

# El Mito en la Retórica del Derecho y la Antropología. Confinamiento y Posibilidades Subversivas de un Liberto Condenado

José Luis Grosso<sup>1</sup>  
Oscar Andrés López Cortés<sup>2</sup>

**Resumen:** El mito ha sido considerado un anacronismo superado por la racionalidad del derecho moderno. Sin embargo, críticas radicales al interior de la teoría jurídica señalan que el derecho moderno no abandona el fundamento mítico, solo lo encubre en un giro retórico plagado de prejuicios coloniales. Este artículo pretende mostrar la manera como la crítica al derecho moderno puede ser percibida en un contexto colonial como el de una nación sur americana mediante la revaloración de lo mítico.

**Abstract:** The myth has been considered an anachronism braked by modern law rationality. Nevertheless, radical critics inside of legal theory suggest that modern law doesn't leave behind the mythical fundament it just masks in a rhetoric turn full of colonial prejudices. This paper aims to show the way as the critic to modern law could be perceived in a colonial context as South American nation through revaluation of the myth.

**Palabras-clave:** Mito. Derecho. Colonialismo.

**Keywords:** Myth. Law. Colonialism.

---

<sup>1</sup> Filósofo, con maestría en Filosofía Andina de la Universidad del Valle (Colombia), Doctorado en Antropología de la Fundação Universidade De Brasília entre 1994 a 1999 y Postdoctorado Organización Naciones Unidas Educación Ciencia y Cultura de 2002 – 2003. E-mail: jolugros@gmail.com.

<sup>2</sup> Abogado, especialista en Derecho del Trabajo y Magister en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Actualmente estudiante del Doctorado en Antropología de la Universidad del Cauca. Profesor Universidad del Cauca. E-mail: andreslopezc@yahoo.com.

Recibido em: 24/04/2011.

Revisado em: 05/05/2011.

Aprovado em: 12/05/2011.

## **Introducción**

La idea del derecho como un sistema de normas cohesionado y coherente – o por lo menos con la pretensión de serlo – ha sido presentada como una de las mayores conquistas de la civilización moderna occidental, como el mecanismo regulador por excelencia de los conflictos sociales. La teoría del derecho ha hecho grandes esfuerzos argumentativos por convencer al mundo de que, pese a las fisuras, incoherencias, anfibologías, ambigüedades, lagunas y demás problemas propios de cualquier sistema de lenguaje, el jurídico tiene la pretensión de corrección que hará del campo del derecho un todo unificado y altamente racionalizado capaz de traer la paz social, la justicia y la equidad.

En este sistema jurídico moderno occidental no hay lugar para el mito, una patología para la retórica del derecho. Pero ¿por qué expulsar al mito del sistema jurídico moderno? Quizás obedezca – como argumenta un crítico del derecho moderno, Peter Fitzpatrick – a la necesidad que tiene el sistema de ocultar su carácter mítico. Pero es precisamente allí donde deberíamos hacer un alto, en la concepción que de lo “mítico” presentan tanto la teoría jurídica moderna como sus detractores. Para ello reconstruiremos los planteamientos centrales de Fitzpatrick, en seguida, revisaremos la manera en que los discursos antropológico y jurídico a los cuales acude el autor han contemplado de diversa manera al mito, donde propondremos una lectura crítica de Fitzpatrick. Por último, presentaremos una alternativa acerca de la relación entre mito y justicia.

Esta propuesta tiene por finalidad explorar las posibilidades de una mirada crítica del derecho que parta de algunos elementos de la antropología, en el contexto de un trabajo más amplio que me permita cuestionar la forma en que el discurso jurídico expulsa aquellas concepciones de mundo que no se corresponden con el canon de representación por él construido.

## **1 Una Crítica Al “Mito” En La Teoría Jurídica. Una Excusa Para Debatir.**

Dentro de lo que podríamos llamar teorías críticas del derecho, ha surgido la obra de Peter Fitzpatrick, quien acudiendo a elementos de teoría poscolonial somete a fuego cruzado una de las obras más importantes en la teoría del derecho del siglo XX: “El concepto de derecho” de H.L.A. Hart. La crítica de Fitzpatrick se basa en lo que él denomina el rasgo mítico que caracteriza a la teoría del derecho moderno, el cual es creado en la distinción ilustrada entre la razón y la emoción, en donde la realidad se convierte en la manifestación de un proceso de descubrimiento y realización ajena a cualquier orden mítico. Así, 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 allí donde reina lo irrazonable, o simplemente donde la realidad se explica como la manifestación de un poder mítico. (FITZPATRICK, 1998, p. 47)

Para Fitzpatrick, esta negación del mito premoderno que hace la ciencia es coherente con su postura positivista, aunque sólo tipifique una mitología renovada. ¿Pero qué posibilita la negación del mito? La respuesta la encuentra en el hecho de que la ciencia moderna permite conocer la realidad de todo aquello que rodea al hombre y construir el derecho positivo, elemento que reemplaza al mito, pero en ese proceso, oculta su carácter mítico y se convierte en el nuevo mito no develado de la modernidad. Veamos la forma en la que Fitzpatrick sostiene esta tesis.

El autor parte de la distinción entre el derecho como doctrina autónoma y el derecho como elemento dependiente de la sociedad, equivalente a la oposición entre teoría y sociología del derecho. La primera considera el universo de las normas como algo completo y unificado (enfoque predominante en la enseñanza del derecho respaldada por la filosofía analítica) gracias al mito elaborado sociológicamente a través de la tradición de las ciencias sociales de tipo positivistas basadas en la razón y la prueba empírica. En tal sentido, 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 de los jueces.

Para Fitzpatrick, Hart traiciona la filosofía del lenguaje expuesta en los primeros cuatro capítulos de “El Concepto de Derecho”, al afirmar que es el juez y no la sociedad quien posee la facultad de crear la regla de reconocimiento que confiere validez a todo el ordenamiento, lo que equivale al despojo de la perspectiva interna social por la individualidad. Según Fitzpatrick, en este arbitrario paso no pueden confluir más que elementos míticos, en tanto Hart ha abandonado la filosofía del lenguaje por una serie de esencialismos de una historia colonial contada en clave de occidente.

Para Hart la combinación de reglas de reconocimiento, cambio y adjudicación son el núcleo del sistema jurídico y constituyen el rasgo de un mundo jurídico evolucionado en tanto ha superado sus patologías. Fitzpatrick, encuentra en lo anterior la recreación de una escena mitológica compuesta de esencialismos que no puede ser considerada filosofía del lenguaje, acusándolo de incurrir en el mismo error que aquellos autores a los que critica<sup>3</sup>, esto es, de buscar lo que el derecho es antes que preguntarse por su uso y su contexto<sup>4</sup>.

Fitzpatrick explora un elemento poco estudiado de la obra de Hart: los fundamentos que se derivan de la antropología social del siglo XX. Así como Kelsen fue influenciado por la geografía moral de Kant, los prejuicios racistas de Locke acerca de las sociedades atrasadas están aun presentes en la obra de Hart, en particular cuando establece la diferencia entre sociedades jurídicas evolucionadas y sociedades primitivas como

---

<sup>3</sup> Aunque no lo establece con suficiente claridad, Fitzpatrick parece estar refiriéndose a las críticas propuestas por Hart a Austin.

<sup>4</sup> “El descubrimiento del derecho como el resultado civilizado de la escena primigenia proporciona la esencia. La historia misma que forma la esencia del derecho se sustituye a sí misma y anula cualquier influencia continua que pudiera tener. La esencia pura, mecánica, del derecho se queda al margen, solitaria y autónomamente, de las fuerzas que lo crearon y de cualquier contexto informativo. Si exploramos las fuentes de lo que busca Hart, si exploramos el conocimiento que le permite presentar este “paso desde el mundo prejurídico al mundo jurídico” (p. 244) podemos captar con más amplitud la elevación mítica de un derecho esencial.” (FITZPATRICK, 1998, p. 208)

aquellas que no han identificado aun su regla de reconocimiento. A partir de la crítica cultural, Fitzpatrick advierte en Hart una fuerte contradicción, pues su obra oscila entre reconocer que posiblemente jamás han existido sociedades sin reglas secundarias y afirmar que es a partir de éstas que han evolucionado los actuales sistemas jurídicos. Fitzpatrick advierte allí un sesgo evolucionista que coloca al derecho occidental a la vanguardia del desarrollo científico social de un mundo que se esfuerza por llevar el derecho a las sociedades primitivas ignorantes de este sistema de normas, narrativa que es comparada por el autor con el relato transicional construido en la antropología social, en el cual las sociedades parten de un estado primitivo hacia un estado en el que -sólo gracias al derecho- la organización pública u oficial emerge entre normas sociales difusas y generalizadas (FITZPATRICK, 1998, p. 208).

Fitzpatrick sostiene que otro elemento de la creación del derecho como mito en el positivismo de Hart proviene de la historia evolutiva del Siglo XIX. La crítica en este caso apunta a uno de los elementos centrales de la obra de Hart: la idea moderna de que todas las sociedades progresivamente pueden encontrar la ventaja de separar el derecho y la moralidad, como lo han hecho las sociedades desarrolladas, 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, al delegar esta función a los jueces y en general al aparato burocrático que reemplaza la voluntad social en la creación de las normas. (FITZPATRICK, 1998, p. 209)

Así, 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, junto con el hecho de que la obra de Hart se encuentra en búsqueda de una esencia singular del derecho procedente de un concepto evolucionado occidental en tanto realidad universal indiscutible, hacen de Hart el principal representante de lo que Fitzpatrick denomina el positivismo mítico.

Los fundamentos del positivismo de las ciencias sociales afloran en este punto, ya que para Hart la sociedad ordenada y controlada por el de-

recho 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; universalismo que lleva a la teoría del derecho a silenciar las sociedades primitivas al definir las como portadoras de sistemas jurídicos patológicos y compuestas por seres salvajes que aun no han establecido su regla de reconocimiento. 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, o sea, una regla de reconocimiento.

Finalmente, Fitzpatrick advierte cómo la teoría de Hart parte del imaginario europeo en el que las sociedades nativas son simples, pequeñas y autónomas, encontrándose determinadas por unos incipientes marcos legales que producen incertidumbre y estancamiento (FITZPATRICK, 1998, p. 217). En una crítica que sigue de cerca la tesis esbozada por Edward Said 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 juez como máxima expresión de la racionalidad burocrática, experto portador del saber que ordenará la sociedad. Esta expresión 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, p. 218)

Ahora bien: Fitzpatrick ha elaborado su crítica a partir de los elementos que los estudios culturales y la antropología de los últimos años han reconstruido a propósito del debate acerca del papel desempeñado por las ciencias sociales en el colonialismo. Valiéndose de argumentos que oscilan entre la crítica al orientalismo de Said y el desenmascaramiento del poder hecho por Foucault, Fitzpatrick ataca la teoría del derecho moderno en tanto mito renovado. Por su importancia en esta discusión, antes de establecer un diálogo directo con Fitzpatrick, veamos más de cerca el tratamiento dado al mito en el derecho y la antropología.

## **2 El Mito: Entre La Mistificación Y La Subalternización**

Hemos hablado insistentemente del mito como aquello que es eludido por una teoría científica del derecho. El mito es precisamente lo que propuestas como las de Hart encuentran condenable (en los que él denomina sistemas jurídicos patológicos) tanto como Fitzpatrick en la misma obra de Hart. Y esto es así precisamente porque la filosofía jurídica moderna occidental establece que el mito debe ser superado por el derecho racional en tanto guardián auténtico de la justicia.

Pero no hemos dicho nada aun acerca de qué es el mito, de qué es aquello tan temido y proscrito de la ciencia racional que organiza (o intenta organizar) las sociedades modernas. El derecho tampoco nos dice nada, sólo nos invita a creer que lo adecuado es condenar aquello en lo que no podemos creer, aun sin conocerlo, o precisamente por desconocido, el mito debe ser proscrito del derecho.

Otro escenario que puede ser ubicado en el mismo plano, pero en el extremo opuesto, tiene lugar en la antropología. El mito es mistificado, sacralizado, dignificado, en suma, es convertido en esencia en tanto portador del orden, erradicador del caos, el mito para la antropología ordena y construye el sentido. En este punto es necesario preguntarse por la manera en que el mito ha sido proscrito en el derecho y reivindicado en la antropología, no solamente con el fin de hacer un simple paralelo entre un procedimiento y el otro, sino para tratar de preguntarnos por la manera cómo han operado dos discursos a primera vista contradictorios, pero simultáneamente coloniales.

¿Cómo ocurre el proceso de sacralización reivindicativa del mito en la antropología? Un punto de partida puede ser el comentario de Edmund Leach sobre el origen de la antropología estructuralista francesa: en la mirada de Lévi-Strauss los mitos transmiten significado, experiencia. Igualmente, Leach afirma que cualquiera puede reconocer la cualidad mítica del mito en tanto éste funciona como una categoría natural, esto es, que a cierto nivel de abstracción, la estructura dialéctica de los mitos es la misma, o en otros términos, todos los mitos “constituyen un conjunto de variaciones sobre un tema común” (LEACH, 1967, p. 20)

Si como dice Leach, Lévi-Strauss realiza un análisis estructural del mito, admitiendo que éste puede tomar la forma de un lenguaje que transmite significado de una forma específica, cabe preguntarse ¿cuáles son las condiciones de producción de ese lenguaje?, ¿quién le otorga sentido?, ¿con qué finalidad y para qué destinatarios adquiere sentido? Estas preguntas posiblemente nos advierten de la presencia latente de una tercera mirada sobre el mito, quizás de la proximidad de una *torsión simbólica*<sup>5</sup>, la que permite lo abierto, la que no es condenatoria ni esencialista, pero sigamos con el estructuralismo.

Según Levi-Strauss el mito puede ser tomado como un elemento de creación, pero además, una especie de reconciliador de la razón (el yo) y la emoción (el otro): “Los mitos significan el espíritu que los elabora por medio del mundo del que forma parte él mismo. Así pueden simultáneamente ser engendrados los mitos mismos por el espíritu que los causa, y por los mitos una imagen del mundo inscrita ya en la arquitectura del espíritu” (LÉVI-STRAUSS apud LEACH, 1967). De lo cual Leach afirmó: “El mito forma el puente entre la experiencia emocional y el pensamiento intelectual” (LEACH, 1967, p. 17)

Continuando con Leach, podemos afirmar que Lévi-Strauss parece compartir la idea de Malinowski, según la cual, en un contexto cultural determinado, “un mito es un estatuto para la acción social”. Pero puede ser más. Cabe recordar que para Lévi-Strauss, algunos temas míticos son universales, o se aproximan a serlo, como por ejemplo la muerte, la prohibición / permisión del incesto, el origen de la humanidad... y por lo tanto pueden ser estudiados tanto interculturalmente como en sus propios

---

<sup>5</sup> “Ni las *ausencias* ni los *síntomas* ni los *mensajes* operan de manera directa, sino a través de la *torsión* como resultado de la presión a que está sometido el *sentido* en la formación hegemónica. Por eso la *malicia*, la *cimarronería*, la *ladinería* y la *viveza* son *violentaciones* locales y regionales que se retuercen en las relaciones de poder del barroco político *poscolonial*, corroyendo los cimientos del *lógos* (su fuerza de razón) con los rodeos y trampas de *semiopraxis oblicuas*, hechas *maneras y estilo*, *retorcimientos de cuerpos que empujan con sus sentidos fuera de toda oficialidad lógica*. No pueden decirse, contenerse en el decir, sino que *hacen sentido en el hacer*.” (GROSSO 2009, p. 13) (énfasis original)

contextos culturales, siendo estos temas universales “los únicos realmente interesantes desde un punto de vista intercultural” (LEACH, 1967, p. 19)

Para Lévi-Strauss el mito es relevante en tanto constituye una estructura<sup>6</sup> dotada de sentido por el sujeto que observa, en este caso por el etnógrafo, quien debe tener presente que para la comunidad el mito es una estructura de lenguaje que permite la comunicación intersubjetiva, pero solo es descifrable en términos interculturales cuando el etnógrafo la interpreta y la re-codifica para los observadores ajenos a ese lenguaje. Con Derrida deberíamos pensar que este elemento es ya un hecho de traducción y traición simultáneamente. Es la etnografía el vehículo por el cual se transgrede y se diluye cualquier otro sentido del mito quedando disueltas aquellas dimensiones del mismo que no pueden ser contenidas en la representación, entendidas en sentido racional o simplemente traducidas.

Así, pareciera que el mito sólo existe cuando ha sido objeto de la textualización científica de la antropología, únicamente a partir de allí adquiere sentido como una forma de cohesión a través del lenguaje, como una estructura. Esta forma del mito ha sido construida por mucho tiempo en la antropología, siendo en algunas ocasiones sacralizada como fuente misma de derechos y restricciones del Otro previa asignación de sentido hecha mediante la observación científica realizada por el yo.

Un proceso distinto y semejante a la vez ocurre en el derecho. Distinto en tanto proscribire, semejante en tanto parte del esencialismo indiscutible pero opuesto de la superioridad de la razón y su comunicabilidad con la emoción, de la historia y del logos que sustentan el derecho. Semejante en tanto se arroga como ciencia la facultad negación y en tanto cargada de esencialismo etnocéntrico.

¿Cómo opera el discurso del derecho que proscribire al mito del orden lógico y racional? El derecho opera mediante una combinación de

---

<sup>6</sup> Es de recordar que para Lévi-Strauss la estructura es el contenido mismo, aprehendido en una organización lógica concebida como propiedad de lo real (LÉVI-STRAUSS, 2008, p. 113)

logocentrismo<sup>7</sup> e historicismo<sup>8</sup> que dan como resultado una razón universal. Una historia autocontenida, evolutiva, lineal y de pretensión universal que inicia en la sociedad del antiguo mundo grecolatino y que da a luz el derecho romano, fuente en mayor o menor medida de todos los sistemas jurídicos occidentales de la modernidad, desde el derecho anglosajón del common law hasta el derecho positivo continental, aparecen como deudores del derecho romano<sup>9</sup>. Así, queda demarcado un origen común y compartido, pero a la vez oponible a todos los demás pueblos del mundo, esto es, un conocimiento universal y universalizable.

Si miramos de cerca este relato universalista solamente encontraremos el peso del poder del relato en sí mismo. Una suerte de lo que Trouillot denominaría el modelo de almacenamiento de la memoria-historia. Es precisamente el peso que encarna la combinación entre la relación de

---

<sup>7</sup> Logocentrismo puede ser definido de múltiples maneras. Por la forma cercana a lo que quiero plantear y porque ofrece un argumento convincente, recurro a la voz de Arturo Escobar: “El logocentrismo puede definirse como el proyecto de construir un mundo perfectamente ordenado, racional y predecible. De una forma más técnica, el logocentrismo es esa tendencia metafísica que identifica la verdad lógica como el fundamento de toda teoría racional del mundo, el cual es constituido por objetos y seres cognoscibles y ordenables.” (ESCOBAR, 2005, p. 146)

<sup>8</sup> La idea de *historicismo* sugerida por diversos autores y probablemente derivada de Nietzsche (2007), cuestiona la forma en que la disciplina histórica busca la construcción de “verdades” sobre el pasado. La idea es retomada por Foucault (2007) en el método genealógico. Usaré la idea de *historicismo* propuesta por Nandy (1995), para quien la historia como disciplina ha contenido otras historias, catalogándolas como relatos pre-científicos. Las sociedades que la narrativa histórica ubica afuera, en ocasiones aceptan tácitamente su lugar en ese relato como estrategia para negociar con lo moderno, hablando de ella con todo tipo de actores (etnógrafos, activistas de derechos humanos, delegados diplomáticos, turistas, etc) pero quizás reservan su propia versión de la historia para uso privado o como fuente creativa en el arte. Nandy ubica el posible origen de este historicismo en lo que pudo haber sucedido en el Siglo XIX y que motivó un cambio fundamental en la manera de comprender la conciencia histórica, pues a pesar de que ésta convivió con otras formas de construir y experimentar el pasado, en un momento se convirtió en elemento exclusivo del relato ilustrado.

<sup>9</sup> Dussel (2007) plantea una interesante crítica a este relato originario argumentando, como lo han sugerido también Paul Gilroy y Martín Bernal, que el origen del derecho moderno lejos de esta en la Roma imperial se encuentra en el periodo del 2404 al 2375 a.C. en la Antigua Mesopotamia.

prácticas y discursos sumado al archivo transhistórico construido por la filosofía del derecho moderno occidental lo que le permite imponerse de manera autoritaria mediante la ley universal y abstracta que deriva de un mismo pasado, un pasado que al compartirse legitima y convalida una narrativa de autoridad. ¿Pero realmente existe ese pasado como un hecho “real” e indiscutible más allá del presente en el que es evocado?

Dirá Trouillot: “(...) el pasado no existe independientemente del presente; de hecho, el pasado sólo es pasado porque hay un presente, de la misma manera que puedo señalar algo que está allá porque yo estoy aquí. Pero nada está, inherentemente, allá o aquí. En ese sentido el pasado no tiene contenido. El pasado – o, más precisamente, el carácter del pasado – es una posición; de ninguna manera podemos identificar el pasado como pasado.” (TROUILLOT, 2007, p. 171)

Quizás Marta Zambrano ha descrito muy bien la manera en que durante la colonia el logocentrismo y el historicismo se han entrelazado para otorgar al derecho y su forma de argumentación el lugar privilegiado desde el cual se destierra al mito. Durante la colonia el ejercicio del poder y la construcción de una determinada verdad y forma de “saber” dependieron de la inscripción alfabética, y más precisamente, de textos jurídicos y administrativos.

Zambrano plantea que durante el periodo comprendido entre los siglos XVI al XVIII, la gran mayoría de los pobladores del Nuevo Reino de Granada – entre los cuales se encontraban tanto colonizados como colonizadores pobres y mujeres de toda condición<sup>10</sup> – desconocían las formas escriturales como mecanismos de comunicación; no obstante, la enorme cantidad de textos jurídicos producidos por la Corona -entre los

---

<sup>10</sup> “Resulta importante anotar que el acceso al código alfabético no siempre siguió las rigurosas líneas de demarcación que privilegiaban a los colonizadores sobre los colonizados. Respondió, más bien, a un entramado de jerarquías y asimetrías sociales. Mientras, por ejemplo, en Mesoamérica y el Perú algunos varones de las élites indígenas, caciques y principales, aprendieron a leer y escribir, se volvieron diestros escribanos en castellano, maya o latín (...) y, a la vez, crearon una importante literatura alternativa (...), los indígenas y gentes del común, así como muchos españoles pobres y mujeres de todas las condiciones, no llegaron a conocer siquiera las primeras letras.” (ZAMBRANO, 2000, 154)

cuales se encontraban ordenanzas, cédulas reales, sentencias, decretos, resoluciones y muchos más – afectaban sensiblemente la vida cotidiana de todas las personas, obligándolos a conocer la ley pero también a recurrir a los medios escriturales para tratar de mitigar los efectos de las decisiones legales de la Corona<sup>11</sup>. Como muchos no podían escribir por sí mismos debían apelar a la intervención de los escribas para dirigir sus suplicantes cartas al rey.

Como lo ocurrido a Guamán Poma, la mayoría de las cartas según Zambrano nunca llegaban a su destino, pero, al igual que todos las expresiones documentales de la ley, muchas de las cartas como los documentos emitidos por los colonizadores eran celosamente guardadas por la Corona en un archivo cuidadosamente dispuesto como memoria histórica. Este archivo se ensanchaba cada vez más, cubriendo todos los aspectos de la vida cotidiana y constituyendo la historia de la conformación del imperio, una historia legal y perfectamente documentada, aunque no necesariamente verdadera, o simplemente verdadera en tanto verdad documental, un sistema de notación alfabética que se arrogaba la facultad de ser el único mecanismo legítimo para construir pensamiento analítico y crítico. (ZAMBRANO, 2000, p. 155)

Cabe aquí recordar que el privilegio dado por el logocentrismo y la ficción histórica a la notación alfabética como forma lenguaje escritural y mecanismo único de producción, transformación e imposición de un conjunto de reglas y principios al que se le denomina sistema jurídico, es nuevamente un arbitrio ficcional construido a partir de la relación saber-poder que constituye occidente desde la colonización. Pero, como todo arbitrio, es resistido y subvertido por otras formas de producción escritural diferentes de la notación alfabética, o por sistemas de conocimiento que carecen de formas escritas, mediante las cuales también se regulan conductas y se establecen relaciones sociales.

Lévi-Strauss, por ejemplo, argumenta que las representaciones totémicas desbordan la dimensión de lenguaje para ocupar el lugar de creador

---

<sup>11</sup> “Entonces, la escritura imponía la “verdad” sobre una mayoría que no sabía leer pero que, de todas maneras, tenía que vérselas con los efectos legales, civiles y penales de las verdades que se les dictaban.” (ZAMBRANO, 2000, p. 161)

de la ética y regulador de las acciones sociales: “Si las representaciones totémicas se reducen a un código, lo que permite pasar de un sistema a otro, ya esté formulado en términos naturales o en términos populares, quizás se preguntará uno por qué estas representaciones van acompañadas de reglas de acción: a primera vista, por lo menos, el totemismo, rebasa el marco de un simple lenguaje, no se contenta con establecer reglas de compatibilidad y de incompatibilidad entre signos; funda una ética, al prescribir o prohibir conductas.” (LÉVI-STRAUSS, 1964, p. 145)

Por último es posible hallar en Nietzsche (2007) otro elemento que nos habla de la manera como se construye la retórica del derecho mediante la ficción de aquello que intenta imponerse como verdad universal. A partir de la propuesta que nos hace en *Genealogía de la Moral*, podríamos decir que el derecho se erige sobre un proceso histórico a partir el cual se construyen una serie de categorías mediante las cuales se establece una verdad universal y sustancial sobre el bien y el mal, lo justo y lo injusto, es decir, sobre la base de toda la moralidad. De esa manera, para Nietzsche ley y causalidad en sentido universal están estrechamente relacionadas.

Quizás aquí la crítica de Nietzsche también resulta pertinente para la filosofía kantiana, fuente de la que han bebido la gran mayoría de las teorías modernas del derecho y que continúa dando vida al discurso de los derechos humanos. Basándose en Kant, Robert Alexy argumenta que los derechos humanos son universales, abstractos, indeterminados, morales y fundamentales, son exigencias sustentadas en razones, planteamiento que como él mismo lo reconoce está teñido por el imperativo categórico kantiano: “compórtate de tal manera que tu máxima de comportamiento pueda erigirse en ley universal”.

Alexy (2003) argumenta que los derechos fundamentales se deben interpretar de modo que protejan lo que todos los ciudadanos consideren tan importante como para que no pueda ser confiado a la mayoría parlamentaria simple, en donde “lo que todos los ciudadanos consideran importante” depende de sus ideales, de sus representaciones del bien, de sus convicciones religiosas y de su concepción del mundo (concepción moral). Ante la incertidumbre que podría generar una interpretación de carácter netamente moral sobre los derechos fundamentales, Alexy res-

ponderará que la distinción entre las convicciones personales y las normas jurídicas válidas en general, se deberá resolver acudiendo al imperativo categórico kantiano.

Frente a esto – y además de lo dicho arriba- a partir de Nietzsche podemos afirmar que moralidad – como la ficticia relación dicotómica entre bien y mal- y derecho encuentran las bases sobre las que reposan en la conciencia y en el proceso histórico, ambos, ficciones construidas por el hombre. Así, la justicia es traicionada por la conciencia histórica, que nos hace creer que la justicia reside en algún “principio” diferente del mito como acontecimiento. Según Hayden White “Términos como “historia” y “proceso histórico” eran “ficciones”, que Nietzsche distinguía rigurosamente del “mito”. Su propósito era determinar la medida en que el hombre podía reingresar, pero esta vez con autoconciencia, al mundo de las aprehensiones míticas y reapropiarse de la libertad que sólo la conciencia metafórica permite a la vida humana.” (WHITE, 1992, p. 321)

Así, encontramos al mito debatiéndose en dos disciplinas profundamente coloniales -derecho y antropología, una antigua otra moderna- entre el destierro y la veneración, entre la proscripción y la mistificación. Pero ambas miradas del mito coinciden en un canon igualmente esencialista y violento. Si de un lado la proscripción del mito niega la alteridad, la otredad, otras formas de *estar* en el mundo, del otro su mistificación permite la esencialidad sin discusión que puede ser recodificada por el autoritarismo. Para el Estado Nación que se comienza a conformar durante el Siglo XIX, como para la retórica del actual estado multicultural, el sentido de Patria se invoca como un elemento cohesionador, en el primer caso homogenizante, en el segundo diferenciador, pero ambos igualmente violentos.

### **3 El Des(En)Cubrimiento. Movida Estratégica Del Multiculturalismo Jurídico.**

Retornemos a Fitzpatrick. La crítica elaborada por este autor británico es sin duda original pero no menos engañosa que el positivismo que afirma criticar. Al respecto deberíamos plantearnos entonces la pregunta acerca de ¿cuál es el lugar de lo mítico en otros derechos? acotando que no podemos hablar más de un solo derecho (el moderno occidental entendido como sistema jurídico), sino de múltiples derechos (idea distinta del pluralismo jurídico tan desarrollada en autores como Boaventura de Sousa y otros) en algunos de los cuales el mito como acontecimiento – lejos de ser una característica que debería encontrarse proscrita – sea el fundamento mismo de su existencia.

Pero ¿por qué rotular la crítica de Fitzpatrick como original y engañosa simultáneamente? Como una buena crítica multicultural, la de Fitzpatrick se pone del lado del reconocimiento y la promoción de las diferencias, o en otros términos, de lo “políticamente correcto”. Curiosamente, los fundamentos de sus señalamientos son los mismos que la antropología multicultural construida en los últimos 20 o 30 años ha hecho a la antropología colaboradora del orden colonial. No en vano Fitzpatrick acude a Said en un intento de denuncia del positivismo jurídico como agente de la construcción del mismo orden colonial, ruta que abandona rápidamente (igual que lo que él le critica a Hart respecto de la filosofía del lenguaje) cuando subalterniza el papel del mito en el derecho.

Desarrollemos un poco esta idea. Es evidente que los fundamentos de la crítica contra Hart pueden ser fácilmente compartidos, o deberían serlo, por una teoría periférica del derecho. Ideológicamente admisible resultaría estar de acuerdo con Fitzpatrick cuando éste pone de manifiesto que la obra más importante en la teoría contemporánea del derecho – fuente de sustento de buena parte de la jurisprudencia constitucional que se ha catalogado como progresista en Latinoamérica – es una construcción positivista que sienta sus bases en el racismo de la filosofía kantiana y en la prejuiciosa teoría política de Locke, ambas igualmente colaboradoras del iluminismo europeo. Nada debería incomodar más a las teorías

as jurídicas críticas de Latinoamérica o de África como los fundamentos políticos de Locke según los cuales nuestras naciones son incapaces de relacionarse y de habitar su propio mundo<sup>12</sup>, o la teoría racista de Kant<sup>13</sup>, según la cual América estaba poblada por los seres más inferiores y carentes de pensamiento de todo el mundo conocido.

Igualmente incitadora y cautivante resulta la agudeza de Fitzpatrick cuando ataca el evolucionismo de Hart, palpable en su afirmación de sistemas jurídicos patológicos que se definen por oposición a los europeos capaces de construir la regla de reconocimiento como fundamento último de la validez del ordenamiento. Nuevamente resulta fácil compartir la idea de que nuestros sistemas jurídicos de relacionamiento y orden social no pueden ser colocados en el último peldaño de una ficticia escala evolutiva en cuya cúspide se encuentran los avanzados derechos de Europa y Norteamérica.

Pero la agudeza de Fitzpatrick resulta ser tan cautivante como los cantos de sirena que llamaban a Odiseo, solo que esta vez Artemisa es ocupada por la crítica cultural al derecho positivo, el multiculturalismo y el pluralismo jurídico. En el momento en que Fitzpatrick descubre las fuentes positivistas y eurocéntricas de Hart, al mismo tiempo encubre su propio prejuicio positivista y eurocéntrico. Es un descubrir para encubrir, o si se quiere, una oximorónica actitud de des-en-cubrimiento. Cuando nos “aclara” – nos saca a la luz- las falacias de Hart, intenta deslumbrarnos con un lenguaje políticamente correcto que quiere mostrar el derecho

---

<sup>12</sup> “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; (...) 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 disfrutan 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, p. 67-68)

<sup>13</sup> “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.” Castro-Gómez citando *Physische Geographie* de Kant (CASTRO-GÓMEZ, 2005, p. 41)

de las periferias como sistemas tan válidos y razonables como el alemán, el francés o británico en el cual él vive.

Pero Fitzpatrick deja intacto el derecho occidental moderno. Su crítica resulta ser epidérmica en tanto implícitamente defiende el racionalismo al proscribir al mito, reivindica el historicismo y el logocentrismo mediante la condena del mito como aquello que el derecho intenta no ser pero no puede dejar de ser. En Fitzpatrick lo que existe es una añoranza, una suerte de nostalgia de un racionalismo perdido o nunca alcanzado por la teoría científica del derecho.

Afanosamente Fitzpatrick busca los elementos racionales de la libertad y la igualdad perdidos tras una falsa racionalidad occidental. En su pesquisa, Fitzpatrick promueve de otra manera el deseable universalismo de los derechos fundamentales, de la igualdad, de la libertad, en suma, de la justicia desfetichizada y de la justicia post mítica, liberada de occidentalismo, pero también de cualquier otra forma de esencialismo irracional, esto es, mítico.

Quizás Žižek oscurecería la claridad de la búsqueda de Fitzpatrick, recordándole algunos elementos sobre la igualdad y la libertad fundadas por el eurocentrismo que él tanto condena: “Con el establecimiento de la sociedad burguesa, las relaciones de dominio y servidumbre se reprimen; formalmente, parece que lo que nos incumbe son sujetos libres cuyas relaciones interpersonales están exentas de todo fetichismo; la verdad reprimida – la de la persistencia del dominio y la servidumbre – surge en un síntoma que subvierte la apariencia ideológica de igualdad, libertad y demás. (ŽIŽEK, 2001, p. 53)

Las libertades consagradas por el derecho moderno occidental encubren la negación misma de la libertad que se manifiesta en la forma de la explotación salarial, de la mercantilización del trabajo hecha por el derecho occidental; no obstante los hombres actúan como si ignoraran esto producto del falso reconocimiento fetichista que dan al derecho en su condición de participantes de las relaciones capitalistas, pues se aceptan obligados por el derecho dado que le asignan una propiedad racional en sí, existente aun antes de su reconocimiento formal como derecho.

De nuevo Žižek: “La creencia sostiene la fantasía que regula la realidad social (...) Entonces lo que se “reprime” no es un origen oscuro de la Ley, sino el hecho mismo de que no hay que aceptar la Ley como verdad, sino únicamente como necesaria – el hecho de que su autoridad carece de verdad. La ilusión estructural necesaria que lleva a la gente a creer que la verdad se puede encontrar en las leyes describe precisamente el mecanismo de transferencia: transferencia es esta suposición de una Verdad, de un Significado tras el estúpido, traumático, inconsistente hecho de la Ley. En otras palabras, “transferencia” nombra el círculo vicioso de la creencia: las razones de por qué hemos de creer sólo son convincentes para aquellos que ya creen.” (ŽIŽEK, 2001, p. 67)

Hay en Fitzpatrick un esfuerzo que se oculta, una máscara apolínea que nos invita a creer en el derecho moderno de occidente, el del proceso historicista y logocéntrico. Como en toda filosofía del derecho, su procedimiento es el de un acto de transferencia. Fitzpatrick ya cree en el derecho, cree en el estúpido hecho de la Ley, se aleja del positivismo de Hart solamente para cerrar otra posibilidad a la incredulidad, a la torsión simbólica, otra posibilidad de dejar de creer.

La teoría del derecho que Fitzpatrick condena es sólo la excusa para refundar un acto de fe, una nueva creencia que permita seguir sosteniendo la fantasía reguladora de la realidad social: el derecho. Lo innovador del argumento de Fitzpatrick es su capacidad de asumir el discurso del Otro, la posición del subalterno a quien Hart ha condenado a habitar en un sistema jurídico patológico, del débil que toma la posición del fuerte, (¿o el fuerte que toma la posición del débil?), un nuevo acto de ventrilocuismo aun más sofisticado. Se trata así de un movimiento que enmascara el esfuerzo por mantener incólume el supuesto ideológico más importante en este caso: aquel que señala que se ha de creer en la Ley porque es la Ley.

La postura de Fitzpatrick condena al mito expulsándolo de una teoría del derecho basada en la razón, una teoría del derecho que es fuerte en tanto no se encuentra sometida al albur, a la contingencia del mito, al acontecimiento, sino a la autoridad de la filosofía. Un nuevo giro de tuerca encontramos en este intento científico de convalidar el derecho como

un acto de la razón despojado del prosaico carácter mítico, despojado de la dionisiaca y amorfa manera del mito.

Para la ciencia racional el mito se opone a la justicia, en tanto ésta es el producto de la racionalidad, del carácter evolutivo de la humanidad que tras siglos de “civilización” ha detectado aquello que es un imperativo categórico moral. Kant se reafirma y sigue campante en Fitzpatrick en tanto son intocados los a priori universales de la justicia como el *súmmum* de realidad y moralidad incuestionables para todos los pueblos del mundo, del bien que se opone al mal y lo vence mediante el derecho, mediante la creencia en la legalidad.

Un movimiento adicional se ha dado en este acto de reafirmación de la Ley, del derecho, como algo en lo que debemos creer: la creencia en la justicia. La postura de Fitzpatrick convalida un sistema de justicia que se presume, se da por sentado, no se discute, y todo gracias a su angustia, a su preocupación por el Otro, gracias a que es capaz de asumir la posición del débil. La preocupación que Fitzpatrick despliega en la denuncia de los fundamentos positivistas de Hart involucra un sentimiento de justicia universal, pero dicho sentimiento sólo es una suposición que se basa en el multiculturalismo de su obra.

Será Derrida quien nos advierte de esta manera respecto del carácter universal de la justicia y la autoridad del derecho. En una línea que no se encuentra tan alejada de lo que plantea Žižek, y apelando a Pascal, señala: “Así, no pudiendo hacer que lo que es justo sea fuerte, hacemos que lo que es fuerte sea justo”. (DERRIDA, 2008, p. 30).

Y agrega: “Las leyes no son justas en tanto que leyes. No se obedecen porque sean justas sino porque tienen autoridad. La palabra «crédito» soporta todo el peso de la proposición y justifica la alusión al carácter «místico» de la autoridad. La autoridad de las leyes sólo reposa sobre el crédito que se les da. Se cree en ellas, ése es su único fundamento. Este acto de fe no es un fundamento ontológico o racional.” (DERRIDA, 2008, p. 30)

Así, el mito ha quedado condenado por la retórica multicultural en tanto resulta ajeno a la justicia y en tanto carece de la autoridad para im-

ponerse como a priori universal. El mito sólo es un fundamento propio de aquello que el derecho se ha encargado de expulsar en beneficio de la humanidad, de lo normal: lo anormal, lo contingente, lo que está por fuera del orden logocéntrico, lo irracional, lo abierto... la torsión simbólica.

#### **4 Alteración: Otra Forma De Aproximarnos Al Mito**

Aquí quisiera sugerir el mito como acontecimiento simultáneamente apolíneo y dionisiaco, como el trabajo y el placer, la labor y el gozo, binomios en los que las propiedades de lo apolíneo y dionisiaco se confunden y se imbrican permanentemente. Pero trabajo y placer han sido separados por la racionalidad del derecho que distingue la labor del gozo y los reduce a las simples categorías de castigo y premio, convirtiendo la relación del hombre con el trabajo y el placer en un intercambio, objetivándolo todo, hombre trabajo y placer reducidos a puras mercancías sin poder metafórico.

Esta es la tecnología por la cual el mito ha quedado proscrito, pero es el mito como acontecimiento el que puede ofrecer la torsión simbólica, la que resiste desde los márgenes, la que no logra ser atrapada ni reducida por la antropología o el derecho.

No obstante, a esta altura podemos encontrar en las llamadas “ciencias sociales” (con esguinces) dos miradas sobre el mito: una que lo ubica como un elemento que organiza y cohesiona las sociedades, el mito que dota de sentido las acciones sociales; en este sentido, el mito cierra, clausura y unifica de manera coherente. Otra que lo proscribiera, lo condena a lo irracional, lo opone a lo histórico, a lo científico. Apostarle a una tercera mirada sobre el mito, una que lo expone como aquello que es precisamente antagónico, que está abierto a múltiples sentidos e interpretaciones, que lo acepta como lo que abre, que es dialéctico. Es quizás lo que permite un sentido radical de la justicia, más allá del derecho o de la Ley, de una justicia que cambia con las necesidades y las experiencias de las comunidades, que no busca ni precisa la coherencia o la certidumbre, que se compromete con la libertad no solo de ser, sino de estar de otra manera en

el mundo, en suma, el mito como acontecimiento que se compromete con la justicia.

El mito como acontecimiento pone en juego una suerte de ambigüedad que escapa a la lógica de la ciencia occidental, la contradice, y simultáneamente juega, serpentea sin ser atrapado al mantener su carácter metafórico. Podríamos decir que es una torsión simbólica a la manera como procede la ficción historicista y logocéntrica en la que se apoya el derecho a la vez que es torsión del sentido estructural del lenguaje que opera en la antropología.

Es a esta última forma que el mito adquiere a la que quisiera apelar. Otras formas del derecho, y ya no del derecho, de la justicia, de aquella que prescinde de lo reglado, de lo normativo, del acto estúpido de autoridad. Es la justicia como un compromiso con el otro la que se evidencia en el mito que no pretende cerrar ni otorgar coherencia. El mito como una forma de justicia que puede variar, ya no simplemente como varían los precedentes ni como “evolucionan” las leyes, sino el mito que se reinterpreta en la cotidianidad de las comunidades, que no busca construir una identidad nacional homogénea ni tampoco reforzar el pluralismo multicultural de todos juntos pero en una sola lengua, es el mito plurilingüe, el mito de la justicia, el mito que impide creer...

Nos queda entonces pensar en la forma en que operan las torsiones mediante las cuales el mito como acontecimiento subvierte el poder de la ley, la desborda, la manera en que escapa, en que desconstruye, en que se ubica en los márgenes y se desliza para construir y derrumbar de forma dialéctica el orden social y aquello que denominamos realidad. Aunque también habrá que pensar si es necesario textualizar – poner en negro sobre blanco – la manera en que esto ocurre, en que la torsión tiene lugar; quizás antes sea necesario vivirlo, no escribirlo, que tenga lugar el temblor, el acontecimiento, la justicia, no la formulación traductora, traicionera. Como se advierte esta es una búsqueda que no va por una ruta fácil, pero cuyo primer paso quizás ya se ha dado (aunque) no necesariamente en este lugar.

## Referências

ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático. *In: Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

CASTRO-GÓMEZ, Santiago. *La Hybris del Punto Cero*. Bogotá: Instituto Pensar, Universidad Javeriana, 2005.

DERRIDA, Jacques. *Fuerza de Ley. El «fundamento místico de la autoridad»*. Madrid: Editorial Tecnos, segunda edición, 2008.

DUSSEL, Enrique. *Política de la Liberación. Historia mundial y crítica*. Madrid: Trotta, 2007.

ESCOBAR, Arturo. *Más Allá del Tercer Mundo. Globalización y Diferencia*. Instituto Colombiano de Antropología e Historia. Bogotá: Universidad del Cauca, 2005.

FITZPATRICK, Peter. *La mitología del derecho moderno*. México: Siglo veintiuno editores, Primera edición, 1998.

FOUCAULT, Michel. *Nacimiento de la Biopolítica. Curso en Collège de France: 1978-1979*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2007.

GROSSO, José Luís. *Gestar la Gesta Popular. Del sueño ilustrado de la sociedad del conocimiento a la economía crítica del conocimiento formalizada en las matrices epistémico-prácticas de nuestros vicios y deformidades subalternos*. Cuadernos de Ciudad, n. 11: 8-33. Santiago do Cali: Cátedra Nueva Ciudad, 2009.

LEACH, Edmund. *Introducción*. *In: Estructuralismo, Mito y Totemismo*. Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión, 1967.

LEVÍ-STRAUSS, Claude. *El Pensamiento Salvaje*. México: Fondo de Cultura Económica, 1964.

\_\_\_\_\_. *Antropología Estructural*. México: Siglo XXI Editores, 2008.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil*. Madrid: Alianza Editorial S.A., 1990.

NANDY, Ashis. History's Forgotten Doubles. In: *History and Theory*, Vol. 34, No. 2, Theme Issue 34: World Historians and Their Critics (May, 1995).

NIETZSCHE, Friederich. *La genealogía de la moral*. España: Editorial EDAF, 2007.

TROUILLOT, Michel-Rolph. El poder en el relato. In: *Arqueología Suramericana*. Volumen 3, Número 2, Julio de 2007, p. 162-183.

WHITE, Hayden. *Metahistoria. La imaginación histórica en la Europa del Siglo XIX*. México: Fondo de Cultura Económica, 1992.

ZAMBRANO, Marta. La impronta de la ley: escritura y poder en la cultura colonial. In: GNECCO, Cristóbal; ZAMBRANO, Marta (Ed.). *Memorias hegemónicas, memorias disidentes. El pasado como política de la historia*. Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología e Historia. Universidad del Cauca, 2000.

ŽIŽEK, Slavoj. *El sublime objeto de la ideología*. México: Siglo XXI Editores, 2001.