los autores que lo influenciaron, las sociedades de lo que hoy llamaríamos tercer mundo eran sociedades no capitalistas, dependientes y colonizadas, que solamente pueden ser definidas con relación al otro, esto es, como una contraposición a las sociedades que sí reúnen características tales como la existencia de un mercado, división social del trabajo, acumulación de excedentes, generación de riqueza y la producción de valores de cambio, elementos básicos de las sociedades capitalistas modernas.

Veamos a continuación tres posturas que desarrollan elementos de la teoría poscolonial para construir una teoría crítica del derecho.

3.1. La crítica desde los estudios culturales a Hart y Dworkin, como modelos del positivismo jurídico

Como lo dice Peter Fitzpatrick, la negación del mito premoderno tipifica una mitología renovada, y en tanto niega el mito característico de la época precedente, es coherente, pues negar el mito es asumir una posición que puede catalogarse como científica. ¿Pero qué es lo que permite la negación

del mito? La ciencia positiva, como producto de la modernidad que permite conocer la realidad de todo aquello que nos rodea, construye también el derecho positivo, elemento que remplaza al mito, pero, en ese proceso, oculta su carácter mítico y se convierte en el nuevo mito no develado de la modernidad.

Una de las primeras discusiones que el autor aborda es la distinción entre el derecho como doctrina autónoma y el derecho como dependiente de la sociedad, que es para él la oposición entre la teoría y la sociología del derecho. Desde esta perspectiva, el derecho, como doctrina autónoma, considera el universo de las normas como algo completo y unificado, enfoque que para el autor resulta predominante en la enseñanza del derecho y que ha sido respaldado por la filosofía analítica.

Fitzpatrick pretende, con apoyo en algunos elementos de teoría poscolonial, sostener que el derecho unificado de la modernidad se mantiene de esa manera gracias al mito, un mito elaborado sociológicamente a través de la tradición de las ciencias sociales de tipo positivistas, basadas en la razón y la prueba empírica. De esa manera, el autor discute -especialmente en el primero y en el último capítulo de *La Mitología del Derecho Moderno*- la que él considera la obra más significativa de la filosofía del derecho actual: «*El concepto de Derecho*» de

H.L.A. Hart. La discusión parte de considerar la obra de Hart como una pieza más del positivismo jurídico en la que se reemplaza la voluntad popular en la creación de las reglas, por la voz oficial de los funcionarios investidos del poder para decir el derecho, en este caso, los jueces.

Para Fitzpatrick, Hart traiciona los elementos de la filosofía del lenguaje en los cuales basa los primeros cuatro capítulos de su obra, fundamentos de los cuales se desprende, sin reparo alguno, cuando comienza a sustentar que es el juez, y no la sociedad, quien posee la facultad de crear reglas, y no cualquier tipo de reglas, sino precisamente aquellas que constituyen la esencia del derecho, las reglas de reconocimiento que confieren validez a todo el ordenamiento. Para Fitzpatrick, en este arbitrario paso no pueden confluir más que elementos míticos, momento en el cual Hart ha abandonado la filosofía del lenguaje por una «escena de esencialismos» de una historia colonial contada en clave de occidente.

En aquello que Hart identifica como el núcleo del sistema jurídico, esto es, la combinación de reglas de reconocimiento, cambio y adjudicación, propias de un mundo jurídico «evolucionado», que ha superado las patologías, «podemos captar con más amplitud la elevación mítica de un derecho esencial.» (Fitzpatrick, 1998, 208).

Y es en esta parte donde Fitzpatrick explora un elemento poco estudiado en los análisis que los juristas han elaborado acerca de la obra de Hart, como son los fundamentos utilizados en el *Concepto de Derecho* que se derivan de la antropología social del siglo XX. Así como Kelsen fue influenciado por la antropología moral de Kant, los prejuicios racistas de Locke acerca de las sociedades atrasadas, están presentes en la obra de Hart, en particular cuando el autor inglés establece la diferencia entre sociedades jurídicas evolucionadas y sociedades que no han identificado su regla de reconocimiento a las que denomina como primitivas.

A partir de la crítica cultural que explora hasta las mismas fuentes teóricas de Hart, Fitzpatrick detecta lo que puede ser una fuerte contradicción en su obra, pues *El Concepto de Derecho* oscila entre reconocer que posiblemente jamás han existido sociedades sin reglas secundarias y una afirmación contraria, según la cual es a partir de las sociedades sin reglas secundarias que han evolucionado los actuales sistemas jurídicos. Fitzpatrick advierte que es a partir de estos elementos antropológicos de los que Hart elabora diversas afirmaciones, como, por ejemplo, la que contempla una sociedad primitiva que solamente cuenta con reglas primarias, identificándola como un estadio anterior de todas las sociedades europeas civilizadas, es decir,

«*evolucionadas*», a las que las sociedades atrasadas podrán parecerse en la medida que sistemáticamente construyan la regla de reconocimiento y encuentren el sistema jurídico, abandonando así el mundo prejurídico.

En este relato se percibe un elemento evolucionista, que coloca al derecho occidental en la cabeza del desarrollo científico social del mundo, de un mundo que se esfuerza por llevar el derecho a las sociedades primitivas o salvajes que desconocen el concepto del derecho como sistema de normas. Afirma Fitzpatrick: «*Con frecuencia la antropología ha proporcionado relatos de transición que no difieren de los de Hart, relato del desarrollo de las sociedades desde un estado primitivo y de la génesis distintiva del derecho en ese desarrollo, cuando la organización pública u oficial surge de normas sociales difusas y generalizadas.*» (Fitzpatrick, 1998, 208).

Junto a la influencia del elemento antropológico que afirma la existencia de sociedades atrasadas, por oposición a sociedades desarrolladas y civilizadas, como las que conocen el derecho occidental, Fitzpatrick sostiene que existe un segundo elemento que contribuye a la creación del derecho como mito en el positivismo de Hart, el cual proviene de la historia evolutiva del Siglo XIX, que se encuentra directamente ligado con el anterior, y afirma que el derecho «*es esencialista porque requiere el establecimiento*

conceptual de una entidad que progresa o evoluciona.» La crítica de Fitzpatrick, en este caso, apunta a uno de los elementos centrales de la obra de Hart, como es la idea de que todas las sociedades progresivamente pueden encontrar la ventaja de separar el derecho y la moralidad, lo que sería una cuestión de la historia del derecho, especialmente del derecho moderno, en la cual las sociedades desarrolladas han progresado, evolucionado, hacia formas más ventajosas en las que se encuentra clara y explícita la regla de reconocimiento. Es en ese paso donde Fitzpatrick ubica el mayor reparo a la tesis de Hart, pues por él se agota la creatividad de la sociedad en la elaboración de las reglas, la cual le es delegada a las «*filas de los funcionarios*», es decir, a los jueces y en general al aparato burocrático que reemplaza la voluntad social en la creación de las normas (Fitzpatrick, 1998, 209).

En opinión de Fitzpatrick, la fusión de los elementos provenientes de la antropología social del siglo XX y la historia evolutiva del siglo XIX, presentes en la obra de Hart, lo acercan más a los filósofos de la ilustración, que a la filosofía del lenguaje, en tanto Hart se encuentra buscando los elementos del derecho, así como los filósofos de la ilustración buscaron los elementos de las formas en sus orígenes. Otra consecuencia que resulta de esa filiación se encuentra en la semejanza que existe entre las historias de la

ilustración y el relato que presenta Hart de la vida en estado natural que se contrapone a la civilización occidental que niega el estado natural y lo supera (Fitzpatrick, 1998, 210).

El análisis de Fitzpatrick permite ver un Hart pocas veces anunciado en los textos de filosofía del derecho, un Hart racista y plagado de prejuicios, un Hart leído en clave de teoría poscolonial. Para Fitzpatrick la inclusión del elemento de autoridad, representado por los actos oficiales desplegados por los funcionarios como únicos intérpretes y emisores legítimos de la regla de reconocimiento, así como el hecho de que la obra de Hart se encuentra en búsqueda de una esencia singular del derecho que procede de un concepto evolucionado occidental, en tanto realidad universal indiscutible, hace de Hart el principal representante del positivismo mítico. Los fundamentos del positivismo de las ciencias sociales salen a flote en este punto, ya que para Hart la sociedad ordenada y controlada por el derecho se separa de los actos oficiales de carácter racional formal; sin embargo, anota Fitzpatrick, en todo esto no existe más que el mito occidental universalista que considera que todas las sociedades se pueden conformar de la misma manera en desconocimiento

de sus particularidades propias (Fitzpatrick, 1998, 211).

Fitzpatrick emplea un recurso adicional que bien vale la pena destacar para nuestro medio. A través de la conjugación de teoría y sociología jurídica debate desde referentes empíricos las teorías de Hart. Apelando a los trabajos de Cotterrell para mostrar la profunda contradicción que la cosmología occidental revive en el autor inglés⁴.

Conforme a lo anterior, para Fitzpatrick el derecho moderno es creado en la distinción hecha desde la Ilustración entre la razón y lo monstruoso, aunque lo monstruoso es sólo una creación más del mismo movimiento definida como «*lo otro*», lo extraño, lo irrazonable. A esto se suma que la realidad se convierte en la manifestación de un proceso de descubrimiento y realización y no en la de un orden mítico. El derecho moderno existe en tanto la humanidad, a través de las ciencias sociales, entiende la realidad como algo distinto del mito, de lo que se concluye que no existe el derecho como creación de la modernidad, allí donde reina lo monstruoso, lo otro, o simplemente donde la realidad es la manifestación de un poder mítico. (Fitzpatrick, 1998, 47).

⁴ "Así, en esta etapa, tenemos dos Hart opuestos: el filósofo del lenguaje y el enunciador de la esencia del derecho. Y tenemos dos conjuntos opuestos de consecuencias de esta división. En uno encontramos los usos populares, un aspecto interno de las reglas y sujetos activos y reflexivos, todo lo cual se halla en el núcleo mismo del análisis inicial de Hart. En el otro hay el dominio de las determinaciones oficiales, un dominio que finalmente surge como una necesidad universal en esa historia natural del derecho, que Hart encuentra en la escena primigenia. Es en este punto de abismal diferencia cuando Hart presenta un cuadro resuelto y concluido en «los fundamentos de un sistema jurídico», el «broche» que sostiene «toda su teoría normativa del derecho» (Cotterrell, 1989, 100)

Ahora bien, para Fitzpatrick, en el paso de la filosofía del lenguaje al positivismo que arbitrariamente da Hart, se encuentra impreso el universalismo que lleva a la teoría del derecho por él propuesta, a silenciar las sociedades nominadas como sistemas jurídicos patológicos. Estas sociedades que se encuentran compuestas por seres salvajes, aún no han establecido cuál es la regla de reconocimiento a la cual todas las demás reglas del sistema deben su validez. Desde la mirada imperial de Hart, las sociedades primitivas carecen de historia y proyecto propio, lo que hace necesario que el europeo aporte a los salvajes un conocimiento adecuado, entendido como una regla de reconocimiento.

Finalmente Fitzpatrick advierte cómo la teoría de Hart parte del imaginario europeo, según el cual las sociedades nativas son simples, pequeñas y autónomas, encontrándose determinadas por unos incipientes marcos legales que producen incertidumbre y estancamiento. En una crítica que sigue de cerca la tesis de Edward Said hecha en *Orientalismo*, señala que para Hart estas sociedades están ávidas de seguridad y orden, el cual sólo puede ser brindado por el derecho occidental moderno nacido en las civilizadas sociedades europeas. Es allí donde entra el funcionario (aquel que despojó a la sociedad de la interpretación y que constituye el salto de la filosofía a lo mítico, o el despojo de la perspectiva interna social por la

individualidad), como máxima expresión de la racionalidad burocrática, experto, portador del saber que ordenará la sociedad. Esta frase lapidaria de Fitzpatrick lo resume bien: «*Dado que la situación colonial presenta una realidad administrada, es el funcionario quien debe hacer realidad la humanidad incipiente del nativo*» (Fitzpatrick, 1998, 218).

3.2. Rajagopal y la crítica al Derecho Internacional de los DD HH

La obra de Rajagopal constituye una crítica al derecho internacional, particularmente al discurso de los DD HH, como parte de una narrativa occidental que a juicio del autor ha absorbido la capacidad de confrontación de los movimientos sociales. De acuerdo con lo anterior, el discurso de los DD HH se ha constituido en la única posibilidad legítima de emancipación, invisibilizando, y en algunos casos, autorizando la represión de otra forma de resistencia que se ubique por fuera de esta lógica.

La metodología del autor es el resultado de un ejercicio de sincretismo entre la crítica interna y un ejercicio de crítica externa, entablando un diálogo directo con el derecho internacional, sus instituciones y su normatividad. A partir de allí construye una crítica apoyada en un estudio de caso y varios ejemplos de los ejercicios de resistencia de los movimientos sociales alrededor del mundo. Desde esta perspectiva el

trabajo de Rajagopal constituye un nuevo tipo de trabajo socio-jurídico internacional que intenta ofrecer descripciones más densas de las transformaciones jurídicas, en tanto muestra los problemas internos de aplicación del derecho internacional, debatiendo así su eficacia, pero además cuestionando su legitimidad desde las prácticas discursivas coloniales.

De acuerdo con el planteamiento del autor, la idea general de investigación radica en la necesidad de mostrar la relación subyacente entre derecho internacional y tercer mundo a lo largo del siglo XX, con el fin de poner en evidencia que -lejos de constituir una relación sencilla- se encuentra por el contrario plagada de complejidades, siendo necesario construir una narrativa que comprenda dos fenómenos que pueden tomarse como ejes temáticos de la investigación: la necesidad de poner el acento en el discurso del desarrollo como lógica gobernante de la vida política, económica y social del tercer mundo, énfasis que permite superar la tradicional comprensión del discurso del desarrollo como un discurso tecnocrático, apolítico, aséptico y neutral. El segundo eje, constituye un análisis profundo del papel de los movimientos sociales en la configuración de la relación que existe entre la resistencia del Tercer Mundo y el derecho internacional, la cual tradicionalmente el mismo derecho internacional se ha encargado de

invisibilizar, de manera que una nueva práctica de esta disciplina conduzca a mostrar la incidencia de los movimientos sociales en la creación del derecho permitiendo su comprensión, como un proceso de construcción de abajo hacia arriba, recurso típicamente desconstruccionista (Rajagopal, 2005, 25-27).

La primera hipótesis de Rajagopal es que las orientaciones disciplinarias predominantes en el derecho internacional son deficientes, porque no han logrado polemizar aún el discurso del desarrollo como narrativa que ha contribuido a la formación del derecho y de las instituciones internacionales. La segunda, es que el derecho internacional nunca ha tenido en cuenta la perspectiva de lo subalterno, que les permita a los internacionalistas una apreciación real del papel de los movimientos sociales en la evolución del derecho internacional (Rajagopal, 2005, 52).

Desde esta perspectiva, se puede decir que el objetivo general de la obra es desafiar las narrativas tradicionales sobre la manera en que han ocurrido los cambios legales internacionales y sobre cómo podría comprenderse el lugar que debe tomar el derecho en una praxis social progresista, que se tomen en serio las distintas formas de resistencia del tercer mundo y contribuya así a la búsqueda de formas culturalmente legitimadas de resistencia que no caigan en la trampa

del localismo cultural. (Rajagopal, 2005, 28).

Entre las diversas fuentes conceptuales y metodológicas a las que acude Rajagopal el posestructuralismo francés, la teoría poscolonial y el posmodernismo, se funden abiertamente con la teoría crítica de la raza, la teoría crítica del desarrollo y el trabajo crítico del tercer mundo (TWAIL Third World Approaches to International Law) (Rajagopal, 2005, 28), para ofrecer una serie de categorías y métodos comprometidos políticamente, a la vez que se constituyen en elementos pertinentes para el desarrollo de la obra.

Respecto de sus categorías básicas es destacable la forma en la que en el primer capítulo reconstruye la discusión en torno al papel del poder, los actores y las instituciones frente a la resistencia, para lo cual acude al concepto de resistencia como categoría analítica en la obra de Antonio Gramsci (Cuadernos de la Prisión 1971), Michel Foucault (particularmente en los análisis que hicieron Gordon, Burchell y Millar a principios de los 90 a propósito de las conferencias dictadas por Foucault a finales de los setenta), Frantz Fanon («*Concerning violence*» y «*Pitfalls of National Consciousness*») y Partha Chatterjee («*The Nation and its Fragments*»).

De acuerdo con la reconstrucción teórica, un primer tema abordado por

el autor es la relación que existe entre el derecho internacional y la resistencia que ejercen los movimientos sociales. Según el planteamiento del autor, cuando el derecho internacional encuentra resistencia, sólo puede comprenderla y manejarla adoptando ciertas esencias inmutables sobre la occidentalidad o el Tercer Mundo y mediante el uso de ciertas ideas de legitimidad y redención. De la misma manera en que el colonialismo, como sistema, sancionaba como legítimas sólo ciertas formas de resistencia anticolonial -como el nacionalismo moderado- únicamente le ha sido concedida legitimidad a ciertas formas de resistencia en el Tercer Mundo, como, por ejemplo, al discurso de los DD HH, de carácter ideológico imperial para el autor-. (Rajagopal, 2005, 53).

El segundo abordaje radica en la relación existente entre resistencia y las instituciones propias del derecho internacional. La idea de Rajagopal es que el derecho no presta atención a la dinámica mediante la cual la resistencia puede continuar incluso después de haberse producido una institucionalización exitosa de sus fines, y opta por comprender las «*instituciones como incorporaciones funcionales de la racionalidad legal y la resistencia como una aberración que exige represión*». Desde esta perspectiva, la resistencia como categoría de análisis no es siempre y simplemente una reacción contra la hegemonía, sino que en realidad es una

multitud compleja de visiones alternativas sobre las relaciones sociales y, por lo tanto, de la historia de la humanidad. Así entendida, la resistencia como categoría en el derecho internacional implica ver al Estado como un terreno plural y fragmentado, caracterizado por la heterogeneidad, por el disenso y las controversias; en combinación con lo anterior, se requiere una teoría de los DD HH que comprenda la articulación entre la acción de los movimientos sociales y la posibilidad de reivindicar un orden jurídico internacional, en tanto la acción de los mismos no implica, *per se*, un rechazo de ese orden jurídico. El orden jurídico internacional es un espacio importante para la acción de los movimientos sociales que puede permitir la ampliación del espacio político disponible para sus políticas transformativas (Rajagopal, 2005, 34-47).

En cuanto a la crítica que el autor hace al discurso de los derechos, destaca la reflexión acerca de la violencia ejercida desde el Estado en nombre de los DD HH. Según Rajagopal, este discurso impone obligaciones al Estado de usar la violencia para asegurar los derechos que se consideran básicos, como el derecho a la vida, libertad personal y seguridad física, igualdad, libertad de culto o religión y educación obligatoria, aprobando ciertas formas de violencia y desaprobando otras por considerarlas vulneradoras de los DDHH, pero la clasificación y lo que se acepte como

legítimo depende siempre de visiones funcionalistas y universalistas (léase occidentales o eurocéntricas) más no de realidades locales.

Una de las riquezas de la obra de Rajagopal es el cuestionamiento que hace al discurso del desarrollo a partir del análisis historiográfico, el cual es transversal en el texto. Allí, lo primero que aprecia es que el desarrollo, como disciplina, en realidad es la continuación del sistema colonial impuesto en el periodo de entre guerras denominado sistema de mandato, mediante el cual las potencias industriales del mundo se repartieron los territorios de las antiguas colonias, convirtiéndose en el medio que allanaría la intervención actual a través del desarrollo. Esta transición, la cual califica de «*no pacífica*», es posible gracias a la creación de nuevos paradigmas y a la sofisticación de algunos otros conocidos por el sistema colonial, que permiten la imposición de estándares universales y atemporales, esto es, válidos en todo tiempo y lugar como elementos de medición del desarrollo. Estos estándares se acomodan a la realidad de las democracias occidentales de Europa y a la norteamericana, donde el nivel de vida de un ciudadano promedio se convierte en la medida de la riqueza indispensable para ser desarrollado, y en este sentido: la medida de la felicidad y el bienestar universal como los únicos posibles (Rajagopal, 2005, 77-90).

Pero la crítica al discurso del desarrollo no podía estar completa sin preguntarse por el papel que han jugado las instituciones de Bretton Woods⁵; las que estuvieron originalmente concentradas en la reconstrucción de Europa y -en el caso del FMI- en el déficit de la balanza de pagos de los distintos países, pero que hoy han adquirido nuevos intereses en el curso de su interacción con el tercer mundo. Hacia la década de los 60 y 70 estas instituciones se encontraron con un tercer mundo convulsionado⁶.

La tesis central del autor, al respecto, evidencia que éstas instituciones se constituyeron en una de las herramientas más importantes en la carrera por la oficialización del discurso del desarrollo, de manera que éste pudiera ser apropiado de forma universal. En ese sentido, Rajagopal cuestiona la versión tradicional y bipolar según la cual estas instituciones eran vistas de manera plana, ya fuera como benevolentes samaritanas, o como herramientas mecanicistas en manos del capital global opuestas a la justicia social y a la equidad. Plantea, en cambio, que las instituciones del Bretton Woods

constituyeron un «*espacio complejo en el cual el poder, la justicia, la seguridad y el humanitarismo funcionaron en términos contradictorios y complementarios (...) como fenómenos que no podían existir separadamente*». (Rajagopal, 2005, 139), contribuyendo así a superar los análisis esencialistas de la izquierda y del liberalismo económico.

Rajagopal remata la crítica a la institucionalización y expansión del discurso del desarrollo, planteando que el discurso de la modernización como elemento central en el proceso de transformación social del tercer mundo, se encuentra basado en elementos de desarrollo y bienestar medidos en términos principalmente económicos. Pero se debe tener en cuenta que el discurso de la modernización ha cedido el lugar de privilegio al discurso de la democratización como ideología gobernante del derecho internacional actual y, en ese sentido, vehículo renovado de la hegemonía. La democratización se acompaña ahora de una relación fuerte entre cultura y política, donde cualquier intervención en defensa de la democracia justifica el uso de la fuerza basada en la

⁵ Creadas tras la segunda Guerra Mundial, contemplan el grupo de instituciones del Banco Mundial y del Fondo Monetario Internacional dedicadas a la vigilancia del sistema económico internacional, incluyendo el acceso al capital occidental. Las del grupo del BM comprenden El Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo (BIRD), la Agencia de Garantías para la Inversión Multilateral (AGIM) y el Centro Internacional para la Solución de Disputas sobre Inversión (CISDI) (Rajagopal 2005, 124).

⁶ Como lo señala el autor, «un caldero hirviente y problemático de campesinos, mujeres, medio ambientalistas, activistas de los DD HH, pueblos indígenas, activistas religiosos, y otros individuos que desafiaban los órdenes políticos y económicos de la época (...) conformando nuevos movimientos sociales que llevaron los problemas de equidad y justicia directamente a las agendas políticas de las élites gobernantes» (Rajagopal, 2005, 126)

institucionalización, como herramienta de expansión del derecho internacional⁷ (Rajagopal, 2005, 165-193).

Una de las conclusiones más relevantes que deja el texto de Rajagopal, es que el discurso de los DD HH puede ignorar y condonar ciertas formas de violencia, no porque ello se justifique en la división de los derechos o el principio de la «*realización progresiva*» del PIDESC, sino más bien porque se encuentra patológicamente arraigado en dos modelos del papel del Estado en la economía, que se reflejan en el discurso de los DD HH, ambos derivados del discurso del desarrollo, sin que lo anterior signifique que el discurso de los DD HH deje de ofrecer alternativas plausibles de defensa para los movimientos sociales.

3.3. La subalternización: una visión desde una perspectiva decolonial en y para Colombia

Farid Benavides se puede ubicar dentro de la crítica poscolonial al derecho. Sus fuentes son diversas, Immanuel Wallerstein, Aníbal Quijano, Enrique Dussel, Walter Mignolo, Fernando Coronil, junto con múltiples teóricos de la academia norteamericana⁸. Todas

estas influencias se evidencian en su texto «*La subalternización a través del discurso jurídico: una visión desde una perspectiva decolonial*», en el cual intenta mostrar el carácter constitutivo del derecho, es decir, la manera en que el discurso jurídico deviene en un espacio de poder y de constitución de identidades subalternas. Para sustentar esta tesis el autor se basa en el concepto de mentalidad de gobierno y las diversas interpretaciones que del mismo han hecho autores de diferentes corrientes.

El autor inicia con una crítica a la versión oficial de la historia de la independencia (1810-1819), afirmando que en ella se ocultan de manera conveniente diversos aspectos, entre los que resaltan:

- La ambigüedad del proceso de inicios del Siglo XIX, que en un primer momento fue un proyecto de autonomía, pero que posteriormente adquirió tintes independentistas.
- Quienes se independizaron fueron los hijos de los españoles en América, que son mostrados como «*criollos, guerreros luchadores por la libertad creadores de una nación soberana*», por esa vía se fue invisibilizando el aporte

⁷ «Dentro de esta dinámica, surgen mecanismos de intervención más sofisticados como las operaciones de paz multidimensionales, que si bien aparecen desde finales de la década del 40, se intensificaron exponencialmente en la década del noventa. Estas operaciones comprenden, entre otras, intervenciones de expertos científicos de diversas áreas incluyendo antropólogos, juristas, economistas, geólogos, ingenieros, biólogos (...) que terminaron garantizando una gestión más intensiva y efectiva en el mantenimiento de la paz, posible por medio de la comprensión de las realidades locales y el acercamiento de las instituciones al «campo», en la lógica del rescate de los estados fallidos (Somalia, Liberia, Afganistán, Camboya), y del mantenimiento de los patrimonios universales». (Rajagopal, 2005, 171).

⁸ Se destacan las referencias sobre las reflexiones de John Bringham, Alan Hunt y Eve Derian Smith

a la historia de los indígenas, las mujeres y los afro-descendientes.

➤ El proceso de resistencia a la independencia, en el que el derecho - como agente directo de construcción de identidades en la consolidación de la nación- es dejado de lado o sólo mencionado como el resultado de una «mezcla de tradiciones jurídicas en donde, obviamente, la mirada nunca se apartó de Europa».

A partir de allí, el autor introduce la discusión en torno a la relación que existe entre derecho y poder constitutivo, para lo cual critica la visión tradicional del derecho, según la cual éste es un producto del poder soberano. Dentro de esta categoría podemos encontrar a H.L.A. Hart que coincide con la visión positivista del derecho pero también con la visión marxista clásica, ya que esta última ve el derecho como ideología, es decir, como un instrumento mediante el cual una clase ejerce dominación sobre otra. Lo que caracteriza a estas dos visiones es su concepción del derecho como instrumento y la ubicación del poder soberano diferente del que ocupa la sociedad civil, ya que el poder de producción normativa se encuentra en el Estado, (legislador y jueces) en tanto que la sociedad civil se ubica en el espacio correspondiente a la libertad.

Según Benavides, en Foucault es posible encontrar una visión diferente del derecho. Es así como llega a afirmar

que en *Historia de la Sexualidad* y en el texto sobre mentalidad de gobierno, el poder deja de ser un aspecto negativo para convertirse en constitutivo de identidades (Foucault en Varela y Alvarez, 1991). En este punto el autor retoma las interpretaciones que Rose y Valverde hicieron de estos aspectos de la obra de Foucault para mostrar que, a diferencia de Austin y Hart, en la época moderna el Estado empieza a perder centralidad y el derecho es complementado y normalizado a partir de prácticas no legales como la psiquiatría y la psicología; por lo anterior se establece una relación directa entre el derecho y la disciplina, en tanto las biopolíticas de la mentalidad de gobierno necesitan de un marco legal para su desarrollo.

De acuerdo con el autor, el carácter constitutivo de la ley es mostrado a través del discurso de los derechos civiles mediante la constitución de los individuos como ciudadanos. De esta manera, la norma se construye como un juicio desde afuera sobre los individuos y se desplaza el objeto y el sujeto de la misma. Así, ya no es un soberano el que se encarga de determinar qué es lo prohibido, sino que se trata del control y el gobierno sobre los sujetos libres que tienen la capacidad de gobernar y gobernarse; por lo tanto, la ley deja de ser del Estado para convertirse en una ley de la sociedad. Gobernar no es sólo una cuestión de autoridad o de relaciones de poder sino también de creación de

identidades y de realidad. El derecho se convierte con el Estado en un espacio de regulación y orden, de control de poblaciones, que a la vez de conferir poder, *«interviene en la construcción social y de gobierno del sujeto moderno»*.

El punto siguiente del análisis de Benavides es la relación entre derecho y clase. Inicia exponiendo las diversas teorías del marxismo clásico que ven en el derecho un instrumento de dominación de la clase burguesa sobre el proletariado. A partir de la instauración de una ideología legal que legitima el proceso de acumulación, de tal manera que lo que en la realidad es dominación y explotación queda oculto tras la forma del contrato de trabajo en el que sujetos iguales enajenan su fuerza de trabajo y otros la adquieren por un precio establecido en el mercado. El autor advierte que *«no existe forma de saber -desde un punto de vista marxista- el preciso significado funcional del derecho»*.

Sin embargo, intenta -usando a Thompson, Gramsci y Althusser- exponer la relación entre estructuras externas y el contenido de la ley. De esta manera, para Benavides la teoría estructuralista marxista permite reconocer la autonomía relativa del derecho frente a la economía, en lo que define como relación de dependencia/ independencia. El derecho ya no sería solamente represión de una clase social sobre otra, sino que este derecho le serviría a los movimientos sociales para

avanzar en sus luchas, lo que confirmaría el carácter constitutivo del derecho y su producción social superando la visión estructuralista.

De otra parte, para Benavides, la perspectiva cultural del marxismo representada por E. Thompson -que ve la estructura y la superestructura de la sociedad interrelacionadas y no separadas- deja entrever que el derecho puede promover la transformación social en la medida en que la ley es práctica y conciencia, es decir, el derecho y la ley *«son hegemónicos no solo frente al proletariado sino también frente a la clase dominante»*, y, por lo tanto, el derecho desde esta perspectiva se acercaría mucho a la visión foucaultiana, según la cual el derecho es un *«instrumento que controla a los ciudadanos a través de su consentimiento»*. Esto se explica en la medida en que, si el derecho puede convertirse en un discurso contra el Estado, es el Estado el encargado e interesado de proteger y promover este discurso.

Se construye, entonces, alrededor de este discurso un consenso respecto al ejercicio del poder por parte de la burguesía, en el que los subalternos se benefician, pero a la vez permiten el ejercicio de ese poder.

Así entendido el derecho -como un mecanismo de regulación- tiene por sí mismo un mecanismo de exclusión, ya

que la regulación -usando a Hunt- selecciona lo que se considera como un problema social. Además, posee unos agentes encargados del control del problema, de la regulación y un conocimiento de la regulación, ya que el problema aparece como tal, en tanto es construido y definido por las ciencias sociales. Benavides se sirve de este punto de vista, pero lo cuestiona, en cuanto no se pregunta el por qué ciertos sujetos quedan por fuera de la ley, y por qué unos son agentes de regulación y otros son regulados, llegando a afirmar categóricamente que los estudios de derecho europeos y anglosajones *«permanecen atrapados en una visión eurocéntrica y ahistórica, que no se ocupan del papel de los Estados en el sistema-mundo y, sobre todo, que se olvidan de tener en cuenta el carácter colonial y capitalista del derecho moderno.»*

Finalmente, para imprimir ese carácter colonial y capitalista del derecho que olvidan los europeos, el autor da cuenta del debate sobre la modernidad y la posmodernidad en autores como Enrique Dussel, Santiago Castro y Walter Mignolo para coincidir que en América Latina la discusión sobre lo posmoderno parte de bases equivocadas, pues se construye sobre categorías racionales europeas que adoptan la historia de Europa y se olvidan del carácter genocida y colonial de esa razón. Se olvidan que Europa se construyó como discurso a sí misma a partir de oriente y que creó América

Latina a partir de su des/encubrimiento como su primera periferia.

En este orden de ideas, el derecho, como discurso y como parte de una estrategia de poder, crea sujetos, pero no por sí mismo, sino por aquellos sujetos que tienen el poder de producir ese discurso y que se valen de éste para construirse a sí mismos y buscar, no sólo la dominación, sino, además, la justificación de ésta. Para sustentar la afirmación anterior, el autor parte de la manera en que Ángel Rama habría mostrado cómo el uso de la palabra escrita se convirtió en un factor de exclusión/inclusión y de distintivo entre lo civilizado y lo que no lo era, así como el hecho de que los dominadores se valieron de la palabra escrita *«como parte de su disciplinamiento y de dominio (pos) colonial»*.

Así, el derecho como discurso escrito institucionalizado define, limita y regula las prácticas sociales entre *«el espacio hegemónico de los dominadores»* y el *«ámbito fronterizo de los sectores populares»*. Es claro que los marginados no hablan por la ley, ya que no poseen el código lingüístico necesario para expresarse dentro del derecho; su voz necesita ser puesta de cierta manera, transformada. Ese proceso, según el autor, implica la transformación en sujeto jurídico, y en esa transformación se realiza un acto de control y además de transculturación, mediando una violencia epistémica o hermenéutica.

No sobra decir que las resistencias a este proceso de subalternización giran en torno alrededor de esta categoría ya creada. Por último, el autor en su texto, evidencia el carácter construido de la realidad social, y por lo mismo la posibilidad, y obviamente, la existencia de mundos alternativos.

4. LOS ESTUDIOS POSCOLONIALES

Los estudios poscoloniales se enmarcan dentro de los estudios culturales, los cuales se caracterizan por ser estudios críticos, pero en una línea divergente de los estudios marxistas. De hecho, esta corriente representa una crítica al marxismo basada en la afirmación según la cual Marx, o su teoría, jamás se ocupó de estudiar el desarrollo del capitalismo en América Latina, en lo que se ha denominado como la ausencia de la «*cuestión latinoamericana*». Para la teoría poscolonial, la postura de Marx es el resultado de la influencia de autores como Hegel y Locke, que lo llevaron a considerar diferentes cuestiones centrales negando el capitalismo en América y todas las causas y efectos de éste.

Entre esas cuestiones centrales se encuentra el hecho de que las sociedades de lo que hoy llamaríamos tercer mundo, eran para Marx sociedades no capitalistas, dependientes y colonizadas, que se

definen con relación al otro, esto es, como una contraposición a las que sí son, lo que implica que solo pueden ser miradas desde la perspectiva de las sociedades modernas europeas, que sí consiguieron un desarrollo plenamente capitalista. Para Castro Gómez, Marx habría construido esa idea de planteamientos hegelianos que afirmaban que Asia y América podían ser definidas como sociedades fuera de la historia. Según Marx, Europa y EE.UU. habían comenzado a desarrollar industria e instituciones sociales republicanas, mientras que las jóvenes repúblicas latinoamericanas continuaban en la «*rigurosa jerarquía social*», «*el desenfreno de los clérigos seculares*», y la «*vanidad*» de la clase dirigente cuyo interés era hacerse ricos, dominar, controlar la burocracia y obtener títulos y grados. Esto a su vez daba como resultado que el continente americano fuera incapaz de desarrollar una estructura social y económica que le permitiera insertarse en el proceso revolucionario mundial. Así descrita, América Latina era un conjunto de sociedades semi feudales gobernadas por latifundistas que ejercían su poder despótico sobre unas masas carentes de organización. En síntesis, Castro Gómez explica cómo para el marxismo, el colonialismo no es otra cosa que el pasado de la modernidad, es un fenómeno aditivo más no constitutivo de ésta, que aparece más como un efecto vinculado a la consolidación del mercado mundial, que como una causa del mismo, y en ese sentido, no

representa ninguna incidencia en las prácticas ideológicas de la sociedad (Castro Gómez, 2005a, 13-20).

La primera crítica a este planteamiento marxista, la cual se puede catalogar como inicios de la teoría poscolonial, provendrá de intelectuales del tercer mundo. Según estos, el colonialismo no es sólo un fenómeno económico y político sino que posee una dimensión epistémica vinculada con el nacimiento de las ciencias humanas, tanto en el centro como en la periferia. La razón de esta crítica es que las humanidades y las ciencias sociales modernas crearon un imaginario sobre el mundo social del «*subalterno*» (el oriental, el indio, el negro, el campesino, la mujer) que no sólo sirvió para legitimar el poder imperial en un nivel económico y político sino que contribuyó a crear los paradigmas epistemológicos de estas ciencias y a generar las identidades de colonizadores y colonizados. De acuerdo con Edward Said, la dominación imperial de Europa sobre sus colonias de Asia y medio oriente durante los S XIX y XX condujo a la institucionalización de una cierta imagen o representación sobre el oriente y lo oriental.

Una de las características del poder imperial en la modernidad es que el dominio no sólo por la fuerza, sino que requiere de un elemento ideológico o representacional de un discurso sobre otro. (Castro Gómez, 2005a, 20-27). En esta argumentación, oriente y

occidente deben ser vistas como formas de vida más que como meros lugares geográficos. En estos lugares complejos se radican estructuras objetivas, tales como las leyes de Estado, los códigos comerciales, planes de estudio en las escuelas, los proyectos de investigación científica, los reglamentos burocráticos, las formas institucionalizadas de consumo cultural, entre otras. Frente a esto, Said nos recuerda que no podemos pasar por alto el hecho objetivo según el cual las formas de conocimiento ya habían sido ubicadas en una concepción lineal de la historia. De esa manera, su aporte y mérito devela que los discursos de las ciencias humanas construidos de la imagen triunfalista del progreso histórico se sostienen sobre una maquinaria geopolítica de saber/poder, declarando como ilegítima la existencia simultánea de distintas voces culturales y formas de producir conocimientos. (Castro Gómez, 2005a, 13-20).

A estas tesis reaccionaron algunas voces del marxismo, para quienes las teorías post socavan peligrosamente la fe básica en la racionalidad del mundo, lo cual deja sin piso cualquier intento político de transformación social. Afirman que si la realidad social no es otra cosa que una construcción del lenguaje de la ciencia o del poder, ya no sería posible distinguir entre un programa político totalitario y uno de oposición porque careceríamos de criterios objetivos para hacerlo. (Castro Gómez, 2005a, 27). El autor añade que autores como Amhad,

argumentan desde el marxismo y, en contra, Said que su tesis invita a desligar los discursos de las luchas sociales y económicas que le sirven de sustento, convirtiéndolos en una especie de seres metafísicos que poseen vida propia. De acuerdo con eso, no existe diferencia entre la realidad y su representación narrativa, como si hubiésemos perdido la posibilidad de acceder a las cosas mismas y la razón se encontraría atrapada en las máscaras del poder, el lenguaje y el deseo (Castro Gómez, 2005a, 29).

Frente a estas disputas conceptuales de occidente entre los teóricos del orientalismo y del marxismo, surge una teoría poscolonial propia, una en y para América Latina. Uno de los primeros aportes provendrá de José Carlos Mariátegui, quien desde sus tempranas obras del siglo XX advertía a Latinoamérica sobre la necesidad de construir un marxismo en clave latinoamericana, tal y como lo hizo en 1928, año de la primera publicación de «*Siete ensayos de Interpretación de la Realidad Peruana*», constituyendo a su vez los orígenes de lo que posteriormente se denominaría como «*la filosofía de la liberación*». Tal y como lo afirma Estermann, la construcción de una filosofía latinoamericana que supera el papel de ciencia reproductora de la filosofía de tradición europea, comienza a gestarse con los trabajos del argentino Juan Bautista Alberdi en el siglo XIX, quien por primera vez utilizó el concepto de «*filosofía*

latinoamericana». De allí surgieron, según Estermann, dos corrientes distintas pero complementarias: la de la liberación, encabezada por Mariátegui, Salazar, Dussel y otros, y la filosofía «*interculturada*», de la cual harían parte Zea, Kusch, Miró Quesada y otros (Estermann, 1998, 13).

En la corriente de la filosofía de la liberación, debemos recordar que Mariátegui logró plantear el problema del indio desde el socialismo -lo cual paradójicamente lo acerca pero a la vez lo aleja de la posición marxista tradicional- ya que para Marx el pueblo indio se subsumía dentro de la categoría analítica denominada proletariado, negando la existencia del pueblo indígena como una clase social relevante para los análisis. De acuerdo con esto, las propuestas hechas para la superación de la explotación obrera abarcaban a los indígenas, pero a la vez los hacía invisibles al subsumirlos en la categoría de proletarios o explotados.

Sin embargo, esta es solamente una interpretación a manera de crítica, ya que, como vimos antes, para el marxismo, una revolución proletaria no tenía viabilidad alguna en América del Sur, dado que su estado feudal y el predominio de figuras como la de Bolívar, impedían la aparición de las contradicciones propias del capitalismo y por ende de la revolución como respuesta a esas contradicciones. Pero es de anotar que, precisamente el punto de ciego de Marx, como lo

enuncia Castro Gómez, es lo que impide prestar atención a la realidad suramericana que más tarde vería Mariátegui, y que le permitiría a este último construir una propuesta de base marxista pero desde la interpretación de la realidad latinoamericana.

Un argumento de cara a este planteamiento lo podemos encontrar directamente en Mariátegui, para quien las tesis sobre el problema indígena debían construirse sobre una visión estructural, superando el problema exclusivamente étnico y comprendiendo las medidas policiales como agravantes del conflicto. El reconocimiento de lo indígena debía partir de una crítica socialista que buscara las causas del conflicto en la economía del país, que se ocupara menos de una cuestión tutelar y permitiera pensar el problema en términos del inequitativo régimen de propiedad agraria fundado en la Colonia y reproducido en la República (Mariátegui, 1977, 35-44).

Eduardo Grüner, para quien las teorías poscoloniales son fundamentales para la reconstrucción de la teoría crítica que el marxismo tradicional ya no puede realizar debido a su abandono de la perspectiva cultural. No obstante, la riqueza de su aporte radica en su capacidad de advertir la trampa que puede generar la tendencia de «*culturizar el colonialismo*» haciendo de él un concepto abstracto y metafísico que le quita su carácter político. Así su

propuesta sostiene la necesidad de contar con una teoría general de la historia y una perspectiva particular desde donde elaborarla, con herramientas analíticas adecuadas para un análisis concreto de las etapas, períodos y movimientos de esa historia, en función de sus coordenadas, sociales económicas, y políticas (Castro Gómez, 2005a, 38-42).

5. LA HYBRIS DEL PUNTO CERO, EL APORTE DE SANTIAGO CASTRO

El autor se ubica dentro de los estudios poscoloniales, los cuales a su vez acuden al posmodernismo y al posestructuralismo, corrientes de pensamiento que, tanto en la versión anglosajona como en la latinoamericana, han encontrado fuertes detractores, en ambos casos especialmente desde el marxismo, aunque las críticas latinoamericanas en su mayoría se limitan a constituirse en el eco de las críticas anglosajonas.

Castro Gómez afirma que en la vertiente anglosajona algunos de los principales críticos del posestructuralismo han sido Alex Callinicos junto a Aijaz Ahmad y a Arif Dirlik. En el caso latinoamericano, pero en una perspectiva crítica no marxista se encuentra Carlos Reynoso, Nelly Richard, y, en una perspectiva marxista, Eduardo Grüner, haciendo la salvedad que este autor es el primero en sustentar la posibilidad de combinar las dos corrientes teóricas.

La Hybris del Punto Cero constituye un intento por develar la manera en que fue leída y enunciada la ilustración europea en las colonias españolas para lo cual comienza examinando la manera en que América se convierte en un objeto de conocimiento central para pensadores europeos de la Ilustración y del Iluminismo como Locke, Hume, Kant, Rousseau, Turgot y Condorcet.

En ese sentido, Castro-Gómez muestra la forma en que los filósofos europeos del siglo XVIII «tradujeron» la información a su alcance proveniente de los cronistas y demás viajeros a América del siglo XVI, quienes informaban acerca de las condiciones de sus habitantes nativos; lo que constituyó una lectura de América desde la hegemonía política y cultural de Europa, especialmente de Francia, Holanda, Inglaterra y Prusia (Castro Gómez, 2005b, 15).

Con ese propósito, *La Hybris del Punto Cero* supera el problema elemental acerca de si los intelectuales neogranadinos leyeron bien o mal a Rousseau, Locke o los demás pensadores europeos; no se trata - advierte su autor- simplemente de un problema de mala o buena recepción de la Ilustración como fenómeno intraeuropeo o como un texto original que es copiado por otros. Más allá de eso, la pregunta central de Castro-Gómez es por el lugar de la ilustración neogranadina como nueva ciencia cuyos discursos son re-localizados y

adquieren sentido en la Nueva Granada de mediados del siglo XVIII. Es decir, la pregunta es por las características del *locus enuntiationis* desde el cual se lee, traduce y enuncia la Ilustración en Colombia. Una de sus premisas se sustenta en los conceptos acuñados por Pierre Bourdieu de *habitus* y capital cultural. Para Castro-Gómez, el *habitus* de los neogranadinos está directamente relacionado con el discurso de limpieza de sangre, que para los criollos constituía su capital cultural más relevante en tanto les permitía distinguirse -en una forma de distanciamiento étnico- de indios y negros, asumiendo un punto aparentemente neutral desde el cual tomarlos a ellos como su objeto de conocimiento. Pero en realidad ocurrió -según Castro Gómez- un fenómeno diferente, pues la Ilustración en el país sería algo más que una simple transposición de textos originales y de significados nuevos; se trataría más bien de una estrategia de los criollos ilustrados para asumir un posicionamiento social privilegiado frente a los grupos subalternos (Castro-Gómez, 2005b, 15-16).

En este sentido, Castro Gómez afirma que el conocimiento y las formas de construirlo adoptadas por las clases ilustradas de América, siguen de cerca la transformación epistémica adelantada en Europa unos años antes, en la cual se afirmaba que el científico social debía distanciarse del objeto de conocimiento con el fin de evitar las

contaminaciones pre-científicas o metafísicas, y entregarse únicamente a la experiencia y la observación que rigen la obtención de los datos empíricos. Esto era, con apoyo en Hume, la construcción de una ciencia descriptiva que observará al hombre tal cual es y no como debía ser, prescindiendo de consideraciones morales o religiosas. A través de la observación, y cuando el sujeto ya había observado lo necesario para comprender la naturaleza, el paso siguiente lo constituía la formulación de leyes universales, fijas y eternas -al modo de leyes físicas- a las cuales se encontraban sometidos hombres y sociedades.

Es en este punto donde el concepto de *La Hybris del Punto Cero* adquiere toda su relevancia. Si el científico social, como en su momento lo hizo el sujeto que conoce en las ciencias naturales, lograba hacer tábula rasa con todo el conocimiento anterior, y rompía la familiaridad que tenía con su objeto de conocimiento para formular leyes fijas, podía alcanzar la certeza deshaciéndose de las opiniones ancladas en el sentido común. Ese punto cero ubicaba al científico en un lugar desde el cual podía nombrar todo por vez primera, haciéndose único titular de la experiencia legítima del conocimiento y, por tanto, descartando cualquier otra forma de éste que no compartiera su punto de partida (Castro-Gómez, 2005b, 21-27).

Este lugar de privilegio que le otorgaba el poder avalar una forma de conocimiento y descartar otras, no sólo le permitiría marcar el punto cero de un conocimiento epistemológico absoluto, sino, además, el poder designar lo que era válido económica y socialmente para todo el mundo de acuerdo con unas leyes naturales superiores al hombre que regirían todo comportamiento. Afirma Castro-Gómez que a esto se le puede denominar el plano de la trascendencia, cuyo objetivo era el de establecer mediaciones racionales para todas las dimensiones de la actividad humana y social. De esta idea de Hume se valdría Adam Smith -uno de sus más importantes alumnos- quien planteaba que las actividades económicas del hombre en sociedad constituía un lugar privilegiado para observar imparcialmente el modo en que operan las leyes de la naturaleza humana. Al respecto, la primera ley que Smith recoge de Hume es aquella que señala el privilegio que dan los hombres a la satisfacción de los intereses cercanos por encima de los remotos, esto es, una especie de comportamiento lógico y racional del hombre en el cual se da privilegio al interés personal por encima del general. De allí, Smith lograría establecer su ley universal en la economía política, según la cual la división del trabajo y la propensión al lucro mediante el comercio y el intercambio de bienes, resultan manifestaciones de un comportamiento natural de todos los seres humanos, independientes de las conciencias

individuales o de las culturas a las cuales estos pertenecen (Castro Gómez, 2005b, 25-30).

De esa forma, la división social del trabajo propia del sistema capitalista que Smith conocía en los países desarrollados se constituiría en la tendencia natural de todos los países, por lo cual, las leyes y el Estado mismo, sólo debían garantizar la plena libertad que potenciara las actitudes egoístas en pos del enriquecimiento individual (satisfacer lo cercano en Hume). En este punto Smith afirmar que el libre albedrío de todos los individuos redundaría en beneficio colectivo, en tanto se realizaba bajo el mecanismo natural de leyes internas y supraindividuales: la *mano invisible* del mercado mundial. Castro Gómez muestra como -tanto Smith como Hume- parten de un supuesto que parece irrefutable: «*La naturaleza humana es un ámbito de fundación trascendental que vale para todos los pueblos de la tierra y funciona con independencia de cualquier variable cultural o subjetiva*» (Castro Gómez, 2005b, 28-32).

Esta forma de conocimiento racional empírico generaba un problema metodológico que -paradójicamente- será convertido en un argumento de

ventaja a favor de las sociedades europeas: como quiera que la forma de conocimiento cartesiana sólo posibilitaba la observación científica de las sociedades que vivían en el presente, en principio impedía conocer el pasado en tanto no existía forma material de observarlo empíricamente; ante este dilema metodológico la ciencia de la época construye la hipótesis según la cual algunas sociedades permanecen estancadas en su evolución histórica, es decir, no han llegado a desarrollar la forma racional mediante la cual la naturaleza humana construye sus leyes internas y supraindividuales, representado así el pasado vivo de las sociedades evolucionadas como aquellas habitadas entonces por los científicos sociales (Castro Gómez, 2005b, 31-37).

De allí llegaron a afirmar que, en la medida que la naturaleza humana era una sola, se podía seguir un mismo patrón evolutivo de tiempo que permitiera a esas sociedades atrasadas alcanzar la evolución de las europeas. Al respecto, la influencia de Locke en el *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, sería trascendental, este pensador expuso la manera en que los pueblos de América se encontraban en condición de atraso, pese a las abundantes riquezas de recursos

⁹ «No puede haber demostración más clara de esto que digo que lo que vemos en varias naciones de América, las cuales son ricas en tierra y pobres en lo que se refiere a todas las comodidades de la vida; Naciones a las que la naturaleza ha otorgado, tan generosamente como a otros pueblos, todos los materiales necesarios para la abundancia: suelo fértil, apto para producir en grandes cantidades todo lo que pueda servir de alimento, vestido y bienestar; y sin embargo, por falta de mejorar esas tierras mediante el trabajo, esas naciones ni siquiera disfrutaban de una centésima parte de las comodidades que nosotros disfrutamos. Y hasta un rey en esos vastos territorios se alimenta, se aloja y se viste peor que un jornalero de Inglaterra.» (Locke, 2000, 67-68)

naturales con las que contaban⁹. Este atraso era consecuencia de dos factores: la ausencia de pensamiento racional (predominio de saberes inferiores, metafísicos, pre-científicos o simplemente irracionales), les impedía desarrollar un mercado generador de riquezas; y, segundo, la incapacidad de comprender la necesidad de trabajar más allá de lo necesario para sobrevivir, es decir, trabajar para generar la acumulación que se traduce en riqueza, signo inequívoco de la evolución y el mayor grado de desarrollo adquirido por las sociedades europeas. Esto es lo que Locke consideraba como la relación de no simultaneidad entre las sociedades americanas y europeas, en el que éstas han desarrollado un modo de subsistencia basado en la división especializada del trabajo y el mercado capitalista, mientras que las primeras representan la economía perteneciente al «*pasado de la humanidad*». Así, capitalismo y nueva ciencia se constituyen en los factores de medición del desarrollo de todas las sociedades, factores que a su vez son tomados en escala evolutiva, lineal y progresiva, donde los inferiores representan la mentalidad primitiva y la economía de subsistencia en tanto que los más altos el pensamiento abstracto y la economía capitalista de mercado (Castro Gómez, 2005b, 31-37).

Estos elementos evidencian lo que se ocultaba al interior imperceptible de los pliegues del pensamiento de intelectuales como Smith. Si

efectivamente América era de alguna forma el pasado de Europa, y en general, Asia, África y América eran el otro de Europa, ¿qué interés real podía haber de parte del mundo occidental europeo por generar el desarrollo en aquellas tierras, especialmente si se tiene en cuenta que para Smith las leyes naturales -y no los hombres y sus leyes- serían las únicas que podrían determinar tal acontecimiento? Esta pregunta puede ser contestada si se tiene en cuenta que América ocupa un lugar específico en la teoría del mercado global de Smith, al que Wallerstein denominará el moderno sistema mundo. En este punto, con apoyo en Wallerstein, Castro-Gómez muestra cómo ese sistema mundo que se constituye a partir de la colonización de América y la consecuente construcción de redes de intercambio y rutas comerciales por el Atlántico, asigna un papel subalterno a América y sus pobladores. Ese lugar signado por categorías como «*atraso*» y «*pobreza*» - aducidas por pensadores como Locke- constituyeron una realidad que determinó la posición de América en el moderno, colonial y capitalista sistema mundo, el lugar de productor periférico de materias primas y mano de obra barata para el desarrollo industrial de las potencias del centro.

Luego América sí tiene un lugar en el capitalismo, lo que sucede es que no es el mismo lugar que los países industrializados. Pero aún era necesario hacerles creer a los habitantes de

América la validez absoluta de la teoría concebida en Europa, y es allí donde ciencia y poder se unen, pues el mecanismo para convencer a los pobladores de América sería precisamente el del método racional científico de la modernidad europea. La capacidad de convencer al americano se encuentra directamente relacionada con la creación de subjetividades, es decir, con la posibilidad de crear un sujeto específico dispuesto a admitir la validez de las tesis racionalistas surgidas en Europa.

En este punto, y a falta de un sustituto más «científico», surge la diferencia de razas como el elemento distintivo por el cual se explica el grado de evolución mayor de las sociedades europeas frente al atraso de las colonias americanas y sus gentes. Éste no era el único criterio, pues mientras pensadores como Rousseau consideraban que los cambios abruptos en las condiciones medioambientales eran la causa del surgimiento del pensamiento científico y la economía en Europa antes que en otros continentes, Montesquieu pensaba sobre la influencia del clima y la geografía sobre las facultades humanas.

Sin embargo, Castro Gómez anota que será la superioridad natural de la raza blanca el argumento esgrimido por influyentes pensadores alemanes como Blumenbach y Kant (Castro Gómez, 2005b, 37). De acuerdo a lo anterior, Kant también se destacó por sus obras

de antropología moral y geografía física que hacían parte de la entonces denominada «*historia natural*». Para Kant, el hombre era un objeto de estudio en tanto hacía parte del reino de la naturaleza, pese a que había algo en él que lo exceptuaba del determinismo de las leyes naturales y por tanto de la «*historia natural*». Era esa «*naturaleza moral*» del hombre lo que justificaba la adopción de un método diferente de estudio, uno que incluyera dos sub-disciplinas: la geografía física, que se ocuparía de estudiar la naturaleza corporal del hombre de acuerdo con sus determinaciones externas, tales como el medio ambiente, la fisonomía y la raza. Así como una antropología pragmática encargada de estudiar la naturaleza moral del hombre desde el aspecto de su propia capacidad para superar el determinismo de la naturaleza física y elevarse al plano de la libertad. Así, Kant tomaba distancia de pensadores como Hume, pues consideraba que la naturaleza moral del hombre contenía un estatuto superior a las demás ciencias, por lo que la antropología moral encargada de estudiarla contenía un estatuto epistemológico igualmente superior a la simple experiencia o el empirismo, concentrándose en aquello que es inmanente «*que puede ser observado siempre del mismo modo: el «punto cero» de la moral.*» (Castro Gómez, 2005b, 38-39).

Esto no quiere decir que Kant no compartiera la idea según la cual la ciencia opera de acuerdo con máximas y principios definidos racionalmente cuya validez es independiente de la posición que asuma el observador, pero esta forma de conocer era aplicable exclusivamente a la geografía física; sin embargo, entre esta última y la antropología moral sí existe una diferencia metodológica dado que cada una de ellas aborda aspectos cualitativamente distintos de la experiencia humana. Así, resulta válido el estatuto de científicidad de la geografía física que utiliza una taxonomía clasificatoria de los seres vivos mediante la cual se describe objetivamente al mundo natural en categorías abstractas con el fin de determinar semejanzas formales entre ellos (Castro Gómez, 2005b, 40-41).

Castro- Gómez utiliza el ejemplo del concepto de raza para mostrar la validez que Kant daba al estatuto de científicidad de la geografía física, ya que la raza no sería una inmanente de la humanidad sino una categoría histórica que es el fruto de una operación formal del entendimiento como observación realizada desde el punto cero. La raza, en opinión de Kant, presta la utilidad científica de permitir establecer diferencias entre grupos que pertenecen a una misma especie, pero con características hereditarias diferentes. Es decir, Kant sostiene que, en principio, todos los hombres pertenecen a una misma especie pero

pueden pertenecer a razas diferentes, en tanto cada uno posee características fenotípicas distintas, para su deducción cuatro razas diversas: la blanca, la amarilla, la negra y la roja, respectivas a Europa, Asia, África o América; éstas no sólo corresponden a diferencias marcadas por la geografía física sino por el carácter moral de los pueblos, de ello Kant deduce que los negros, amarillos y rojos son razas moralmente inmaduras dada su incapacidad para realizar el ideal verdaderamente humano de superar el determinismo de la naturaleza, para colocarse bajo el imperio de la ley moral. Por lo que sólo la raza blanca es capaz de llevar a cabo el ideal moral de la humanidad (Castro Gómez, 2005b, 40-41).

La traducción hecha por Castro-Gómez de *Physische Geographie* de Kant es bastante sugestiva: «*La humanidad existe en su mayor perfección (Vollkommenheit) en la raza blanca. Los hindúes amarillos poseen una menor cantidad de talento. Los negros son inferiores y en el fondo se encuentran una parte de los pueblos americanos*» (Kant en Castro Gómez, 2005b, 41). Pero Castro Gómez señala además como este presupuesto metodológico implicaba la necesidad de un punto cero en la ciencia, lo que garantizaba la «*ruptura epistemológica*» del observador con toda concepción religiosa o metafísica del mundo.

Castro Gómez considera que la posición kantiana de observar a la raza roja como

el lugar de observación donde se encuentra el estado más primitivo del desarrollo moral, se funda en el discurso colonial de las ciencias humanas que se construye entre Europa y sus colonias, aspecto que a juicio del autor representa un punto ciego en Foucault y que puede ser completado a través de la categoría latinoamericana de colonialidad del poder (Castro Gómez, 2005b, 42-45).

Al respecto, principia el autor por establecer, con apoyo en el trabajo de Edward Said, el concepto de colonialismo moderno, el cual se caracteriza por presentar un elemento ideológico o representacional que junto al conocido sometimiento físico garantizan el dominio imperial. Ese elemento representacional es definido como la construcción del discurso acerca del otro y la incorporación de ese discurso en las prácticas de dominados y dominadores. Esta relación afecta directamente el campo de la cultura, generando la colonialidad, que es definida como la dimensión cognitiva del poder y que complementa el colonialismo, definido como la dominación económica y militar; sin la fusión de ambas la construcción de subjetividades propias de oriente frente a occidente no serían posibles. Sin embargo, debe anotarse que no se trata solamente de un asunto de *habitus* o de «conciencia» sino de formas de vida y pensamiento atadas a estructuras objetivas tales como las leyes, los modelos de educación, el consumo, las

instituciones, entre otras, como las ciencias humanas. Este aspecto de las ciencias merece una especial atención ya que filología, arqueología, antropología, etnología, geografía, historia y muchas otras, contribuyen a reforzar la idea convalidada en Hegel de Asia como el pasado de la civilización grecolatina que es el referente cultural más próximo de la Europa moderna como el fin último de la civilización, su punto más alto y por ende superior a todo lo anterior. De acuerdo con este esquema, todo lo anterior es tan solo preparación de la racionalidad científico técnica de la modernidad, no coetánea a esta y solo interesante en la medida que es exótica, mágica y premoderna (Castro Gómez, 2005b, 42-45).

Si bien Castro-Gómez advierte que esta relación entre saber y poder ya había sido anunciada por Foucault, resulta superior, en tanto el filósofo posestructuralista no se ocupó del ámbito macro de esta relación como aquello que con Said se puede denominar como las geopolíticas del conocimiento. En este punto Said afirma que la colonialidad es un elemento constitutivo de la modernidad, que se representa a sí misma como real basada en la división geopolítica de centros y periferias, donde el centro produce el conocimiento válido caracterizado por la disciplina, la creatividad y el pensamiento abstracto, condiciones que se encuentran ausentes en el resto del mundo (pre-racional, mítico, acientífico

e imitativo). Esta idea es reforzada por las ciencias humanas a partir de los siglos XVIII y XIX que niegan el poder explicativo de las «*otras voces*» acompañando al proceso de expropiación económica y territorial un proceso de expropiación epistémico (Castro Gómez, 2005b, 46-47).

6. CONCLUSIONES

En las líneas precedentes nos hemos preguntado acerca de la existencia de una teoría crítica en el derecho, cuestionamiento que en definitiva no puede tener una respuesta unívoca y definitiva. Más bien, podemos afirmar a esta altura, que la sociología y la teoría del derecho se han convertido en buenas experiencias de aproximación crítica a todo lo que el derecho comprende: como mecanismo de producción normativa, su práctica, su forma de enseñanza, etc.

En este aspecto, los aportes de Mauricio García y César Rodríguez acerca de los elementos que una teoría crítica en el derecho debería presentar, lucen esclarecedores e incluso necesarios, pero no suficientes. Y no lo son en tanto una teoría con semejante propósito debería también ser capaz de cuestionar los paradigmas existentes y la centralidad, en cuanto a la producción intelectual que éstos representan, lo que puede lograrse a través de una mirada cultural que, además de cuestionar los fundamentos

de las formas jurídicas, se pregunte por el lugar de enunciación del discurso jurídico, la posición que ocupan sus emisores, las condiciones de su recepción, el contexto social y económico en el que es recibido, las condiciones históricas concretas de los sujetos involucrados, entre otras preguntas que, probablemente, los estudios culturales ayuden a responder.

A lo largo de este artículo hemos reflexionado acerca de la capacidad de las teorías críticas de constituirse en un generador de prácticas e ideas emancipadoras, y hemos constatado -aunque de manera preliminar- que autores como Fitzpatrick, Rajagopal y Benavides, desconfían con buenas razones de la capacidad emancipadora del derecho. No quiere decir lo anterior que los tres autores nieguen de manera definitiva la posibilidad emancipadora que ciertas prácticas jurídicas pueden tener. Por el contrario, lo que estos autores reconocen, especialmente los dos últimos, es que en tanto las prácticas jurídicas sean re/apropiadas directamente por los movimientos sociales pueden constituirse en herramientas de reivindicación poderosas para los mismos.

Pero la distancia que estos autores marcan -y que es relevante para los efectos de este artículo- es que las teorías críticas deberían aportar elementos novedosos en la búsqueda del objetivo emancipador. Fitzpatrick se

fundamenta en elementos antropológicos que refuerzan «científicamente» la validez indiscutible de la teoría del derecho en Hart, la cual esconde los prejuicios raciales de sus fuentes. Rajagopal, muestra cómo el poder de representación de los países más ricos logran ser cooptados los avances de los movimientos sociales al integrarlos en la lógica normativa del derecho internacional de los DD HH, lo que él denomina como la lógica de producción de arriba hacia abajo; finalmente propone que los DD HH debieran mantener una perspectiva diferencial -que reconociera la diversidad cultural- y flexibilizar su noción de universalidad. Por su parte, Benavides evidencia la forma en que el discurso jurídico se convierte en un espacio de poder y de constitución de identidades subalternas para dominar; simultáneamente, objeta los estudios críticos tradicionales por mantener la visión ahistórica y eurocéntrica sobre función de los Estados en el sistema-mundo, invisibilizando el carácter colonial y capitalista del derecho moderno.

Los tres autores recurren a la perspectiva cultural, lo que marca una diferencia fundamental en su crítica, enriqueciendo así el banco de cuestionamientos que pueden ser formulados a propósito de las prácticas, la enseñanza, los participantes, y al discurso jurídico en general. Apelando a recursos tan variados como la crítica literaria, la etnografía institucional, el

análisis histórico, el análisis del discurso; y a visiones tan extrañas a los análisis jurídicos tradicionales, estos autores buscan deconstruir los paradigmas sobre los que se basan incluso las teorías críticas en el derecho y proponer nuevos caminos comprometidos teórica y políticamente con la emancipación por la vía del derecho. Para una valoración más integral de las propuestas de estos autores, este artículo intentó describir los dos conjuntos de elementos que nutren sus teorías. En primer lugar, aquello que es objeto de sus críticas, y en segundo, los elementos teóricos fundamentales de la teoría poscolonial.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

1. _____ *Posmodernidad y transmodernidad. Diálogos con la filosofía de Gianni Vattimo* (1999). México: Universidad Iberoamericana Puebla. 1a edición.
2. _____ y Rodríguez, César (1993). *Derecho y sociedad en América Latina: propuesta para la consolidación de los estudios jurídicos críticos*. En: *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*. Bogotá.
3. Ahmad Aijaz (1993). *In theory. Classes, nations, literatures*. Londres: Verso.

4. Benavides, Farid. *La subalternización a través del discurso jurídico: una visión desde una perspectiva decolonial*. En prensa.
5. Bourdieu, Pierre (2000). *Elementos para una sociología del campo jurídico*. En: La fuerza del derecho. Pierre Bourdieu y Günther Teubner, estudio preliminar y traducción Carlos Morales de Setién Ravina. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, UNIANDES, Instituto Pensar.
6. Callinicos Alex (1992). *Against postmodernism. A Marxist critique*. Cambridge: Polity Press.
7. Cárdenas, Miguel Eduardo (2004). *Justicia Pensional y Neoliberalismo. Un estudio de caso sobre la relación derecho y economía*. Bogotá: ILSA.
8. Castro-Gómez, Santiago (2005^a). *La poscolonialidad explicada a los niños*. Popayán: Universidad del Cauca/Instituto Pensar. 1^a edición.
9. Castro-Gómez, Santiago (2005b). *La Hybris del Punto Cero*. Bogotá: Instituto Pensar.
10. Dirlík Arif (1997). *The poscolonial aura. Third World criticism in the age of global capitalism*. Westview Press, Boulder.
11. Dussel, Enrique. *Europa, modernidad y eurocentrismo* (2003). En: *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales*. Edgardo Lander compilador. Buenos Aires: CLACSO, UNESCO, 1^a edición.
12. Escobar, Arturo (1998). *La invención del tercer mundo. Construcción y Deconstrucción del Desarrollo*. Bogotá: Grupo Editorial Norma. 1^a edición.
13. Estermann, Josef (1998). *Filosofía andina. Estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*. Quito: Ediciones Abya-Yala.
14. Fitzpatrick, Peter (1998). *La mitología del derecho moderno*. México: Siglo veintiuno editores. 1^a edición.
15. Foucault Michael (1991). *La gubernamentalidad*. En Varela Julia y Álvarez-Uría Fernando (com), *Espacios de poder*, Madrid: La Piqueta.
16. Foucault, Michel (1988). *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión*. Madrid: Siglo XXI Editores.
17. García Villegas, Mauricio (1993). *La eficacia simbólica del derecho. Examen de situaciones colombianas*. Bogotá: Ediciones UNIANDES.
18. Grüner Eduardo (2002). *El fin de las pequeñas historias. De los estudios culturales al retorno (imposible) de lo trágico*. Barcelona: Paidós.
19. Hart, Hla (1963). *El concepto de derecho*. Abeledo Perrot, traducción de Genaro Carrió, Buenos Aires.

20. Kelsen, Hans (2003). *Teoría pura del derecho*. México: Editorial Porrúa, 13^a Edición.
21. Locke, John (1990). *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil*. Madrid: Alianza Editorial S.A.
22. Mariátegui, José Carlos (1977). *7 ensayos de interpretación de la realidad peruana*. Lima: Empresa Editorial Amauta.
23. Mignolo, Walter (2003). *La colonialidad a lo largo y a lo ancho: el hemisferio occidental en el horizonte colonial de la modernidad*. En: *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*. Edgardo Lander compilador. Buenos Aires: CLACSO, UNESCO, 1^a edición.
24. Peñalver, Patricio (2002). *Deconstrucción: premisas metódicas y efectos políticos*. En: *Nuevos métodos en ciencias humanas*, Coordinador Ángel Prior Olmos. Barcelona: Anthropos, 1^a edición.
25. Quijano, Aníbal (2003). *Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina*. En: *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales*. Edgardo Lander compilador. Buenos Aires: CLACSO, UNESCO, 1^a edición.
26. Rajagopal, Balakrishnan (2005). *El derecho internacional desde abajo. El desarrollo, los movimientos sociales y la resistencia del tercer mundo*. Bogotá: ILSA.
27. Reynoso Carlos Apogeo y decadencia de los estudios culturales. Gedisa, Barcelona 2000,
28. Richard, Nelly (1998). *Intersectando Latinoamérica con el latinoamericanismo: discurso académico y crítica cultural*. En: «Teorías sin disciplina. Latinoamericanismo, poscolonialidad y globalización en debate». Castro-Gómez, Santiago y Mendieta, Eduardo. Editorial Porrúa.
29. SAID, Edward. *Cultura e imperialismo*. Editorial Anagrama, Segunda edición Barcelona, 2001.
30. SAID, Edward. *Orientalismo*. Random House Mondadori S.A. Tercera edición, Barcelona, 2004.

