

# Reconciliación y obligación política

## Discusiones desde la filosofía del poder y el constitucionalismo

Francisco Cortés Rodas  
Oswaldo Plata Pineda  
Mauricio Andrés Gallo Callejas



Universidad  
Pontificia  
Bolivariana



POLITÉCNICO COLOMBIANO  
JAIME ISAZA CADAVID

IU Digital  
de Antioquia

INSTITUCIÓN  
UNIVERSITARIA  
DIGITAL  
DE ANTIOQUIA

© Francisco Cortés Rodas  
© Oswaldo Plata Pineda  
© Mauricio Andrés Gallo Callejas  
© Politécnico Colombiano Jaime Isaza Cadavid  
© Editorial Universidad Pontificia Bolivariana  
Vigilada Mineducación

**Reconciliación y obligación política**

**Discusiones desde la filosofía del poder y el constitucionalismo**

ISBN: 978-628-500-015-7 (versión impresa)

ISBN: 978-628-500-016-4 (versión digital)

DOI: <http://doi.org/10.18566/978-628-500-016-4>

Primera edición, 2021

Escuela de Derecho y Ciencias Sociales

Escuela de Derecho

Grupo: COEDU. Proyecto: Dos versiones del liberalismo político. Las ambivalencias de Judith Shklar y John Rawls frente a la filosofía política hegeliana. Radicado: 2021/00003.

Seccional Montería

**Gran Canciller UPB y Arzobispo de Medellín:** Mons. Ricardo Tobón Restrepo

**Rector General:** Pbro. Julio Jairo Ceballos Sepúlveda

**Rector UPB Seccional Montería:** Pbro. Jorge Alonso Bedoya Vásquez

**Vicerrector Académico:** Álvaro Gómez Fernández

**Decano de Escuela de Derecho y Ciencias Sociales Seccional Montería:** Jairo Alfonso Lora Villa

**Directora Facultad de Derecho Seccional Montería:** Carmen Cecilia Diz Muñoz

**Gestora Editorial Seccional Montería:** Flora Del Pilar Fernández Ortega

**Editor:** Juan Carlos Rodas Montoya

**Coordinación de Producción:** Ana Milena Gómez Correa

**Diagramación:** María Piedad Salazar

**Corrección de Estilo:** Carmenza Hoyos

**Dirección Editorial:**

Editorial Universidad Pontificia Bolivariana, 2021

Correo electrónico: [editorial@upb.edu.co](mailto:editorial@upb.edu.co)

[www.upb.edu.co](http://www.upb.edu.co)

Teléfono: (57)(4) 354 4565

A.A. 56006 - Medellín-Colombia

**Radicado:** 2152-16-11-21

Prohibida la reproducción total o parcial, en cualquier medio o para cualquier propósito sin la autorización escrita de la Editorial Universidad Pontificia Bolivariana.



# CAPÍTULO III

## Colombia, obligación política y constitucionalismo

### Una reconstrucción de la tesis de derrota del derecho en América Latina<sup>1</sup>

Mauricio Andrés Gallo Callejas<sup>2</sup>  
Universidad Pontificia Bolivariana

#### Introducción

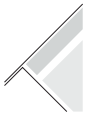
En su más reciente publicación, Gargarella (2020) afirma la derrota del derecho en América Latina. Un juicio de moralidad política conectado con la invitación contenida en uno de sus libros anteriores y según la cual a los juristas de esta región nos ha llegado la hora de “repensar y poner bajo cuestión la totalidad del derecho tal y como lo conocemos” (2014, p. 342). Ambas cosas, al menos así lo sostendré en el presente escrito, de la mano del siguiente esquema intelectual:

1. Su estirpe o influencia *rawlsianas*, donde tanto dicho juicio como la invitación al repensar quedan dirigidos a lo que

---

<sup>1</sup> Este escrito hace parte del proyecto “Dos versiones del liberalismo político. Las ambivalencias de Judith Shklar y John Rawls frente a la Filosofía política hegeliana”, financiado por el Politécnico Colombiano Jaime Isaza Cadavid. Convocatoria Menor Cuantía-2019.

<sup>2</sup> Doctor en filosofía. Profesor titular de la Escuela de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana, Seccional Montería y miembro del grupo de investigación COEDU, en la línea derecho y sociedad. Contacto: mauricio.gallo@upb.edu.co. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3859-134X>.



las páginas de *Teoría de la Justicia* (Rawls, 1995) (en adelante *TJ*) califican como el más difícil de los problemas para la filosofía política. Problema que Gargarella (2014) formula con estas palabras: “¿cómo debe el Estado utilizar el aparato coercitivo en situaciones de injusta desigualdad?” (p. 343).

2. Su filiación ideológica a lo que hoy llamamos *igualitarismo*, donde los criterios normativos para determinar tales condiciones de injusta desigualdad son constituidos no solo por los siguientes valores, sino por el anhelo de lograr (al fin) su plena armonización: la autonomía individual (que cada persona sea “*dueña de su propia vida*”, Gargarella, 2020, p. 67) y el autogobierno colectivo (que cada asociación política sea “*dueña de su propio destino*”, p. 67).
3. Derivado de esta filiación ideológica, una tesis de derrota susceptible de ser formulada en los términos del siguiente temor: que la consecuencia de todo este ejercicio sea un obligado recordar esa concepción de ascendencia rousoniana (la del Rousseau del segundo discurso) que actualmente, al menos quienes hacemos parte del horizonte igualitario, consideramos superada y según la cual las formas jurídicas son un instrumento (a veces velado, otras completamente abierto) de opresión. Temor que Gargarella (2014) describe con estas palabras:

*Ocurre que, en tales casos, se potencia enormemente un riesgo que siempre amenaza al derecho, esto es, el riesgo de que dicha coerción extrema resulte utilizada para preservar las estructuras de desigualdad. Para ser más precisos, en estas circunstancias quienes ocupan lugares de privilegio pueden sentirse tentados de utilizar el aparato estatal -que se haya bajo su control- para preservar las estructuras que los benefician (p. 343).*

4. Esas mismas tesis y ejercicio (como parte de la misma filiación), aunque esta vez formulados como desafío para que, en contra de tal temor, nos sea posible mantener la idea de que nuestro derecho “*puede y debe ser otra cosa [...] que puede y debe trabajar en la dirección opuesta*, esto es, a favor del empoderamiento legal de los más débiles y en contra de la impunidad de los más poderosos” (las cursivas son del original, Gargarella, 2020, p. 88).



En las siguientes páginas no pretendo discutir la veracidad de toda esta aseveración de derrota. De manera más clara, la que será una necesaria inmersión en las razones con las que Gargarella responde a la pregunta ¿por qué nuestro actual derecho ha fracasado?, o, con el detalle del esquema, ¿por qué se ha roto la promesa de asegurar nuestra autonomía individual y el autogobierno colectivo?, ¿por qué tal renacer del espectro rusionano?, ¿por qué, nuevamente, tal necesidad de desecharlo?; tal inmersión, digo, no estará orientada ni a refutar ni a confirmar su juicio. Dando por sentada su enorme plausibilidad, me interesa explorar las implicaciones políticas que trae consigo su formulación, tales problemas, temor y desafío. En suma, aceptar la invitación para repensar y poner bajo cuestión la manera en que entendemos hoy, desde el ámbito de reflexión propio de la filosofía política, el estatus emancipatorio de nuestro derecho.

He de advertir, eso sí, que el sentido exacto de mis reflexiones estará condicionado a lo que voy a llamar un necesario ejercicio de reconstrucción. Un ejercicio que derivará en un repensar más *específico* y, al mismo tiempo, más *complejo*. Más específico, en la medida en que implicará una reducción en su objeto: mientras la pretensión de Gargarella es enfrentar estos asuntos desde (la que es también) su idea de un devenir englobado del *espíritu constitucional latinoamericano* (2014), la mía quedará limitada al caso de Colombia, a la derrota de la vigente Constitución de 1991 (CP91). Y más complejo, en tanto esta discusión *específica*, este juicio concreto de derrota, exigirá un aumento en la consideración de opciones disponibles en la tradición filosófica, o con mayor precisión, exigirá una sacudida de sus cimientos rawlsianos, exponiéndolos a, y confrontándolos con otras alternativas teóricas.

## **Razones para la reconstrucción: un nosotros necesariamente restringido**

Justificar esta necesidad de reconstrucción (reducir el objeto/aumentar su complejidad) requiere cierto espacio. Comenzaré afirmando que tal y como entiendo las cosas, no solo es posible, sino altamente deseable



que en el actual constitucionalismo hablemos desde un *nosotros expandido* (por ejemplo, para una construcción conjunta de sociedades más democráticas o para la erradicación de la miseria en todos nuestros países); basta con pensar en lo que es la tarea misma (propia de la reflexión filosófica) de incentivar (en este caso) tipos de praxis jurídicas políticamente comprometidas con los valores del igualitarismo (como lo plantea el mismo Gargarella, 2020, en la última de las siete tesis en las que basa su juicio). Sin embargo, quienes hemos sido puestos por el azar a pasar nuestros ciclos vitales en Colombia, debemos enfrentar un tipo de desafío político que resulta exclusivo y sin paralelo en toda la región, a saber: alcanzar nuestra reconciliación, lidiar con una espiral de violencia política que no hemos logrado romper en toda nuestra historia republicana. Desafío del que se desprende la necesidad de quiebre en dicho devenir espiritual englobado, tal exigencia de separar un *nosotros restringido* (*los colombianos*) de aquel *nosotros ampliado* (*los latinoamericanos*).

Que esto sea así resultará medianamente claro con expresar lo siguiente: tal esquema intelectual no solo evidencia el vínculo entre constitucionalismo y reflexión filosófica sobre el poder, también (y este es el punto clave) mantiene viva la incómoda pregunta (en tanto que núcleo de dicha conexión) por la obligación política: el porqué obedecer, la cuestión de si es moralmente posible afirmar “*the duty to obey the law and the constitutional authorities*” (Shklar, 2019, p. 165). Incómoda desde lo que es, pues, *nuestro* anhelo por lograr la paz, nuestro *ethos reconciliatorio*, y en tanto implica una inmersión en los oscuros y tenebrosos caminos del estremecimiento, la efervescencia y la convulsión políticas. De hecho, son tales caminos los que recorre Gargarella, como lo muestran otro par de aseveraciones (esta vez contenidas en trabajos publicados cuando el siglo apenas iniciaba). De un lado, acerca de la cualificación de la protesta (principalmente en los términos de su no criminalización) “como el <primer derecho>: el derecho a exigir la recuperación de los demás derechos” (2005a, p. 19). Del otro, nada menos que sobre la existencia de un derecho a “desafiar y aun resistir [violentamente un] orden legal”, cuando sus formas jurídicas “no han sido un medio de ganar la libertad o de alcanzar el autogobierno” (2005b, p. 14).



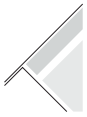
Y si las cosas son de esta manera, ¿no resulta de entrada un contrasentido darle el sí a este *ethos reconciliatorio* y, a su vez, poner sobre la mesa esta explosiva discusión acerca de la no obligatoriedad moral de las normas establecidas? ¿Acaso hay algo más alejado de los esfuerzos para desmovilizar a los diferentes grupos alzados en armas que aún existen en nuestro país que desde la posible (o, directamente con Gargarella, 2005b, habrá que decir, desde una segura) justificación del derecho de resistencia, en cabeza de los miles de colombianos a quienes nuestras formas jurídicas mantienen hoy en (lo que él mismo llama) condiciones de alienación legal?<sup>3</sup>

Encontrar respuestas afirmativas a estos interrogantes es sumamente sencillo. En la academia colombiana me limito, por ahora, a la manera en que Garzón (2021) otorga un estatus de *contradicción lógica* a quien pretenda ambas cosas. El caso que describe tiene lugar en nuestra discusión partidista, donde es la retórica de la Colombia Humana (el movimiento de izquierda liderado por Gustavo Petro) la que incurre en dicha aporía. La forma: a pesar de que sus miembros se muestran partícipes del *ethos reconciliatorio* al rechazar abiertamente la lucha armada, “el silogismo que dejan a su paso sigue intacto: *Premisa mayor*: Colombia es hoy un régimen político cerrado. *Premisa menor*: La insurgencia se justificaba en un régimen político cerrado. *Conclusión*: En Colombia se justifica hoy la insurrección.”

Respuesta que también bien vale la pena traer desde Shklar, aunque, eso sí, no porque sea su cada vez más escrutado *liberalismo de las eternas*

---

<sup>3</sup> Gargarella (2005b) explica esta noción directamente desde Marx, con base en un pasaje que me permito transcribir y donde (al menos así he entendido las cosas) la referencia al producto del trabajo ocupa el lugar del derecho: “... el objeto que el trabajo produce, su producto, se enfrenta a él como un **ser extraño**, como un **poder independiente** del productor. (...) La **enajenación** del trabajador en su producto significa no solamente que su trabajo se convierte en objeto, en una existencia **exterior**, sino que existe **fuera de él**, independiente, extraño, que se convierte en un poder independiente frente a él, que la vida ha prestado al objeto que se le enfrenta como cosa extraña y hostil” (el resaltado está en el original) (p. 20).



*minorías* el que sirva como ilustración. Es, sencillamente, por su claridad expositiva (del pensamiento de otros). Esa que me va a permitir hablar desde ahora y a lo largo de todo el texto en los términos de una primera fórmula, a saber: *poner la paz antes que todo*. Van, pues, las palabras de Shklar (2019):

*This [...] position would suggest that the only thing to watch out for is the avoidance of civil war at any cost. Peace comes before anything and [...] the question of obligation is not all that significant because that whole way of thinking is politically dangerous. Once the conversation between Socrates and Crito are understood, it becomes clear that the idea of obligation creates trains of thought that take your mind off the main issues of politics. (p. 211)*

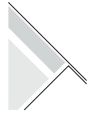
Ahora bien, en tanto es aquí donde está el epicentro de mi alegato por la necesidad de un uso restringido del *nosotros*, toda esta mediana claridad exige mayor precisión. Ocurre que la decisión de recorrer esos convulsionados caminos trae consigo algo más que el escozor y la incompatibilidad intuitiva generados por las últimas aseveraciones de Gargarella. Quien navegue las aguas de la filosofía política encontrará como candidato a ser arrojado por el manto de la absolución moral, a cualquiera que sea el tipo de sufrimiento humano implicado en las vías de la protesta, la desobediencia y la resistencia violenta. Esto ocurre desde las más diversas apuestas ideológicas o para retomar la expresión de Shklar, de la mano de los múltiples y opuestos *trains of thought* implicados en dicha pregunta por la (des)obediencia política. *Tienes* que puedo graficar como parte de un rango en el que sus diversas herramientas absolutorias oscilan entre los extremos de la necesidad (Maquiavelo<sup>4</sup>) y del cumplimiento de un deber político (T. H. Green<sup>5</sup>).

---

<sup>4</sup> Dice Maquiavelo (2015) en uno de los pasajes donde ha quedado esbozada con mayor vehemencia esta herramienta de la necesidad: "Justa es la guerra cuando es necesaria y piadosas las armas de quienes no tienen otra esperanza que ellas" (p. 402). Se trata de un argumento que en este trabajo de Maquiavelo aparece citado desde Tito Livio y que será después retomado por Hegel, en su controversial texto sobre *La Constitución de Alemania*, donde acude a la otra gran obra de Maquiavelo, *El Príncipe* véase (Hegel, 2010, p. 194).

<sup>5</sup> En el liberalismo de Green, dos ideas propias de la filosofía política hegeliana juegan un papel central en esta herramienta absolutoria con la que, incluso, el caso extremo de la resistencia se entiende como deber. La





En efecto, nada mejor para ilustrar el talante sumamente explosivo de toda esta discusión que mediante un breve anticipo del tipo de herramientas absolutorias presentes en el propio Rawls (en el trasfondo intelectual desde el cual escribe Gargarella). Herramientas a las que, de manera similar a lo anterior, propongo ubicar en lo que en adelante llamaré una segunda (y no sobra hacerlo expreso, opuesta) fórmula, a saber: *sin libertad no hay responsabilidad*. Cito:

No hay medio de evitar por completo el peligro de la lucha divisoria [...] Empero, si la desobediencia civil justificada parece amenazar la concordia cívica, la responsabilidad no recae en los que protestan, sino en aquellos cuyo abuso de poder y de autoridad justifica tal oposición, porque emplear el aparato coercitivo del Estado para mantener instituciones manifiestamente injustas es una forma de fuerza ilegítima a la que los hombres tienen derecho a resistir (*TJ*, p. 354)<sup>6</sup>.

---

primera aparece en Hegel (2017): "El carácter racional del hombre es vivir en el Estado, y si no existe aún, la razón exige que se establezca" (p. 96; §75, añadido H). La segunda, también en (2017), señala que "Si afirmamos que el ser humano en sí y para sí mismo es libre, estamos condenando la esclavitud. Pero que alguien sea esclavo surge de su propia voluntad, del mismo modo que cuando un pueblo está sometido es consecuencia de su propia voluntad" (p. 80; §57, VII 126). De la mano de ambas ideas, creo, es posible presentar el pensamiento de Green (2011) a través del siguiente esquema: (i) "the general rule of looking to the moral good of mankind" (p. 412), (ii) el Estado y (iii) el derecho. Dentro de tal esquema, la idea de resistir al derecho del Estado aparece, en un caso, si el Estado no representa el cumplimiento de dicha regla general (relación entre i y ii), en sus palabras "*when the whole system of a law and government is so perverted by private interests hostile to the public*" (p. 417) o cuando el ejercicio de su poder (relación ii-iii) no se realiza por las vías del derecho. En ambos casos, "*I say the duty of resistance because, from the point of view here adopted, unless on the ground that it is for the common good, and if so, there is a duty. In writings of the seventeenth and eighteenth centuries, starting with the assumptions of natural rights, the question was never put on its proper footing. It was not asked, When, for the sake of the common good, the citizen ought to resist the sovereign?*" (p. 422).

<sup>6</sup> No es un hecho menor (para mis intereses en estas páginas, claro está) el que, en efecto, Gargarella acuda a la parte final de este mismo pasaje de *TJ* en sus reflexiones sobre el derecho de resistencia véase (2005b, p. 33).



Y que también me permito ilustrar acudiendo (de nuevo) a Shklar (1998a), ahora sí, en tanto que elemento constitutivo de su propio pensamiento político:

*What political duties can one ascribe to exiles? Am I not just being wayward in asking such question? As we look at the masses of refugees all around us we might well think so. Must we not say of human beings so utterly deprived of their dignity that one cannot possibly impute any political or even moral duties to them? That was precisely what was once said about the evil of slavery: that it deprived human beings of the very possibility of making moral choices (1998, p. 56).*

## Especificación de un problema para el constitucionalismo colombiano

Basta, pues, con este conjunto de respuestas, fórmulas contrarias e ilustraciones para señalar con detalle cuál es ese elemento que hace necesario un uso restringido del *nosotros*: en el constitucionalismo colombiano debemos lidiar hoy (y como asunto que, para usar la expresión de Nino, 1993, divide aguas entre posturas de filosofía política) con la difícil pregunta acerca de la existencia de un vínculo inescindible (incluso lógico) entre la aceptación del *ethos reconciliatorio* y la primera fórmula. Con algo de mayor precisión, el nuestro es un constitucionalismo al que (si la respuesta es que, en efecto, esta conexión es necesaria) el *ethos reconciliatorio* le exige dejar de lado estos peligrosos asuntos implicados en la obligación política (estos *trenes de pensamiento* que arrastran consigo ideas como la ausencia de responsabilidad). Tal vez aplazarlos hasta que rompamos el absurdo espiral de la violencia. Formularlos significa hoy atizar el fuego de la guerra.

De este modo, puedo decir que el gran reto para quien, en *nuestro* contexto, se tome en serio la invitación de Gargarella (o, al menos, el reto que me interesa analizar en estas páginas bajo el vocablo *reconstrucción*), consiste en hallar razones plausibles que *nos* permitan lidiar con el enorme poderío de quienes defienden este vínculo; lo reitero, entre



nuestro *ethos* criollo y el *poner la paz antes que todo*. Hablo de enorme poderío puesto que parto de un marcado escepticismo ante la posibilidad de tal hallazgo. Dudo que el anhelo mismo por lograr nuestra reconciliación pueda mantenerse a salvo, se vea exento de todo tipo de costo, si apostamos por sumergirnos en esos recónditos caminos de la obligación política.

Sin embargo, mis enormes dudas también operan en la dirección contraria. Tampoco estoy seguro de que el constitucionalismo colombiano deba aceptar, sin más, los costos opuestos, esos que trae consigo la primera fórmula, tal abandono de estos trenes de pensamiento.

Puedo expresar esto último desde lo que sí es una certeza: cerrar el camino a la pregunta por la obligación política implicará la victoria de *sean quienes sean* los poderosos de turno. Implicará, tal y como lo señalé en mi largo ensayo sobre el pensamiento shklariano (Gallo, 2020), tirar por la borda uno de los dos ejes funcionales en los que se ha movido el lenguaje de los derechos en la teoría política moderna. Hablo de la distinción entre el eje de la injusticia y el eje de la esperanza. Hablo de enfocar la mirada única y exclusivamente en el último de estos ejes, en los derechos en tanto que “grupo de razones que han justificado las diversas formas de ejercer la fuerza” (Gallo, 2020, p. 21). Eje que ha dado lugar, en el devenir histórico de la modernidad, a la siguiente secuencia en la que los derechos operan como *justificación* de diferentes tipos de poder: los derechos naturales y la justificación del poder revolucionario; los derechos legales del estado liberal decimonónico y la del poder de los privados; los derechos fundamentales y la que es hoy la absolción del poder de los funcionarios estatales; por último, los derechos humanos y la compleja bendición para el ejercicio del poder (especialmente militar) de las potencias mundiales. Todo esto, este es mi punto, desechando ese otro uso político de los derechos que opera como simple dispositivo de deslegitimación, como herramienta para llevar a cabo lo que es para Shklar la principal tarea de la teoría política: “trazar una línea de separación entre la injusticia y la mala suerte, entre el mal político y la desventura” (Gallo, 2020, p. 21). Como dispositivo que, en definitiva, nos permite darle significado político (cuando se trata de la injusticia) a nuestras furias, resentimientos, indignación



o sed de venganza, así como (en los casos de simple desventura) a la resignación, la complacencia o la indiferencia.

Hay más. Puedo acompañar la anterior con otra certeza, dirigida a expresar lo que entiendo como nuestra pérdida si renunciamos a tales *trenes de pensamiento*. Primero, directamente desde *TJ*, ello implicará la derrota de los débiles, puesto que “el problema de la obediencia es problemático [y por lo tanto tiene sentido] para las minorías permanentes que han sufrido la injusticia durante muchos años” (*TJ*, p. 324). Segundo, de regreso a mi ensayo, implicará “quitarle a aquellos colombianos sometidos hoy a las más graves condiciones de privación su sentido de la injusticia” (Gallo 2020, p. 419). Con ello, lo que está en juego es la disponibilidad misma de la noción del derecho ilegítimo, una noción que, como lo ha ilustrado Ferrajoli (2011), representa la única frontera que hoy nos resulta clara entre la democracia y el despotismo. Tercero, dejo que sea directamente Montesquieu (2007) quien nos diga que al renunciar a tal idea del derecho ilegítimo, a tal sentido de la injusticia, le estaremos dando la bienvenida a nuestra actual versión de dicho despotismo y en “donde el infeliz que gime, al ver convertirse en leyes lo que creía ser abusos, vive oprimido y *crea que sentir la opresión es una falta*” (p. 160).

Paso, entonces, a poner en marcha mi (apenas sugerida) estrategia expositiva de relación/contraste. Tengo hasta ahora dos fórmulas políticas opuestas. Así que mi siguiente tarea será fijar un punto de partida que me permita abrir el camino para conducir a la propuesta de Gargarella, en especial a su trasfondo rawlsiano, ante un esbozo claro de (al menos) una alternativa de filosofía política rival desde la cual llevar a cabo su sacudida.



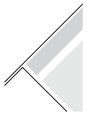
## Un punto de partida: la pregunta por la obligación política y dos líneas argumentativas

Dudo que exista una forma más precisa para abrir este camino expositivo que desde el legado de Shklar. De manera específica, desde el lugar central que ocupan los siguientes interrogantes dentro de lo que son sus reflexiones sobre la (des)obediencia a las normas jurídicas establecidas. Uno, ¿por qué después de la Revolución Francesa toda esta explosiva cuestión perdió su lugar privilegiado en el contexto de la reflexión política europea? El otro, ¿por qué, por el contrario, en la tradición política e intelectual de los EE. UU. se mantiene viva, (preserva toda su fuerza) durante los siglos XIX y XX?

Respecto a lo ocurrido en el viejo continente, Shklar dice dos cosas que considero necesario vincular. En un ensayo publicado en 1998 afirma que Europa, desde el final del siglo XVIII, da un vuelco en su estilo de reflexión sobre el poder (“*the revolution of political thought*”, Shklar, 1998c, p. 167), con el que además de la utopía (en el sentido clásico<sup>7</sup>) y ese tipo de reconstrucciones históricas que ella misma caracteriza como “*Plutarchian great-man historiography*” (1998c, p. 167), además, digo, “*the purely critical political philosophy were never the same again*” (1998c, p. 167). Afirmación complementada con lo que es propiamente su respuesta al interrogante inicial, y de acuerdo con la cual todo esto (tal giro y tal pérdida del lugar de la pregunta por la obligación política) es la consecuencias que trae consigo la llegada de *the Age of Ideology*, de esos grandes sistemas de pensamiento cuya lista, además de enorme,

---

<sup>7</sup> Aunque Shklar explica en este mismo ensayo qué entiende por el sentido clásico del vocablo utopía, me permito acudir a un pasaje tan breve como claro, contenido en otro texto. Estas son, pues, sus palabras: “*In utopia everything is in perfect order. More significantly, utopia does not call for action. Quite the contrary, it is the work of a resigned consciousness and of a social lesson learned by those who social futility has reduced to the melancholy of chronic inactivity. The author of a utopia plays with perfection because it is impossible and therefore positively invites the passive acceptance of the imperfections of the world as it is*” (Shklar, 1992, p. viii).



resulta sumamente heterogénea: “*Jacobinism [...] nationalism, socialism, communism, conservatism, imperialism, liberalism [!], anarchism, social Darwinism, racism, and, in due course, fascism and Nazism*” (2019, p. 122). Grandes sistemas que, con todo y su diversidad, cuentan con un par de elementos comunes a los que define de la siguiente manera: “*All have a theory of history, and all share to a larger or smaller degree the conviction that they are <<scientific>>*” (2019, p. 121).

Es, pues, tal llegada de las grandes ideologías la que explica por qué “*the right question to ask is not primarily should one obey public authority but what will promote human progress*” (Shklar, 2019, p. 127). De nuevo, y de regreso al ensayo anterior, esto es así en tanto que “*With its open-mindedness and experimentalism [science] had to replace older modes of thought which were incompatible with it. As such it was not only the vehicle of progress, but also the sole way in which the new society-in-change could be understood and guide*” (1998c, p. 167).

Y respecto al otro interrogante, Shklar dice que tal pervivencia en este lado del Atlántico se explica desde dos razones. La primera, puesto que mientras en Europa las grandes ideologías traen consigo el desvanecimiento del individuo para darle paso a un sujeto político colectivo y plural (construido desde las ideas de nación, raza o clase social), en los EE. UU. se mantiene vivo ese sujeto político individual, ese agente moral que osa indagar por las razones que lo obligan a él, que lo vinculan a él, con el derecho. Repárese en este uso del singular (*a él*), al mejor estilo de Sócrates, el gran protagonista del referido diálogo platónico y que, de acuerdo con lo que es para Shklar (2019) una adecuada lectura: “[he] *invokes a semi-divine authority that is all his own, unknown to his fellow citizens, and bases his defiance upon its inner voice, a private Oracle all his own*” (p. 38).

Y como segunda razón Shklar (2019) señala lo siguiente: “*That was due to America’s <peculiar institutions,> black chattel slavery*” (p. 166).

Tal y como entiendo las cosas, la combinación de estas dos razones disponibles en los EE. UU. explica un tipo de praxis política (y de su

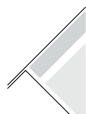


accesoria tradición teórica) en la(s) que ese elevado lugar moral asignado al individuo opera en doble vía. Es al mismo tiempo el elemento central que justifica una idea de legitimidad política ya alcanzada, la convicción de habitar bajo la influencia de instituciones que realizan en el acá y el ahora (y en los términos de una nítida ruptura con el hedor aristocrático de Europa) los valores que dan contenido a la justicia; ese *american exceptionalism* que, si se me permite decirlo con la vista puesta en Rawls, genera que ese dispositivo de una *sociedad bien ordenada* resulte ser (más que un ideal regulativo) una descripción empírica (tal y como afirma Rorty, 1998) de *cómo vivimos*<sup>8</sup>. Pero también, y en una dirección opuesta, este mismo estatus del yo/él opera como la consecuencia de un sistema institucional que ha tenido la permanente necesidad de enfrentar al mal político, esto es, que ha tenido siempre a la vista (y en convivencia con ese sentido de superioridad nacional) el dolor y la tragedia nacidas de la esclavitud, que opera, en suma, como el resultado del hecho de que “*Americans lived with it [léase, esclavitud] in pain, guilt, fear, and hatred*” (Shklar, 1995, p. 23).

Hasta aquí mi alusión a estas respuestas de Shklar. Gracias a estas tengo ahora dos lugares seguros hacia dónde dirigir mis fórmulas. Es más, de aquí en adelante hablaré de dos líneas argumentativas. La primera dirigida a explicar mi lectura de un Gargarella que discurre por los convulsionados caminos de la obligación política tras las huellas de Rawls, es decir, de la tradición política de los EE. UU. y, con esto, desde la segunda fórmula (*sin libertad no hay responsabilidad*). La otra línea, dirigida a establecer un contacto entre la fórmula contraria (*poner la paz antes que todo*) y el contexto europeo (la llegada de las grandes ideologías), esto, con el propósito de tener acceso a los elementos para llevar a cabo la sacudida a (y el aumento de complejidad en) las reflexiones del argentino. Sea este el lugar para decirlo, un asunto para el que miraré un trabajo de Espinosa y García (en adelante E-G) publicado en 2013.

---

<sup>8</sup> No sobra dejar claro que, con este uso de la primera persona del plural, traído desde Rorty y su lectura de la filosofía política de Rawls, estoy haciendo alusión al *nosotros* de los EE. UU, nada tiene que ver con el *nosotros* restringido de la tradición criolla.



## El juicio de derrota formulado por Gargarella y su filiación a la tradición de los EEUU

Para comenzar con la primera de mis dos líneas argumentativas, ofrezco a continuación la siguiente tabla:

**Tabla N° 1**

Gargarella bajo el trasfondo de Rawls

<b>EE. UU. Gargarella</b> (sin libertad no hay responsabilidad)		
<b>Teoría ideal: el sentido del derecho justo</b>		
Posición original (primera etapa)	(a) Autonomía individual	(b) Autogobierno colectivo
Asamblea constitucional (segunda etapa)	Acceso plenamente democrático a la sala de máquinas	
	(c) Derechos sociales y derechos colectivos propios de la cuestión indígena	
<b>Teoría no ideal: la obediencia parcial a las instituciones</b>		
(d) Derecho a la protesta		
[Desobediencia civil/objeción de conciencia]		
(e) Derecho de resistencia		

### El trasfondo rawlsiano

Mi primer comentario a la tabla N° 1 más que una explicación es una advertencia. Todo aquel que conozca la magnitud y profundidad tanto de la obra de Rawls como la del propio Gargarella, comprenderá de inmediato lo pretencioso que resulta cualquier intento por acreditar su conexión. Por este motivo, esta parte inicial de mi ejercicio de reconstrucción se basa en una división del legado rawlsiano en tres grandes



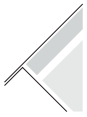


campos, cuyo criterio de demarcación está en las siguientes preguntas y con las que pretendo limitar mis consideraciones a los elementos que surgen exclusivamente desde la última:

- ¿Cuáles son los valores políticos a incorporar dentro de (a defender por) una estructura básica para que sea justa?<sup>9</sup>
- ¿Cómo podemos crear o fijar aquellos contenidos sustanciales de manera que resulten coherentes con el hecho del pluralismo (que no deriven en el hecho de la opresión)?
- ¿Cómo debemos entender la relación entre dichos contenidos sustanciales (sean los que sean) y el proceso político de creación del derecho?

---

<sup>9</sup> Este primer campo queda, pues, constituido por la concepción de la justicia que Rawls denomina *justice as fairness*, es decir, por sus bien conocidos principios de la igual libertad y de diferencia y cuyos elementos más relevantes (al menos en lo que son sus puntos críticos respecto al argentino) son su controversial ordenación lexicográfica, la inclusión de las libertades políticas en el primer principio y lo que será finalmente (quiero decir, desde la reformulación que tiene lugar en el texto *Liberalismo Político*) la garantía de su valor equitativo (solo y exclusivamente, para tales libertades políticas). A esto le puedo agregar que se trata de un campo donde la cercanía (o lejanía) con Gargarella dependerá de un ejercicio de comparación con los elementos sustanciales de su igualitarismo (los valores que dejé enunciados desde el esquema, numeral 2). Y aunque es un campo del que no me voy a ocupar, un claro punto a favor de su cercanía aparece justamente desde el elevado valor moral asignado al individuo, desde semejante importancia del yo respecto a cualquier intento de sumisión (o erosión) a nombre de cualesquier *nosotros*. Elemento que, tal y como entiendo las cosas, tiene en Gargarella su clara expresión desde lo que es un intento por hacer compatibles los mencionados valores de la autonomía individual y el autogobierno colectivo. Y en Rawls es nada menos que la carta de presentación de *TJ*, mínimo, frente a la pregunta del porqué identifica al pensamiento utilitario (una de las *ideologías* liberales, con su propia teoría de la historia y del progreso) como el gran rival a vencer, en tanto su gran promesa apunta a develar qué tipo de exigencias o sacrificios dirigidos al yo resultan moralmente detestables en una sociedad democrática con todo y la justificación que pueda traer consigo la idea de mayor ventaja para el *nosotros*.



Limitado, pues, al último de estos campos, hablaré del trasfondo rawlsiano en los términos de *cierto tipo de entendimiento del proceso político de creación del derecho*. Un campo de cuyo primer elemento da cuenta la división de toda esta tabla N° 1. Sus dos bloques (formados a partir de cada celda grisácea) ilustran la línea que traza Rawls entre una parte ideal y otra no ideal de su teoría de la justicia. A lo que he de agregar lo que en mi varias veces referido libro llamé un plan de trabajo para la reflexión filosófica y de acuerdo con el cual Rawls establece que “la prioridad está del lado de los aspectos ideales” (Gallo, 2020, p. 30), de manera que, “de lo que se trata es de fijar los elementos propios de la teoría ideal [primera parte de la tabla], para luego intentar resolver, desde ellos, los diferentes problemas relacionados con la obediencia parcial a las instituciones [segunda parte]” (Gallo, 2020, p. 30).

Esta fijación de los elementos normativos propios de la parte ideal aparece en el primer bloque en la forma de una secuencia argumentativa (a, b y c). Secuencia que, en aras de llevarla a un entendimiento rawlsiano del proceso político de creación del derecho, propongo leer en los términos de ese “marco de pensamiento” (Rawls, 1998, p. 100) para el que el propio Rawls utiliza la expresión *posición original*. Marco de pensamiento, debo señalarlo, que no se agota en las condiciones de deliberación imparcial respecto a la estipulación de los principios de la justicia, sino que incluye cuatro etapas para entender (desde la reflexión filosófica<sup>10</sup>) dicho proceso de creación de las formas jurídicas, a saber: además de la que es propiamente la posición original, las etapas constitucional, legislativa y de adjudicación.

---

<sup>10</sup> Un punto clave en este marco de pensamiento que traigo desde *TJ* es dicho estatus filosófico: “La idea de una secuencia de cuatro etapas forma parte de una teoría moral y no pertenece a la descripción del funcionamiento de las constituciones reales, excepto en lo que los agentes políticos pudieran estar influidos por esta concepción de la justicia. En la doctrina del contrato, los principios de la justicia han sido ya acordados y nuestro problema estriba en formular un esquema que nos ayude a aplicarlos. El objetivo es caracterizar una constitución justa y no adivinar el tipo de constitución que pudiera ser adoptado o acordado, basándose en suposiciones sobre la vida política, más o menos realistas (aunque simplificadas) y, mucho menos, basadas en suposiciones individuales del tipo característico de la teoría económica” (*TJ*, p. 189).



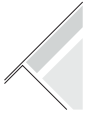
En este marco de pensamiento, mi propuesta es, entonces, que mientras los elementos (a) y (b) de dicha secuencia (justamente los valores constitutivos del igualitarismo político) sean leídos como parte de la primera etapa (de la posición original en sí), al elemento (c), a esas dos referencias al lenguaje de los derechos, se les ubique en la segunda etapa, en la asamblea constitucional. He de agregar que no se trata de una propuesta sacada del sombrero. Todo lo contrario. Aparece expresamente en Gargarella (2020) al momento de formular la penúltima (entre las ya referidas siete) tesis con las que justifica el juicio de derrota de nuestro actual derecho. Lo anterior, en un párrafo que me permito transcribir y en el que (desde una lectura del legado rawlsiano con un marcado tono pragmático) aparece el espacio para el filósofo de la política, a quien, a la mejor manera del referido plan de trabajo, se le encomienda la traducción de principios (“o ideales regulativos”, Gargarella, 2020 p.71) en instituciones:

*Por supuesto, no se trata solo de determinar, en abstracto, qué reglas o esquemas institucionales son mejores, si no contamos con la fuerza política y social necesaria para movilizar tales cambios, y sobre todo para volverlos estables. En ausencia de dicho respaldo político-social, ningún cambio puede tornarse efectivo<sup>11</sup>. Con todo, mencionémoslo otra vez: mucho de lo que no se hizo hasta hoy, y mucho de lo que se hizo mal, tiene que ver también con la falta de claridad teórica acerca del “dónde” – “hacia dónde ir” – y el “cómo” – “qué medios particulares escoger para llegar allí” – . (Gargarella, 2020, p. 72)*

Como desarrollo de este quehacer filosófico, tenemos entonces un par de valores políticos (a y b) que orientan el *hacia dónde ir*, así como una traducción en instituciones (elemento c) que en el actual modelo del constitucionalismo (en la CP91) configuran la elección de *ciertos medios particulares para llegar allí*. Abajo explicaré con detalle cómo en la celda que interrumpe la secuencia (a-b) y (c), aparece el más importante de

---

<sup>11</sup> Debo agregar que este tono pragmático para leer la filosofía política de Rawls y que acá muestro como expreso en Gargarella, puede verse también en Pogge (1989), nada menos que como ejemplo de la manera en que son directamente sus alumnos quienes aprendieron (y enseñan ) a leer *TJ*; sus palabras: Rawls “*claims no truth for his conceptions beyond its potential to serve as the core of overlapping consensus.*” (Pogge, 1989, p. 4).



los argumentos (el argumento estructural) con el que Gargarella justifica el juicio de derrota de tal constitucionalismo (de la CP91). Sin embargo, antes de darle paso a esta explicación debo ofrecer una serie de consideraciones que por razones de claridad expositiva dividiré en dos grupos. A las del primer grupo les dedicaré el resto del presente acápite y estarán dirigidas a profundizar en las connotaciones rawlsianas que trae consigo (lo que es esta propuesta de leer) tal discurrir del argentino. A las del otro grupo las trabajaré en el siguiente acápite.

Inicio con este primer grupo de consideraciones desde la pregunta por el cómo se debe entender la relación entre ese par de elementos que aparecen en dicho quehacer de la reflexión filosófica, entre (primero desde Rawls) la posición original y la asamblea constitucional, con esto, (ahora desde Gargarella) entre tales fines (el *dónde*) y medios (el *cómo*) o (directamente desde la tabla) entre los valores del igualitarismo (a-b) y el lenguaje de los derechos (c). Un asunto que, en el legado rawlsiano, se resuelve con un tipo de entendimiento del proceso político de creación del derecho que queda definido de la siguiente manera: “una constitución justa es un caso de justicia procesal imperfecta” (*TJ*, p. 210) o, desde un pasaje anterior, “obviamente, cualquier procedimiento político practicable puede producir un resultado injusto [...] En el caso de un régimen constitucional [...] es imposible realizar el ideal de la justicia procesal perfecta. El mejor esquema alcanzable es de justicia procesal imperfecta” (p. 189).

Esta respuesta rawlsiana, esta manera de ubicar las decisiones políticas revestidas por la forma constitucional en el ámbito de la justicia procesal imperfecta tiene, por lo menos, tres significados. De un lado, significa que su validez (la validez del literal c en la secuencia argumentativa de la tabla 1) es un asunto normativo y no de simple facticidad, o para decirlo desde la tipología que propone Schmitt (2012), significa que para dicha validez queda cerrado el camino del pensamiento decisionista y según el cual una constitución “surge de una nada normativa y de una concreta falta de orden” (p. 273).

También significa que tal validez normativa establece *elementos sustanciales* específicos que restringen *a priori* el ámbito de decisión de los representantes a la asamblea constitucional; acá, por oposición al ámbito



de la justicia puramente procesal en donde los criterios normativos quedan circunscritos a las *condiciones* que aseguren una deliberación imparcial, puesto que “en estos casos no existe un criterio independiente [sustancial y *a priori*] por referencia al cual se pueda saber que un determinado resultado es justo” (*TJ*, p. 91).

Por último, significa que a tales elementos sustanciales se les otorga un *estatus ideal*. Lo que desde la manera en que Alexy (2007) lee el concepto kantiano del derecho significa que se trata de *principios de la razón práctica* y como tal “plantea[n] un máximo hacia un arquetipo” (p. 391), o, con un poco más de detalle, “corresponde a la naturaleza de las ideas, y con ello también a la naturaleza de su perfección, que solo puedan realizarse en la realidad en forma aproximada” (2007, p. 392). Esto, en contraste con lo que el propio Rawls llamó el ámbito de la justicia procesal perfecta y donde estos elementos sustanciales se entienden como una “norma independiente para decidir el resultado que es justo [hasta acá ambos ámbitos son iguales], y un procedimiento que garantiza que se llegará a él” (*TJ*, p. 90), que hace pensar que la perfección es plenamente realizable, está a nuestro alcance.

Cada uno de estos significados (de estas diferencias y rupturas) me abren el camino para enunciar tres elementos que resultarán cruciales para mis intereses (para mi ánimo polémico en contra del poderoso vínculo entre nuestro *ethos* y la primera fórmula). El primero de estos consiste nada menos que en la posibilidad de dotar de rostro jurídico a la ya referida particularidad de los EE. UU., la reitero, la pervivencia de la pregunta por el derecho/deber de (des)obediencia a las normas establecidas. Dentro de sus prácticas políticas encontramos una noción del derecho que acepta, incorpora y da pie a la existencia de normas (expresamente reconocidas como) moralmente inicuas, o lo que es igual, que deja disponible la noción del *derecho ilegítimo*. Y lo deja disponible en tanto que ubica al *yo/él* en una posición protagónica para la emisión del juicio de incorrección o de injusticia, porque reconoce la independencia de este sujeto político singularizado respecto a los juicios que emanan de las instituciones mismas, de las autoridades constituidas. Cuando estas últimas son el resultado de un proceso deliberativo que incluye la regla de las mayorías, se trata, pues, del reconocimiento del individuo como



agente moral independiente a dichos juicios mayoritarios. Dejo que sean las páginas mismas de *TJ* las que terminen de ilustrar esta forma:

*[...] en una sociedad democrática, se reconoce que cada ciudadano es responsable de su interpretación de los principios de justicia, y de su conducta a la luz de estos principios. No puede haber una interpretación legal o socialmente aprobada de estos principios que siempre nos obligue moralmente, ni aunque provenga de un tribunal supremo o de la legislatura. En realidad, cada agencia constitucional, la legislatura, el ejecutivo y los tribunales ofrecen su propia interpretación de la constitución, y los ideales políticos que la imbuyan [...] El último tribunal de apelación no es un tribunal, ni el ejecutivo, ni la asamblea legislativa, sino el electorado en su totalidad (p. 354).*

Segundo, me permite mostrar esta crucial disponibilidad de la noción del derecho ilegítimo en los términos de aquellos contrastes. De una parte, y desde lo que es, sin duda, el más claro de los choques, basta con hacer expresa la manera en que esta idea del individuo como agente moral acreditado como tribunal último de apelación sería leída desde el “caso clásico del pensamiento decisionista [que] aparece en el siglo XVII con Hobbes” (Schmitt, 2012, p. 272), a saber: como una grieta en la solidez de la voluntad soberana, como una apertura a las doctrinas sediciosas, y que, en ambos casos, representan nada menos que la amenaza de regreso al estado de naturaleza.

Menos nítido resulta este contraste (de la justicia procesal imperfecta) con los ámbitos de la justicia puramente procesal y la justicia procesal perfecta. Ocurre que también en estos tiene lugar la noción de derecho ilegítimo, ya sea porque la deliberación se realiza bajo procedimientos que no garantizan decisiones o resultados imparciales (puramente procesal), o porque sus resultados terminan siendo contrarios a los criterios o puntos de llegada fijados de manera previa e independiente (procesal perfecta). Sin embargo, la crucial diferencia con el ámbito de la justicia procesal imperfecta está en que estas otras alternativas, y gracias a la disponibilidad de una constitución justa (a la idea de que la justicia es realizable), hacen de lo ilegítimo una noción extra-jurídica, una noción que no puede ser explicada como un fenómeno jurídico, en suma, que no deja lugar para la juridificación del derecho ilegítimo.



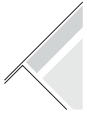
Tercero, me permite hacer expresa una posibilidad teórica, a saber: que es justamente esta disponibilidad de la noción del derecho ilegítimo la que da cabida (en el entendimiento mismo del proceso de creación del derecho) a categorías políticas dicotómicas como débiles y fuertes, dominados y dominadores, víctimas y victimarios, opresión y emancipación. Categorías que dejan de ser el monopolio exclusivo de los herederos del Rousseau del segundo discurso (abajo señalaré a Benjamin y Agamben) y que en lugar de operar como base para la apuesta por la eliminación de todo ejercicio del poder revestido por las formas jurídicas, aparecen incluidas *dentro* del universo del derecho, o con un estatus propiamente jurídico; por esto, como reto (enunciado 4 del esquema), para evitar que este fantasma reaparezca en el horizonte.

Hasta aquí mi primer grupo de consideraciones, con esto, todo este acápite. Le doy paso de inmediato a las del segundo grupo.

## **El caso Brown, su irradiación a la CP91 y la identificación de dos argumentos**

Para este segundo grupo acudiré al prólogo de un libro co-editado por Gargarella en 2006. Concretamente, a la manera en que su autor, Owen Fiss, ofrece una serie de aseveraciones que me permiten mostrar no solo la forma en que los tres elementos anteriores encuentran su lugar (son institucionalizados) en el derecho positivo estadounidense. También me permiten mostrar tal llegada (nada menos que) como resultado de *un repensar*, de un *poner bajo cuestión* el entendimiento del derecho.

Ambas cosas tienen lugar en 1954 cuando la Corte Suprema, en *Brown vs. Board of Education*, “*not only revised our understanding of constitutionalism but also confounded our expectation of the judiciary*” (Fiss, en Gargarella *et al*, 2006, p. xi). Como resultado de esta revisión aparece, de un lado, una ampliación de la praxis jurisdiccional gracias a la cual, a la función de simple “*policing a set of limits on the state*”, se le une la tarea de “*giving concrete meaning to the ideals of the Constitution and crafting the rights needed to implement that meaning*” (p. xi). Y del otro, se le da paso a una valoración política opuesta a la tradicional idea del juez como “*an instrument*



*of the ruling elite*” (p. xi); opuesta, en tanto ubica en dicha figura una labor políticamente comprometida con la transformación social, con las necesidades (exigencias a favor) de los más débiles, los dominados y las víctimas del derecho ilegítimo.

Lo anterior no es todo. Ocurre que (al menos si se hace eco de esta lectura de Fiss sobre el constitucionalismo de los EE.UU.) dicho caso puede además ser calificado de antecedente inmediato para *nuestra* necesidad actual del *repensar*, o lo que es igual, de *fuerza* del que es *nuestro* actual derecho (latinoamericano o colombiano, dependiendo del uso de esta primera persona del plural) y sobre el cual Gargarella formula su aseveración de derrota. De *fuerza*, en suma, de nuestra apuesta actual por la dimensión reivindicativa de la función judicial y a la que (a su vez) le ha llegado la hora de ser sometida al tribunal de nuestra razón.

Basta con mencionar (ahora sí desde el uso restringido) a la sentencia T-406 de 1992 para mostrar la manera en que este referente del Norte se abrió espacio en el devenir espiritual del constitucionalismo criollo. Tal vez no en los términos de una importancia similar respecto a los alcances fácticos de la decisión, pero sí, en tanto da cuenta de lo que fue la llegada del mismo tipo de giro en la forma de entender el estatus político de las formas jurídicas y, especialmente, de la función judicial. Y es que mientras Fiss afirma que “*Brown went global*” (en Gargarella *et al*, 2006, p. xiii), en las páginas de dicho fallo, la Corte Constitucional declara el arribo de los “desarrollos contemporáneos alrededor de la idea del juez como instrumento de paz social y como pieza central de un orden democrático” (II.14.c). Hay más. Mientras Fiss señala que,

*Countries throughout the world began to view Brown as an inspiration not as an aberration. The protection of rights came to be seen as the highest function of a constitution. It was also understood that only an independent judiciary, fully committed to public reason, could safely be entrusted with giving practical reality to the ideals of the constitution* (p. xiii).

Nuestra Corte, por su parte, le da paso a un apartado que con todo y lo sumamente conocido, me permito transcribir:

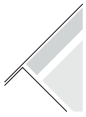




La coherencia y la sabiduría de la interpretación y, sobre todo, la eficacia de los derechos fundamentales en la Constitución de 1991, están asegurados por la Corte Constitucional. Esta nueva relación entre derechos fundamentales y jueces significa un cambio fundamental en relación con la Constitución anterior; dicho cambio puede ser definido como una nueva estrategia encaminada al logro de la eficacia de los derechos, que consiste en otorgarle de manera prioritaria al juez, y no ya a la administración o al legislador, la responsabilidad de la eficacia de los derechos fundamentales. En el sistema anterior la eficacia de los derechos fundamentales terminaba reduciéndose a su fuerza simbólica. Hoy, con la nueva Constitución, los derechos son aquello que los jueces dicen a través de las sentencias de tutela (subrayado en el original) (§I. 12).

Una vez más he de decir: lo anterior no es todo. Además de servir de ejemplo y de fuente, este acontecimiento político de los EE.UU. también permite llegar al ya anticipado argumento estructural de Gargarella. Ese que, lo reitero, valiéndose del entendimiento rawlsiano del proceso político de creación del derecho, aparece como fundamento de su aseveración de derrota de la CP91 (o, de lo que ahora puedo señalar como ese derecho nacido del vínculo *Brown-T406/92*). Se trata de un argumento que, de hecho, resulta común entre ambos constitucionalismos (el de los EE.UU. y el de Colombia) razón por la cual puede ser perfectamente anticipado desde el mismo Fiss (aunque aquí como simple descripción, falta poco para llegar a la crítica): “*the adoption of constitutions that emphasized rights over structure, that saw these rights as the embodiment of the highest aspirations of the nation, and that empowered the judiciary to turn these aspirations into a living reality*” (en Gargarella et al, 2006, p. xiii).

Va nuevamente, y por última vez, la misma advertencia. Y es que, a pesar de su brevedad, la riqueza del escrito de Fiss es tal que ofrece aún otro elemento. Hablo de un argumento adicional (diferente al estructural) en contra de nuestro actual derecho y que propongo denominar empírico. Denominación que da cuenta de la manera en que, lo que es una clara correspondencia en el ámbito de las reflexiones y consideraciones normativas entre *Brown y T-406/92*, se topa con una abismal lejanía en el campo de las circunstancias y las prácticas políticas. Ello, en lo que es, a su vez, una doble dimensión de



la realidad (exclusivamente) norteamericana. De un lado, desde el hecho de que (al menos durante la década de los 60) en su pretensión de transformación social (“*that has become known as the Second Reconstruction*” p. xi), la Corte Suprema encontró pleno apoyo tanto en el poder ejecutivo como en el legislativo<sup>12</sup>. Del otro (por su importancia acudo directamente a sus palabras): “*The social transformation decreed by Brown also depended on a robust civil society [...] The United States had long been blessed with organizations that could perform [its necessary social] functions*” (en Gargarella et al, 2006, p. xii) y, unas pocas líneas después: “*Citizens were mobilised as well, and in countless demonstrations and protests insisted upon all that Constitution promised*” (p. xii).

Aunque ambos tipos de argumentos son vitales para mis intereses, debo advertir lo siguiente. Por razones de espacio, me veré obligado a dejar de lado (darlo por sentado tal vez como suficientemente conocido) el problema empírico de las relaciones conflictivas entre jueces y demás poderes públicos en Colombia. Y es por ello por lo que paso de inmediato (y ahora sí) al argumento estructural de Gargarella. La otra parte del argumento empírico, esa gran bendición de la sociedad norteamericana, llegará (como debe ser) con mis consideraciones de la parte no ideal de la teoría de Rawls (acápite 8).

## La incorrección moral de la CP91: el argumento estructural

No conozco una manera más precisa de adentrarse en el argumento estructural que desde su ubicación epocal, es decir, desde lo que es para Gargarella (2014) el referido devenir del espíritu constitucional latinoamericano. Un devenir que él mismo divide en los tres siguientes estadios: (i) el que acaece con nuestras guerras de independencia y donde se afirman los modelos puros de los constitucionalismos conservador, liberal y republicano; (ii) *el constitucionalismo de fusión* (finales del siglo XIX), resultado del pacto entre las élites liberales y conservadoras en aras de

---

<sup>12</sup> Dice Fiss: “*The hallmark of the civil rights era in the United States was a coordination and not a separation of powers; each of the three branches exercised its distinctive powers in pursuit of the same end -equality*” (en Gargarella et al, 2006, p. xii).



cerrarle el paso al radicalismo político de los republicanos; finalmente, (iii) el *constitucionalismo de mezcla*, estadio al que pertenece justamente el objeto de este repensar y que, tal como entiendo las cosas, resulta a su vez compuesto por dos etapas. De un lado, la que surge con los dos hechos políticos cruciales en la historia del siglo anterior, “la llegada de los trabajadores a la política, y de los derechos sociales al constitucionalismo” (2014, p. 267); del otro, la ampliación de su apuesta por los más débiles con la institucionalización de la cuestión indígena.

Partir de esta filiación epocal resulta clave, puesto que el argumento estructural dice que la derrota de *nuestro* constitucionalismo de mezcla obedece al hecho de que todas las actuales son “*constituciones con dos almas*” (Gargarella, 2020, p. 55). Un alma progresista que logra superar el bloqueo impuesto en el estadio anterior a las reivindicaciones de tipo emancipatorio y la otra anclada a dicho pasado y, por lo tanto, aún en conexión con los intereses propios (y todavía triunfantes) de los poderosos. Directamente desde sus palabras: mientras que en sus respectivas partes dogmáticas los actuales textos constitucionales “alcanzaron dimensiones extraordinarias” (2020, p. 54), la “organización del poder [eso que denominamos parte orgánica y que Gargarella bautiza como *sala de máquinas*], sin embargo, tendió a mantenerse en línea con el <viejo modelo> del gobierno de minorías, propio de la <época fundacional> del constitucionalismo” (pp. 54-55).

O para decir las cosas de regreso a la tabla N° 1, de acuerdo con Gargarella, la causa de la derrota de la CP91 está en el déficit democrático ilustrado como imposibilidad de acceso a la sala de máquinas (celda que interrumpe la secuencia argumentativa *a, b, c*). De esta manera, el argumento estructural adquiere la forma de dos juicios concretos de moralidad política. Uno, partiendo de dicha celda y con la mirada hacia abajo (al elemento *c*), dice que solo desde dicho cuarto de máquinas será posible darle un uso político adecuado al lenguaje de los derechos, para que operen como herramientas verdaderamente emancipatorias. El otro juicio mirando hacia arriba (a los elementos *a, b*) afirma que solo desde dicho cuarto de máquinas los ideales de autonomía y autogobierno dejarán de ser algo más que promesas incumplidas (o, de manera más coherente con mi lectura, encontrarán una traducción que cumpla mejor con el ideal de perfección y



corrección políticas). Todo esto, bajo ese trasfondo rawlsiano que vuelve a aparecer en el siguiente pasaje, al que le agregó un inicio con el que, estoy plenamente convencido, no incurro en ninguna impropiedad:

[Gracias al quehacer del filósofo] tenemos alguna claridad [...] acerca de la dirección de los cambios institucionales deseables. Sabemos que debemos volver a conectar el sistema institucional con principios democráticos que este rechazó en sus orígenes [este es el *fin*, el *hacia dónde ir*], de forma que restablezcamos el lazo entre el proceso de toma de decisiones y una ciudadanía que hoy se considera ajena a él. Al mismo tiempo, tenemos alguna claridad acerca del contenido de tales cambios [viene el cómo, vienen los *medios*]: deben basarse en mecanismos inclusivos y dialógicos, capaces de poner en acto el ideal de la <<conversación entre iguales>>. Hoy sabemos que esa aspiración ya no representa una lejana utopía, un breviario de ideales abstractos y ajenos a la realidad (Gargarella, 2020, p. 72).

Le doy ahora paso a una consideración que resulta crucial para este argumento. Y es que es el propio Gargarella quien califica a la CP91 como una importantísima excepción en el constitucionalismo de mezcla. La razón, *nosotros* (sentido restringido) contamos con una vía inédita (y aún extraña en el resto de la región) para llegar al centro de mando de tal sala de máquinas:

a través de la acción de tutela que le permite a cualquier persona acceder a la Justicia sin ninguna exigencia formal, sin la necesidad de incurrir en costos económicos, sin el requerimiento de contratar a un abogado, y sin siquiera tener que demostrar que uno tiene un interés concreto en el asunto por el que reclama. Es decir: una apertura máxima, difícilmente superable, en términos de acceso al tribunal (Gargarella, 2014, p. 338).

Y si las cosas son de esta manera, un esbozo adecuado de tal argumento estructural exige preguntar lo siguiente: ¿por qué, con todo y este acceso excepcional a la toma de decisiones judiciales con rango *iusfundamental*, la CP91 sigue haciendo una constitución hostil, con dos almas?

Para Gargarella la respuesta está, creo, en el hecho de que por más ilimitado que sea tal acceso a los estrados judiciales, se mantiene intacta la



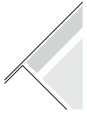
secuencia (a, b, c) y con esto, ese elemento permanente en todo nuestro devenir espiritual al que denomina el “principio de *desconfianza democrática*” (Gargarella, 2020, p. 52). Dicho de otra manera, la acción de tutela no puede leerse como la vía para tener acceso pleno a la sala de máquinas, como respuesta satisfactoria a sus dos juicios concretos de moralidad política y en tanto que medida necesaria para reencaminarnos a la idea del derecho justo. Nada de esto, porque mientras los jueces (sean solo 9 miembros de la Corte Constitucional, sea cualesquiera, en tanto que juez de tutela) ocupen el lugar “de la última palabra” (Gargarella, 2005, p. 87) existirá un vínculo irrompible entre los derechos y el elitismo (en 2005b habla de *elitismo epistémico*) propio de todo gobierno de minorías.

Si es que he entendido bien sus argumentos, para justificar este último vínculo es posible acudir a dos tipos de razones. Las del primer tipo fueron anticipadas por Nino y su llamado de atención frente a la paradoja de quienes, rebosantes en intenciones emancipatorias, pero limitados a la parte dogmática de las constituciones, “transferían poderes adicionales al Poder Judicial: esto es, a la rama del poder más alejada de la elección y el control populares, o, en términos jeffersonianos, a la rama del poder menos republicana de todas” (Gargarella, 2014, p. 251). El resultado, un lenguaje que pierde su *fuerza política explosiva* en tanto que “los derechos reconocidos tendieron a convertirse, de ese modo, en privilegios y concesiones que el poder concentrado resistía y otorgaba, como gracia, a quienes consideraba merecedores” (Gargarella 2020, pp. 55-56)<sup>13</sup>.

Mientras que al otro tipo de razones las puedo presentar como un reconocimiento, o aceptación, del carácter irresuelto e indeterminado de esta herramienta lingüística. En sus palabras: “los derechos no deberían ser asumidos como autodefinidos o transparentes en relación con su significado e implicaciones” (2014, p. 315, n.p. 10). O, tal y

---

<sup>13</sup> Aunque la expresión fuerza política explosiva la traigo de Habermas (2012), su sentido más claro y, tal y como entiendo las cosas, cercano al propio Gargarella, puede rastrearse directamente desde Kant. Cito el siguiente pasaje: “fue en Kant donde tuvo lugar la unión entre el rechazo frente a todo tipo de subordinación ante otro sujeto o, en sus palabras, el sentimiento de odio frente al estatus de lacayo, de sujeción y de jerarquía; la unión, digo, con el valor de la autonomía” (Gallo, 2020, p. 156). Para una atractiva versión de los derechos que desarrolla esta idea recomiendo a Baccelli (2001).



como sostiene Cano (2021) tras las huellas de Young, tal significado “es resultado del esfuerzo colaborativo de una comunidad epistémica que llega a un acuerdo provisional [...] los derechos <<se constituyen>> mediante procesos de interpretación, *enforcement* y lucha social” (p. 142). Y si esto es así, lejos de ser una cuestión saldada por el texto constitucional, la lucha política apenas inicia con la atribución de sus significados. Y si también esto último es así, queda claro por qué para Gargarella (tras las huellas de Waldron) “los derechos no son ni deben ser pensados como independientes de la democracia” (2014, p. 315). Una vez más, y si esto último es así, la posibilidad de tener acceso pleno a la sala de máquinas condiciona un uso político adecuado de esta herramienta lingüística; un uso para el que (los constitucionalistas exponentes del igualitarismo de hoy) aún debemos aprender lo que los intelectuales (conservadores) del siglo XIX tenían tan claro, a saber: que “el mejor cambio en la sección de los derechos es el que se asegura actuando sobre la organización del poder” (Gargarella, 2014, p. 253).

Aunque sea evidente para cualquier lector atento, debo expresar que la línea argumentativa que conecta a Gargarella con Rawls aún no está completa. Aún me hace falta discutir los aspectos no ideales de la teoría (segundo bloque de la tabla N° 1). Pero antes de llegar a este crucial punto, considero necesario darle entrada a la línea argumentativa opuesta. Con mayor precisión, debo darle paso a mi lectura del referido trabajo de E-G y desde el cual resulta posible establecer un vínculo con la tradición europea y con mi primera y opuesta fórmula (*poner la paz antes que todo*).



## Primera sacudida a los cimientos rawlsianos: el *apartheid* institucional y su nexa con el contexto europeo

Para ilustrar lo que será, entonces, otro tipo de panorama intelectual que genere una sacudida en los cimientos rawlsianos desde donde trabaja Gargarella, ofrezco una nueva tabla. En esta, además de ilustrar la segunda línea argumentativa y con el fin de lograr un mejor contraste, he decidido incluir la mayoría de los elementos de la tabla anterior.

**Tabla N° 2**

Gargarella (bajo el trasfondo de Rawls) Vs. Espinosa y García

EE. UU. Gargarella <i>(sin libertad no hay responsabilidad)</i>		Europa Espinosa y García <i>(poner la paz antes que todo)</i>	
<b>Teoría ideal: el sentido del derecho justo</b>		<b>El <i>apartheid</i> institucional</b>	
(a) Autonomía individual	(b) Autogobierno colectivo	(f) El derecho al Estado	
Acceso pleno a la sala de máquinas		(g) Autonomía individual	(h) Autogobierno colectivo
(c) Derechos sociales y derechos colectivos propios de la cuestión indígena		(i) Derechos sociales y derechos colectivos propios de la cuestión indígena	
<b>Teoría no ideal: la obediencia parcial a las instituciones</b>			
(d) Derecho a la protesta			
Desobediencia civil			
(e) Derecho de resistencia			



## Un esquema intelectual alternativo

Voy a comenzar la explicación de esta nueva tabla (mejor, de su columna derecha) con una nueva advertencia. A diferencia de lo que ocurre con cada uno de los elementos de la secuencia argumentativa anterior (*a-e*), cada uno de ellos considerado por Gargarella, E-G (en el ensayo de 2013) construyen toda su reflexión desde el (o como diré dentro de poco la limitan al) elemento (*f*), desde (o *limitada a*) la idea de que las personas tienen “derecho a invocar la protección estatal [...] tienen derecho al amparo institucional, [tienen] un derecho al Estado” (E-G. p. 14). El resto de la secuencia (*g, h, i*) es simplemente un traslado desde la línea rival, o lo que es igual, hace parte de mi apuesta hermenéutica para darle forma a este ejercicio de exposición/contraposición.

Nada mejor para justificar la incorporación de estos elementos adicionales (*g, h, i*) que tomar prestadas las palabras con las que Habermas (1998) inicia su crítica a Rawls: también el descuerdo de E-G con Gargarella “permanece dentro de las limitadas fronteras de una disputa familiar” (p. 42). Y si esto es así, este ejercicio de sacudida girará en torno a lo que veo como una necesaria identificación de los puntos de choque entre dos opciones o alternativas teóricas que (esta vez desde la respuesta de Rawls a Habermas) están “de acuerdo en muchas cosas” (Rawls, 1998, p. 76).

De hecho, el primer y gran acuerdo entre ambas líneas argumentativas aparece en la necesidad misma de repensar nuestro actual derecho. También E-G parten de lo obligatorio que nos resulta someter al tribunal de la razón ese derecho estatuido desde la CP91. El motivo: hoy, 30 años después de su entrada en vigencia, una enorme parte de nuestra población vive expuesta a graves situaciones de vulnerabilidad humana, como consecuencia de un “fenómeno estructural de violación de derechos” (E-G. p. 14). También desde su trabajo resulta posible formular un juicio de derrota ante la vigencia de un “Estado de derecho deficiente” (E-G. p. 17). Un juicio susceptible, incluso, del mismo uso ampliado del *nosotros*, puesto que en toda Latinoamérica (afirman) los elementos propios de tal estado de derecho (legitimidad, legalidad y eficacia) presentan “marcadas deficiencias, de tal manera que, por ejemplo, la eficacia del Estado no siempre se consigue de forma legítima





y, en ocasiones, el Estado legítimo es incapaz de imponerse ante los individuos y los grupos poderosos, legales o ilegales” (E-G. p. 148).

Pese a esto, este ejercicio del repensar alternativo no se realiza ya desde un juicio de derrota que pretende exponer la incorrección moral implicada en el argumento estructural. De lo que se trata es de dirigir la mirada a otro tipo de mal político, para el que funciona igual de bien a como aconteció arriba el vocablo *empírico* y cuyo origen está en lo que E-G denominan un *apartheid institucional*. Expresión con la que intentan develar el fenómeno de “abandono institucional de grandes porciones del territorio” (E-G. p. 12) colombiano y que, según sus propias cifras, tiene lugar en más del 60% de tal ámbito espacial de validez del derecho nacido desde Brown-T406/92.

Soy consciente de los muchos requerimientos explicativos que trae consigo tal esbozo del parecido y de las disputas de familia entre ambas líneas. Sin embargo, en aras de maximizar el espacio y darle paso a la cuestión de la obligación política, voy a limitarme a añadir un nuevo esquema intelectual. Un esquema que pretendo que sirva de espejo y réplica al que planteé al inicio para Gargarella, razón por la cual mantiene el mismo orden numérico. Va, pues, tal esquema:

1. Con relación a su estirpe intelectual, E-G no solo abandonan a Rawls sino al contexto norteamericano en su conjunto. Nuestras instituciones, afirman, “dista[n] mucho del modelo institucional europeo del cual, en buena medida, son herederas” (p. 147). Y es por esto por lo que la gran cuestión a enfrentar es la construcción de Estado. Un desafío que apunta a que nosotros (sentido restringido) alcancemos de manera simultánea lo que en el viejo continente se logró mediante un espaciado proceso, a saber: poder político eficaz (que ha triunfado en el desafío de convertirse en el depositario exclusivo del ejercicio de la fuerza), legítimo (en tanto que democrático) y legal (respetuoso de los derechos de las minorías). Se trata, pues, de un giro en el que la cuestión (contenida en *TJ*) sobre el uso de la fuerza estatal en condiciones de injusticia es reemplazada por esta otra pregunta: “¿cómo entender semejante desafío de construcción institucional en Colombia?” (E-G. p. 36).



2. Su filiación ideológica corresponde igualmente al horizonte igualitario. De esto dan cuenta dos tipos de consideraciones:
  - a. El altísimo valor que otorgan a las instituciones del Estado social (literal *i*). Valor que dejan claro desde su advertencia inicial y según la cual la defensa de un “derecho al amparo institucional [... no hace alusión] a cualquier Estado, por supuesto, sino a un Estado social” (E-G. p. 14). Así como también uno de sus últimos juicios con el que afirman que “el caso ideal está representado por el ESD, con un grado mayor de eficacia y de legitimidad” (p. 150).
  - b. Las razones con las que explican el uso del vocablo *apartheid*. Un uso que obedece nada menos que a su creencia en que este tipo de situaciones de abandono estatal deben ser valoradas de manera negativa, en la medida en que traen consigo prácticas políticas con “un fuerte significado discriminatorio” (E.G. p. 12). Es más, la suya es una propuesta construida desde un durísimo símil entre nuestras prácticas políticas del presente (bajo la CP91) y las que tuvieron lugar en la Sudáfrica del siglo anterior: “en ambos casos existe una segregación institucional que anula la posibilidad de reclamar derechos” (p. 13). Allá, por razones de raza y aquí por el hecho (igual de) contingente (y, por tanto, moralmente irrelevante) de cuál sea el territorio en el que transcurran nuestros ciclos vitales.
3. Una tesis de derrota que, aunque derivada de la misma filiación ideológica, resulta susceptible de ser formulada en términos de otro temor. Temor para el que, en lugar del Rousseau del segundo discurso, asoma la figura de Hobbes y su tenebrosa idea del *regreso* al estado de naturaleza. En tanto este es el elemento crucial para mis intereses (para darle paso a la cuestión de la obediencia al derecho), voy a dedicarle mucho más espacio en el siguiente acápite.
4. También aquí (como escribí en el esquema inicial) este mismo temor (como parte de la misma filiación) se convierte en un desafío, aunque, eso sí, ahora como especificación del que aparece esbozado en (1), a saber: “¿Cómo pasar del Estado de *apartheid* institucional al ESD?”



(E-G. p. 151) y, unas páginas antes, “¿cómo [...] integrar las zonas de *apartheid* institucional al territorio del Estado social de derecho en donde el derecho al amparo institucional sea protegido?” (p. 148).

## **El temor a Hobbes y la idea del *derecho a tener derechos***

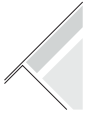
El argumento con el que la noción de *apartheid* institucional permite vincular las reflexiones de E-G con la filosofía política es sumamente interesante. Con él, dicha situación de extrema vulnerabilidad generada por la ausencia del poder estatal aparece, primero, igualada con la referida figura hobbesiana y la amenaza del regreso al estado de naturaleza. Segundo, también torna a este recordar susceptible de un tipo de ubicación en el ámbito de nuestras reflexiones abstractas a la que, creo, resulta posible llamar actualizada. Esto último, en la medida en que es desde el legado de Arendt, desde un tipo de mentalidad política nacida hace menos de setenta años, en el marco de la gran catástrofe que padeció el mismo contexto europeo con la aparición del totalitarismo, es desde aquí, digo, que E-G le adjudican el sentido negativo (el sentido de mal político) a tal posibilidad de regreso al estado de naturaleza hobbesiano. Como era de esperarse, paso a explicar ambas partes de este argumento.

Respecto a la primera, a la referida igualación, ofrezco los dos siguientes pasajes: “En estas circunstancias [de *apartheid*], imaginadas inicialmente por Hobbes, las personas pierden todos los derechos, dado que nadie puede protegerlos y, en consecuencia, viven en una situación de total indefensión” (E-G. p. 39). Y más adelante, “Las poblaciones que viven en zonas de *apartheid* institucional están, de hecho, por fuera del contrato social” (E-G. p. 155).

A ambos pasajes les agrego el siguiente comentario<sup>14</sup>. Me doy perfecta cuenta de que la sola sugerencia de regreso al estado de naturaleza en tanto que posibilidad abierta por el pensamiento hobbesiano resulta

---

<sup>14</sup> Este comentario surge gracias a las anotaciones realizadas por Oswaldo Plata frente a este vínculo que aparece en el trabajo de E-G entre el *apartheid* institucional y la filosofía política de Hobbes.



sumamente polémica. Que los súbditos de la gran máquina (es decir, los individuos una vez renuncian a su libertad natural mediante el pacto que da origen a la relación de sumisión respecto al soberano) tengan esta posibilidad, parece, en efecto, la antítesis del elemento constitutivo de su estatus en tanto que sujetos políticos, a saber: su sometimiento a condiciones de estricta y al parecer innegable obediencia pasiva<sup>15</sup>. Y si las cosas son de esta manera, debo dejar claro que, si bien E-G no dicen expresamente que con el *apartheid* institucional ocurre un retorno al estado de naturaleza, es esta controversial lectura la única que hace plausible su igualación (pasajes citados en el párrafo anterior). Profundizo un poco más en este punto.

Para darle sentido a la expresión *controversial lectura* basta con acudir a Schmitt (1997). Este autor es quien (en contra de lo anterior, o lo que es igual, del canon) ofrece una lectura de este contractualismo en clave liberal, esto es, en donde (lejos de una situación de obediencia pasiva) la relación política soberano-súbdito está construida desde un vínculo fáctico de protección-obediencia. Gracias a esta relación, en los casos de no darse lo primero, aquel tiene posibilidad de regreso al estado de naturaleza, o como escribí en otro lugar, una vez cesa la protección “los individuos *de hecho* dejan de ser súbditos y recuperan su derecho o libertad natural a garantizar por cualquier medio su propia vida y su felicidad” (Gallo, 2008, p. 202).

Así las cosas, mi aclaración dice que solo desde la lectura (si se quiere schmittiana) de este vínculo (o si se me permite ser más vehemente, límite) fáctico al poder del soberano, resulta inteligible (así como interesante) un argumento como el de E-G en el que su *apartheid* institucional nos permite un recordar de Hobbes y su estado de naturaleza. Es solo de esta manera que adquiere sentido afirmar que la situación de la relación protección-obediencia desaparece cuando

---

<sup>15</sup> Es justamente de esta manera de leer a Hobbes de donde surge el contraste al que me refería arriba entre un soberano, el hobbesiano, facultado con el poder de perseguir las doctrinas sediciosas que tengan lugar en el foro público y un individuo (el que asoma la cabeza tras las huellas de Rawls, dentro de la tradición constitucional de los EE. UU.) en tanto que agente moral acreditado como tribunal último de apelación.

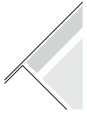


estamos frente a un Estado tan “débil, precario [e incluso] inexistente” (G-E, p. 127) en una parte tan basta de nuestro territorio, que resulta incapaz de garantizar los beneficios que, con la renuncia inicial a tal estado latente de guerra de todos contra todos, pretende (voluntaria y racionalmente) obtener el individuo.

Tal vez mi aclaración resulte más creíble una vez le dé paso a una de las dos preguntas que, para mis intereses, resultan cruciales con esta igualación (la otra pregunta la plantearé en el siguiente acápite). Tal pregunta es la siguiente: ¿por qué esta situación de retorno al estado de naturaleza, igualado al *apartheid*, debe ser considerado como el mal político? La respuesta de E-G, formulada de la manera más simple, dice que esto es así puesto que el sometimiento a estas condiciones significa el no poder librar la lucha por la reivindicación de intereses desde los canales del derecho.

Basta, pues, con esta formulación más simple para que, de la mano de lo que arriba fijé como el segundo elemento del discurrir de E-G, se entienda la necesidad de la lectura schmittiana de Hobbes. Ocurre que el argumento de aquellos da cuenta de un temor a tal recordar sumergido en una forma diferenciada del mal político, o lo que es igual, de acuerdo con el cual las condiciones de total indefensión que nos exigen este tipo de ejercicios del repensar tienen lugar en alguna de las siguientes “dos situaciones extremas: cuando el poder del Estado en relación con el individuo es excesivo o cuando es insuficiente” (E-G, p. 126). Ofrezco ahora un pasaje que aparece en los párrafos iniciales de su trabajo y en donde desputa expresamente esa otra figura de la filosofía política:

Arendt tenía en mente la situación en la cual se encuentran las víctimas de los Estados totalitarios. Sin embargo, la vulnerabilidad que caracteriza la ausencia del derecho a tener derechos también ocurre cuando no hay institucionalidad o esta es capturada por actores ilegales. La dignidad y los demás derechos están en peligro cuando el Estado es demasiado fuerte o demasiado débil; cuando el Estado adquiere visos totalitarios o cuando pierde su capacidad para hacer valer los derechos (E-G. p. 12-13).



De esta manera, al menos es lo que espero, se torna claro el sentido de eso que acabo de llamar un recordar actualizado de Hobbes. Y es que más allá de la estela de dolor y sufrimiento que dejó en millones de seres humanos, el legado del totalitarismo también tocó a la teoría del poder. La forma: cerrando el camino a las doctrinas que defienden el talante incondicional de la obligación política, o directamente desde Shklar (2019): “*No one today says <<just obey>>; rather, they say <<obey unless,>> thanks to Hitler*” (p. 189). Y si esto es así, mientras que el totalitarismo nos dejó esta enseñanza respecto a la primera forma de mal político, esa que aparece con “el exceso de poder estatal” (E-G p. 13), E-G amplían esta enseñanza, actualizan la amenaza de retorno a la guerra de todos contra todos, en tanto ponen sobre la mesa el otro tipo de mal, “el déficit de ese poder, lo cual entraña una imposibilidad general y de partida para hacer efectivos los derechos” (E-G, p. 13).

Hecha esta aclaración voy de regreso a la tabla N° 2 en aras de agregar lo siguiente: tal respuesta más simple da cuenta de un mal político que debe ser ubicado en el punto inicial de la secuencia argumentativa (no en el cierre como ocurre con Gargarella), por encima tanto de los valores políticos del igualitarismo (*g-h*) como de sus instituciones (*i*). Y esto debe ser así puesto que el derecho al Estado (*f*) es, afirman expresamente E-G, “una especie de supra derecho fundamental inherente a la dignidad humana” (p. 39).

Antes de darle paso a esa alteración de los ánimos que genera hoy el uso de la expresión *inherente* (y que en el texto podría igualar al prefijo *supra* con el vocablo *naturales*) he de recordar que desde arriba acudí al vocablo *empírico*. Lo que justamente significa que desde las reflexiones de E-G tal *supra derecho* no deviene del mundo de la reflexión abstracta sino directamente de nuestras prácticas políticas existentes, o lo que es igual, que parte de un *hecho* (de la experiencia) y no de una *idea* (como lo sería desde la línea anterior la posición original). Esto queda claro gracias al siguiente pasaje introducido con la acusación de una *paradoja* que tiene lugar en el

liberalismo ilustrado: por mucho que se hable de derechos humanos naturales, universales, ahistóricos e inalienables, el discurso

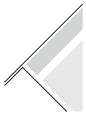


liberal termina siendo vacío cuando no está respaldado por un Estado que sea capaz de garantizar y proteger su ejercicio. Mientras el discurso de los derechos humanos sostiene que el titular de derechos es un individuo abstracto, previo e independiente del Estado, la práctica —como lo vivió la misma Hannah Arendt frente al nacionalsocialismo— muestra cómo se requiere de un Estado nación que esté dispuesto no solo a reconocer esa titularidad de derechos sino también a garantizarlos (E-G. p. 124).

Un punto para nada irrelevante que se desprende de este pasaje está en lo que resulta ser un escepticismo compartido con Gargarella y frente a lo que (para darle gusto a ambas alternativas) podría llamar el uso liberal tradicional del lenguaje de los derechos. Desde sus palabras, frente a un tipo de *optimismo ingenuo* que, definido por la fórmula “<<si hay algo, hay todo>>”, supone que basta con la existencia de un ordenamiento jurídico formal, validado en las urnas y respaldado por la clase dirigente para que podamos hablar de Colombia como un Estado de derecho consolidado” (E.G. p. 36). O para decirlo de regreso a mi secuencia, que considera suficiente una línea limitada a (g), (h) e (i) (la misma línea que Gargarella critica como ininterrumpida entre a, b y c), en aras de la lucha política por alcanzar las promesas contenidas en las instituciones del Estado social de derecho.

No obstante, el punto crucial en estas consideraciones está en la siguiente lejanía entre ambas líneas: esta nueva secuencia argumentativa adquiere una dimensión primero sociológica (f) y luego filosófica (g-i), o en aras de evitar innecesarias disputas por métodos y objetos de definición disciplinar, en la medida en que se parte de un hecho (el *apartheid* institucional) y no de una idea (construida desde las condiciones para la deliberación imparcial), trae consigo una ruptura con el ya referido plan de trabajo establecido por Rawls. Confronta su idea de que la “teoría no ideal, la segunda parte, se elabora a partir de que se ha elegido una concepción ideal de la justicia” (TJ p. 231).

Para darle un piso teórico a esta sacudida a los cimientos rawlsianos, E-G acuden, de nuevo desde la filosofía política de Arendt, a la que será para mis intereses una crucial entrada, a saber: la idea del derecho



a tener derechos; crucial para lo que serán abajo mis consideraciones finales y en tanto es la misma Shklar (1998a) quien la califica como “*the one necessary human right of our century*” (p. 54). Pero, antes de darle paso a estas consideraciones, me limito a señalar que E-G le abren el camino a tal idea justamente desde las razones que explican el porqué de mi primera pregunta. Para estos, el mal al que está sometido una persona en circunstancias de *apartheid* institucional (y que debe ser igualado con la amenaza de retorno al estado de naturaleza) consiste en no tener acceso “a lo que Arendt llamó *acción humana*: la capacidad de iniciar cursos colectivos de actuación dirigidos a transformar las condiciones del mundo que se comparten” (E-G. p. 125). Se trata de una circunstancia que los convierte en *parias*, en los *sin-Estado*, en *no personas* a quienes se les anula su existencia tanto moral como jurídica, a quienes se los condena a vivir “al margen del redil de la ley [...] en un lugar en el mundo que no [hace] significativas sus opiniones y efectivas sus acciones, en el que [quedan] completamente vulnerables” (E-G. p. 125).

En suma, es por estas razones que resulta posible afirmar que con todo y que en los contextos del totalitarismo europeo del siglo anterior la fuente de dicho mal estuvo en un exceso de poder, mientras que en nuestro caso se trata de su déficit, el punto de llegada es el mismo, a saber: una situación de vulnerabilidad humana que no se agota en “una simple pérdida de derechos específicos [en los literales (*i*)-(*c*)]; fue, más que eso, la pérdida de la pertenencia a una comunidad que garantizaba tales derechos” (E-G. p. 126).

### **El temor a Hobbes y el ahogo de la pregunta por la obligación política**

La otra pregunta, esa que dejé aplazada hasta este acápite, está dirigida al cómo entender las relaciones entre tales tipos diferenciados de mal político (entre el exceso de poder acaecido en los regímenes totalitarios y su déficit en tanto que causa del regreso al estado de naturaleza). Eso sí, en la medida en que las cosas se empiezan a tornar más difíciles con esta nueva pregunta, debo darles paso a mis maniobras hermenéuticas. Concretamente, tomaré prestada la distinción que trae consigo la siguien-





te afirmación de Agamben (2017): en “toda obra del pensamiento —y quizás en toda obra humana— existe algo así como un no—dicho” (p. 25).

Es, pues, desde la distinción entre lo expresamente dicho y lo no-dicho desde donde propongo que el punto de partida para este segundo asunto esté en Shklar. De manera específica, en el siguiente pasaje que siembra las distinciones de E-G directamente en el horizonte de las dos grandes figuras que han dado forma a la versión moderna del ideal republicano, Maquiavelo y Montesquieu:

*The two authors [...] had different political enemies, even though republicanism might stand as a reproach to all of them. Machiavelli's contempt was directed at the incompetence of the petty rulers of the Italian city states, while Montesquieu excoriated the absolute monarchy created by Louis XIV. His great fear was not political impotence, but despotism, a regime to which Spain was rapidly descending and to which even France might fall prey (Shklar, 1998b, p. 244).*

Ocurre que dentro de lo expresamente dicho por E-G, aparece la misma afirmación inicial que ofrece Shklar, la misma idea según la cual la existencia de un poder despótico y la carencia de un poder eficaz derivan en *different political enemies*. Esto es así, primero, en los términos de identificación del mal político, de manera concreta, como las dos caras (diferenciadas entre sí, pero ambas) opuestas al ya referido bien que es para ellos el ESD (elemento 1 del esquema). Una de ellas, “una institucionalidad extremadamente débil y con poca <<legitimidad<sup>16</sup>>>” (p. 150), la otra, la *institucionalidad autoritaria* “en donde se combina un ejercicio máximo de poder con una <<legitimidad>> mínima” (E-G. p. 150).

Segundo, y este es el punto clave para mis intereses, esta misma afirmación inicial aparece en lo que voy a calificar como los sumamente

---

<sup>16</sup> Respecto al uso de dicho término, E-G dicen lo siguiente: “Dado que la legitimidad propia del Estado constitucional se obtiene a través de la legalidad y de la protección de derechos, aquí proponemos el concepto de <<legitimidad>>” (p. 148).



insatisfactorios términos de demarcación objetiva de su trabajo. Justamente debido a su importancia, ilustro este punto mediante dos citas. La primera:

En Colombia, coexisten estas dos situaciones de vulnerabilidad, por exceso y por defecto del poder estatal. Violaciones de los derechos humanos por parte del Estado, como por ejemplo las ejecuciones extrajudiciales o las desapariciones, son algunas expresiones de vulnerabilidad humana derivadas de un poder estatal desmedido [aquí el rival de Montesquieu]. En este libro nos hemos concentrado, sin embargo, en el segundo tipo de vulnerabilidad y pérdida del derecho a tener derechos, esto es, en aquel que se origina en la precariedad del Estado [rival de Maquiavelo] (E-G. p. 127).

La siguiente y muchísimo más relevante:

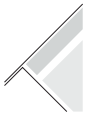
[...] de la existencia del *apartheid* institucional se pueden extraer consecuencias políticas contrarias a las que aquí hemos descrito, es decir, contrarias a la dinámica de inclusión y fortalecimiento institucional que acabamos de explicar. Nos referimos a la eventual justificación de un derecho a la desobediencia civil o incluso a la rebeldía. Esa posibilidad, de hecho, existe y fenómenos populares como las comunidades de paz, o incluso fenómenos delincuenciales como el paramilitarismo o la guerrilla, así lo demuestran. Nuestro propósito en este libro no ha sido explorar esa posible conexión teórica y empírica entre el *apartheid* institucional y la desobediencia o la rebelión. Ello implica un esfuerzo que vale la pena emprender en un futuro (E-G. p. 156).

Mi argumento para calificar como insatisfactoria a esta demarcación objetiva está, precisamente, en lo no-dicho por E-G. Y es que contrario a esta afirmación expresa, la pregunta por la obligación política (en vez de propuesta para futuras investigaciones) ha sido respondida. Y, agregó, ha sido respondida precisamente desde su ahogo, desde el trasfondo de la línea argumentativa en la que tiene lugar la tradición europea. Explico.



Tal y como entiendo las cosas, el punto clave aparece con la posibilidad abierta por Shklar de que las ideas republicanas *might stand as a reproach to all them* (contra la impotencia y el exceso). Posibilidad donde, afirmo, es necesario pensar en algo así como una interpretación *plenamente armónica* de tales ideas republicanas y de acuerdo con la cual los enemigos de aquellas figuras no son excluyentes. No lo son, puesto que resulta posible emprender una lucha común en contra del exceso (Montesquieu) y en contra de la ausencia (Maquiavelo) de poder. Es justamente esa interpretación armónica la que representa para E-G el referido ESD y que, en este punto, en tanto problema (elemento 1 del esquema intelectual) y al mismo tiempo respuesta al desafío constitutivo de su repensar (elemento 4), adquiere la forma de ideal normativo: “Hemos dicho atrás que en Colombia estamos obligados a conseguir los tres rasgos del ESD [léase la eficacia, la legalidad y la legitimidad] al mismo tiempo” (E-G. p. 154).

No obstante (empieza a despuntar lo no-dicho), E-G son perfectamente conscientes de que la realidad política colombiana impide todo intento de separación objetual entre ambos problemas (carencia de poder legítimo y la carencia de poder eficaz), entre ambas figuras (Montesquieu y su lucha contra el despotismo, Maquiavelo y la suya contra el déficit de poder). Debo ser más preciso. Son conscientes de que las mismas circunstancias que hacen irrealizable este ideal normativo (sus palabras son: “No obstante, en la práctica, la concomitancia plena es, con mucha frecuencia, un propósito difícil de lograr” p. 154), derivan en una situación en la que estos rivales (en lugar de separados) quedan inmersos en una relación de dependencia recíproca. Relación para la que no conozco un mejor relato que la noción de tragedia política. Y esto nada menos que desde el propio Maquiavelo (al menos en la forma en que Berlin nos enseñó a leerlo), desde la inconmensurabilidad de los valores (desde lo que dentro del mismo texto de E-G aparece referido con la expresión “*not all good things come together*”, p. 153). De la mano de este relato, se trata entonces de una relación entre dos males que nos exigen elegir; se trata de la tragedia humana de tener que decidir a cuál de estos dos enemigos enfrentamos y frente a cuál cedemos: ¿sacrificamos eficacia para mantener la lucha contra el despotismo?, o ¿sacrificamos exigencias de corrección moral para garantizar instituciones lo suficientemente fuertes?



Montesquieu, en su lucha para evitar que en Francia se diera paso a la realidad política española, tuvo que elegir. Una elección que explica bien por qué es el gran referente de la tradición constitucional de los EE. UU. (Shklar, 1998b). Lo más importante para mi argumento: tuvo que elegir con todo y que representa la versión más sofisticada de eso que Shklar (1998d) llama *the survivalist constitutionalism* (pp. 231–232), esto es, con todo y su marcada apuesta por un tipo de filosofía política segura de apelar a aquellos que “*have seen enough of civil war and ideological wrangling to last them forever*” (p. 230). Con todo esto, reitero, Montesquieu eligió, y lo hizo de la siguiente manera:

*On the whole, however, Montesquieu did not fear the turbulence of the people as much as he dreaded despotism, even though he was well aware of the dangers of popular violence. Nor did he think that civil war was the greatest calamity; a state of blind obedience was a lot worse. The danger of despotism, not of discord served him as a steady political measure (Shklar, 1987, p. 87).*

Pero también E-G hacen su elección. Arriban a lo no-dicho (el ahogo de la explosiva pregunta por la obligación política), desde lo expresamente afirmado. Primero, en tanto terminan reconociendo que su apuesta gira en torno a “cierta condicionalidad entre estos factores [legalidad, legitimidad y eficacia]” (E-G. p. 154). Segundo, señalando que la primacía está y debe estar en el poder eficaz:

Puede haber un Estado eficaz (aquí adoptamos un concepto mínimo, casi hobbesiano, de eficacia y, en consecuencia, no nos referimos a eficacia de tipo administrativo o gubernamental) que no sea legítimo, ni legal, y puede incluso haber un Estado legal con deficiencias en términos de legitimidad, pero no es posible encontrar una situación en la cual exista democracia y legalidad sin Estado eficaz (E-G. p. 154, n. p. 5).

Tercero, puesto que esta apuesta por la eficacia adquiere una clara forma política. Forma en la que el paso del estado de naturaleza implicado en las condiciones de *apartheid* al ideal del ESD (su trabajo lo denomina camino E) consiste en darle vía a la acción militar que permita el dominio estatal territorial en contra de los grupos armados ilegales. Y



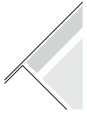
donde, con todo y que exijan un “control judicial fuerte, encaminado a la protección de los derechos fundamentales de quienes habitan el territorio en donde tienen lugar las operaciones militares” (p. 154), la lucha contra el déficit de poder justifica el ahogo de la cuestión de la obediencia al derecho. Cito:

Algunos aspectos del objetivo restante (“legitimidad”), como por ejemplo, la participación ciudadana, la inversión social o el ejercicio de la democracia representativa, podrían diferirse temporalmente pero siempre bajo la vigilancia y el control del sistema judicial. En este sentido, el camino E es una especie de estado de excepción delimitado de manera espacial y, también, por supuesto, delimitado en el tiempo (p. 154).

Ocurre, pues, que durante ese período en el que se lleva a cabo este posicionamiento territorial de la fuerza estatal, un <<y mientras tanto...>>, con esto quiero decir, la posibilidad de formular la pregunta por la (des)obediencia al derecho, queda excluida, no puede tener cabida. En tal estado de excepción la única lucha política a través del derecho queda dirigida a la eficacia, con esto, la única alternativa del destinatario de las normas (ese cuya vida cotidiana transcurre en los límites impuestos por el ordenamiento jurídico) es la obediencia (así se vea sujeto a condiciones de privación severa, de limitación en su libertad política, etc.). En suma, debe *ponerse la paz antes que todo*.

Antes de finalizar esta lectura debo señalar algo más. Y es que esto que estoy calificando como un insatisfactorio intento de demarcación objetiva, desvirtuado por las propias reflexiones de E-G desde lo *no-dicho*, queda ratificado por García en dos de sus trabajos posteriores (2017 y 2020). En ambos expresa las razones para el ahogo de la pregunta por la obligación política, lo principal, en tanto que razones propias (como lo establece mi segunda línea argumentativa) de *the revolution of political thought* acaecida en la tradición europea.

No tengo el espacio para referirme a ambos trabajos de García con la profundidad que lo ameritan. Voy a limitarme a justificar de la siguiente manera mi alegato sobre su vínculo con el viejo continente.



Comienzo con lo que creo poder mostrar como su punto de partida, a saber: una estrategia investigativa en la que el problema de la (des)obediencia al derecho se traduce (y se ahoga) como el mismo desafío de construcción institucional, (de implantación *del orden de la libertad*) frente a “una cultura del incumplimiento de reglas” (García, 2017, p. 36). A lo que le sigue la formulación de un diagnóstico general, la explicación comprensiva de su origen “en una subvaloración de la ley con respecto a la conciencia moral y a la percepción de justicia” (p. 36). Y que en el marco de un tipo de identificación específica de los factores que han generado esta subvaloración, desemboca en una sincronía irrefutable con la caracterización que mostré arriba de toda esta llegada de *The Age of ideology*. Ofrezco primero un nuevo pasaje de Shklar (2019):

*To ask <why should I obey?> in such a state is to be merely ignorant. It means that you do not understand the demands of history. You might be ignorant because you are poorly informed, but that is less likely than that you are deluded by intellectual vanity, egocentricity, immaturity, and an emotional incapacity to be scientific (p. 126).*

Y luego dos pasajes en los que la identificación de estos factores de ignorancia, vanidad e incapacidad para ser científico quedan tan claros que no requieren ningún comentario adicional. El primero:

La humildad cognitiva del protestante contrastaba con la insolencia del católico, que todo lo sabía; y si no lo sabía él, lo sabía el párroco o el obispo. Esas certezas alimentaron la consabida arrogancia de los españoles, sobre todo de aquellos que detentaban algún honor, poder o autoridad en la sociedad (García, 2020, p. 129).

Y el segundo:

El católico podía ser soberbio no solo frente a la autoridad eclesiástica, sino también frente a los santos [...] De ahí la incomodidad que existía con la ley humana, que nunca podía ser superior a la justicia, que era la mismísima ley divina. Siendo la justicia un valor superior a la ley, no podía haber leyes injustas y

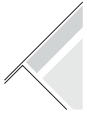


por eso cualquiera tenía derecho a rebelarse contra la autoridad abusiva. Se creaba así toda una cultura de la desconfianza frente a la ley y sus creadores. Los individuos son ellos mismos los jueces de última instancia de sus propias causas. Los españoles y sus descendientes latinoamericanos estimaban que la justicia era más importante que el orden y la legalidad. Por eso creían que ellos, cada uno de ellos, en su fuero interno eran los mejores jueces de lo justo; especies de tribunales de última instancia del bien y el mal (García, 2017, p. 72).

Tal vez sí sea necesaria una precisión. Y es que debo evitar que el vínculo que le estoy endilgando a García con Europa se lea desde la simple referencia a España. Lo que pretendo señalar es que ese ahogo de la pregunta por la obligación política contenido en lo no-dicho por E-G, encuentra aquí una apuesta expresa: preguntar si tenemos derecho a desobedecer las normas jurídicas devela nuestra incapacidad como colombianos para ser científicos, incapacidad heredada de España, de la vanidad con la que el catolicismo nos enseñó a poner al yo/él por encima de las autoridades constituidas.

## **Un panorama ampliado (realista) para el problema de la obligación política**

Al llegar a este punto de mis reflexiones debo decir que me hacen falta dos cosas. Por un lado, todavía me hace falta cerrar la primera de mis dos líneas argumentativas, aún debo regresar a la parte final de ambas tablas, al lugar donde han quedado ilustradas, bajo el trasfondo de la teoría no ideal de Rawls, el par de aseveraciones con las que Gargarella se sumerge en la explosiva pregunta por la obligación política (elementos d y e). Y, por otra parte, el objetivo que me he trazado desde el inicio me exige ir más allá de este contraste; lo reitero, en tanto ni puedo conformarme con los argumentos propios de la primera línea a favor de la pregunta por la obligación política (he comenzado diciendo que nuestro *ethos* reconciliatorio nos exige sacudirlos), así como tampoco



puedo sentirme tranquilo con el ahogo al cual han derivado los de la segunda (he dicho ya lo que creo que perdemos si así lo hacemos).

Asumiendo, entonces, el riesgo de hacer innecesariamente engorrosa mi exposición, para llevar a buen puerto este par de tareas pendientes, hablaré de un segundo punto de partida. Un punto al que llamaré un panorama ampliado (realista) para el problema de la obligación política y que fijaré de la mano de dos cruciales hallazgos que han tenido lugar en el anterior acápite.

El primero de estos hallazgos consiste en la manera en que E-G acuden al *estado de excepción* en tanto que forma política propia de una apuesta por la primacía de la eficacia sobre la legitimidad del poder. Forma que, sea este el momento para decirlo, en sus páginas no queda limitada a la tarea de asegurar el dominio territorial estatal, sino que también les sirve para explicar una de las instituciones autóctonas del constitucionalismo criollo (nacidas de la acción de tutela), el estado de cosas inconstitucional (ECI)<sup>17</sup>. Mi intención no es (no sobra decirlo expresamente) profundizar en estas o en cualquier otra forma de estado de excepción y en tanto que institución del derecho positivo colombiano. Lo que pretendo es *reconducir* toda esta estrategia política de la excepción al problema central de estas páginas, el de la (des)obediencia al derecho.

No es difícil encontrar en la teoría política el tipo de insumos conceptuales que hacen posible esta reconducción. Agamben (2019), por ejemplo, los ofrece en los términos de una necesaria ruptura. Con esto quiero decir, como parte de lo que es su invitación para que los

---

<sup>17</sup> De acuerdo con E-G el ECI es un mecanismo judicial de respuesta frente a "situaciones especialmente visibles, colectivas, estructurales y graves de violación de derechos fundamentales" (p. 130). Lo principal, de la mano de la siguiente comparación: "el ECI es una figura análoga, pero opuesta, a la figura del estado de excepción propia del constitucionalismo moderno" (p. 131). Análoga puesto que se trata en ambos casos de una concentración de poderes originalmente no estipulados para cada uno de estos órganos. Opuesta, en tanto que en el caso del presidente tal concentración viene acompañada de la suspensión de ciertos derechos y respecto al juez en lugar de suspenderlos se habla de "lograr su realización efectiva" (p. 131).



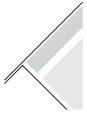


juristas nos tomemos en serio la necesidad de una teoría del estado de excepción y en la cual la primera tarea consiste en *romper* con la visión mayoritaria que (estos son los insumos) acepta o reconoce “la estrecha relación que [...el estado de excepción] mantiene con la guerra civil, la insurrección y la resistencia” (pp. 28-29). Romper, en suma, con esa visión que pone en un mismo plano a todos estos fenómenos desde la noción de *crisis política*, “desde la antigua máxima según la cual *neccessitas legem non habet*” (p. 27) y que nos pone de lleno “en el límite entre la política y el derecho” (p. 27), en esa “franja ambigua e incierta, en la intersección entre lo jurídico y lo político” (p. 27), que nos lleva, en definitiva, “a esta tierra de nadie entre el derecho público y el hecho político” (p. 28).

Mientras que el otro hallazgo está en el tipo de ruptura con el plan de trabajo de la filosofía política rawlsiana, en una secuencia argumentativa que (gracias a la manera en que E-G entienden *el derecho al estado*, literal *f*) parte de un hecho en lugar de una idea, del mundo de la praxis y no de la reflexión abstracta. Esto, señalaré, le abre el camino a un tipo de reflexión sobre el poder claramente cercana a un liberalismo como el de Shklar que pone en el primer lugar la crueldad, esto es, que parte de un *summum malum*, de lo que más tememos, de aquello de lo que deseamos escapar<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> Una vez más considero necesario remitir al lector a mi trabajo sobre este liberalismo básico (Gallo 2020). En sus páginas ofrezco el siguiente esquema en el que esta sacudida a dicho plan de trabajo para la filosofía política se torna mucho más clara “Mientras que el liberalismo de tipo rawlsiano es una teoría ideal acerca de las características que debe tener un orden constitucional para que sea justo, a *realistic utopia* construida desde la idea normativa de una <<sociedad bien ordenada>>, el segundo es un liberalismo no-utópico que duda que mediante el poder, sea cual sea su forma de ejercicio, las creencias normativas con las que sea justificado o los fines para los que sea formulado, se genere algo diferente a sufrimiento y opresión [...] Mientras el primero está construido desde un *summum bonum* que, tal como entiendo las cosas, hace referencia a su idea del bien común, definido de la siguiente forma: <<[e]l bien común creo que consiste en unas condiciones generales que produzcan el mismo beneficio para todos>> el liberalismo de las eternas minorías está construido desde un *summum malum*, <<[t]hat evil is cruelty and the fear it inspires, and the



De esta manera, la combinación entre ambos hallazgos es un panorama al que denomino ampliado en la medida en que muestra, en un mismo plano (el de crisis) a la “respuesta inmediata del poder estatal a los conflictos internos más extremos” (Agamben, 2019, p. 29) y a las posibles formas de desobediencia al orden establecido. El resultado de esta combinación consiste en la siguiente exigencia: que esta discusión, que toda posible inmersión en sus turbulentas aguas, no tenga la forma de aplicación de los criterios normativos esbozados desde la teoría ideal, sino que parta directamente del ámbito de nuestras prácticas de dominación.

Ocurre que la agitación de las aguas a las que se ve expuesto todo el que asuma el riesgo de enfrentar estos *trenes de pensamiento*, obedece a algo más que al recio caudal implicado en las herramientas absolutorias que traen consigo fórmulas como la segunda (*sin libertad no hay responsabilidad*). Un algo más que (para seguir con la metáfora) significa el choque con un torrente contrario, con igual, o como ocurre la mayoría de las veces, muchísima más fuerza. Y es que, salvo que las cosas se planteen en el más ingenuo (así como inane) *political vacuum*, es necesario tener presente que cuando los débiles, los oprimidos (o quienes, con razón o no, se autoproclaman como sus representantes) alzan la voz, también los poderosos elevan la suya. Que la aseveración sobre el

---

*very fear of fear itself*>> [...] Mientras aquel es un liberalismo optimista, con ilusiones, es decir, orientado a señalar el camino institucional para la salida del conflicto social a través de una noción compartida de la justicia política, su idea de *overlapping consensus* y que creo puede ser conectado con lo que en *Teoría de la justicia* denominó la <<amistad cívica>>, así como también, desde luego, con su idea de *public reason* como mecanismo de reconciliación social, este último es un liberalismo <<sin ilusiones>>, un liberalismo que, de la mano de lo que llamaré <<la esperanza del escéptico>> (§27.4), combina la justicia con la injusticia o, lo que es igual, parte de la idea según la cual es <<en la propia justicia donde comienza el sentido de la injusticia >> [...] Mientras la unidad política básica en Rawls está constituida por personas discursivas y reflexivas, lo que en su propio lenguaje significa ciudadanos en ejercicio de sus dos facultades morales, la racionalidad y la razonabilidad, en Shklar lo está desde la <<simple>> relación entre los débiles y los poderosos” (Gallo, 2020, pp. 29-30).



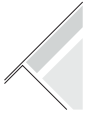
cese del deber de obediencia a las normas jurídicas nunca llega sola. Con ella surge igualmente la cuestión de defensa de unas relaciones de dominio y prácticas de poder establecidas. En suma, que los caminos de la protesta, la resistencia y la rebelión, en lugar de despuntar puros en el horizonte de las alternativas políticas disponibles, traen consigo la respuesta de quienes son los poderosos y tienen a su alcance los medios para ejercer la coacción tanto física como psicológica.

Y si las cosas se plantean desde este panorama ampliado, un nuevo argumento entra a reforzar la respuesta que arriba mostraba como una consideración *lógica* sobre la (poderosa y desafiante) inescindibilidad entre nuestro *ethos reconciliatorio* y la primera fórmula (*poner la paz antes que todo*). Hablo nada menos que de un argumento que nutre desde otra perspectiva la misma primacía anterior de la eficacia en nuestra reflexión sobre el poder. Perspectiva que puede ser rastreada en la larga tradición teórica occidental como invitación a la política de la moderación, la prudencia y la medida<sup>19</sup>. Presentado de la manera más general, este argumento dice lo siguiente: la pregunta por el derecho (deber) de (des)obedecer las normas jurídicas no solo atiza el fuego de la violencia revolucionaria, también le da paso al estremecimiento, la efervescencia y la convulsión de los poderosos. Y si esto es así, no son únicamente las diversas herramientas para la absolución del dolor humano implicado en la lucha por transformar las relaciones de poder establecidas las que repelen este *ethos*, también lo hace (este es el llamado a la medida), incentivar esas otras fuentes de dolor que, parafraseando a Kelsen (1980), llegan con ese otro astro que despunta en el horizonte y cuya denominación extrema es la dictadura.

Tal vez el argumento anterior quede más claro si afirmo que desde este panorama ampliado la pregunta por el estatus político del derecho adquiere una doble forma que (en aras de evitar el riesgo de un inane

---

<sup>19</sup> Nuevamente es el pensamiento hegeliano un claro ejemplo. Ofrezco el siguiente pasaje: "En la política, por otra parte, es preciso calcular antes de golpear, para no poner en juego grandes intereses contra una pequeña ganancia; pero cuando pueda parecer que se ha llegado a estar seguro, no hay que descuidarse" (Hegel, 2010, p. 129)".



*political vacuum*) no admite separación. De un lado, ¿son las formas jurídicas herramientas de transformación efectiva de las relaciones de poder moralmente injustificadas? Del otro, ¿es el derecho una herramienta suficientemente efectiva de defensa de las relaciones de dominación establecidas? Mantenerlas juntas, dejar siempre a flote el talante emancipatorio y dominador de lo jurídico, su “rostro jánico” (Gallo, 2020, p. 21), permite, primero, evitar la ingenua idea de que, en tanto búsqueda del bien común, los procesos políticos de cambio resultan indolores gracias a que utilizan el medio del derecho, o lo que es igual, que las formas jurídicas reemplazan la lucha, el choque de intereses y la convulsión. Segundo (este es el llamado a la medida), significa tener también presente que, si la lucha desde el derecho es compleja, difícil y de resultados inciertos, acudir a las vías de hecho implica una respuesta cuya fuerza, muy probablemente, no va a ser posible resistir.

En suma, y para ilustrarlo ahora como solo lo permite la reflexión filosófica (hablo de acudir de manera inconexa a dos episodios propios de la teoría política clásica): ante unas formas jurídicas que operan como herramienta de opresión, es más que posible clamar como lo hacían los corintios ante el rigor de Atenas, de la manera en que nos lo ha legado Tucídides (2019):

Por esto mismo tienen la obligación de no vacilar en el paso de la paz a la guerra. Es propio, sin duda, de hombres prudentes estar en paz si no son tratados injustamente, pero es de hombres valerosos dejar la paz para entrar a la guerra cuando son víctimas de la injusticia (p. 322).

Sin embargo, son tantos los riesgos (en términos de dolor humano) como inciertos sus posibles resultados (respecto al equilibrio de fuerzas) que tal vez se haga necesario afirmar que en lugar del coraje (incluso, de la osadía) representado(s) en Antígona, el modelo a seguir es el de su subyugada hermana. Y esto, para sostener, como lo hace Shklar (2019), que “*Against Ismene one can say that she is cowardly, unprincipled, and a mere survivor, but one might also consider that she is right. It [léase, en nuestro caso, protesta, desobediencia o resistencia violenta] is a hopeless enterprise*” (p. 28).

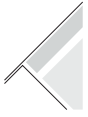


## Segunda sacudida a los cimientos rawlsianos

Este llamado a la política de la medida refuerza ese escepticismo que advertí desde el inicio acerca de la disponibilidad de las razones que rompan el vínculo entre nuestro *ethos reconciliatorio* y la primera fórmula. Un reforzar que paso a mostrar desde lo que tildaré como una segunda sacudida a los cimientos rawlsianos, o lo que es igual, aunque de regreso a ambas tablas, desde la manera en que dicho desafío por pacificar nuestra sociedad hace sumamente difícil que nos sintamos tranquilos con un discurrir en el que (ante la existencia de un derecho injusto) las vías a seguir sean las que aparecen en su parte final (especialmente el literal e de las tablas 1 y 2).

Para mostrar por qué tal llamado a la política de la prudencia puede recibir esta denominación, por qué da cuenta de la insuficiencia de este trasfondo intelectual rawlsiano en aras de lidiar con los requerimientos específicos de nuestro constitucionalismo criollo, me limitaré a un único argumento. Argumento que afirma que esto es así gracias a que fue el mismo Rawls (*TJ*) quien nos dijo una y otra vez que su teoría no ideal está pensada para sociedades cercanas a la justicia, a sociedades *bien ordenadas*. Lo que significa, sociedades en las cuales, si bien se presentan tragedias como las vividas por los familiares de Polynices, la figura a seguir será (y tiene que ser) Antígona, donde Ismene nunca será objeto de un juicio aprobatorio.

El punto clave para entender la suficiencia de esta afirmación está en la parte final de la tabla N° 1, especialmente, en la manera en que las aseveraciones de Gargarella (protesta y resistencia) quedan separadas por una celda en la que aparece la desobediencia civil. Y es que es un elemento común en Rawls (*TJ*) y Shklar (2019) limitar espacialmente el ámbito de validez de una teoría de la desobediencia civil de una manera tan estricta que difícilmente resulte apropiada para contextos políticos diversos al de los EE. UU. Ruego al lector que regrese en este punto al segundo argumento que surgió con Fiss, el cual denominé argumento empírico. Tengo claro que cuando Fiss (en Gargarella *et al*, 2006) habla de una nación bendecida por la existencia de una sociedad dispuesta a protestar, en aras de exigir tanto la protección de derechos



en los estrados judiciales como su efectivo cumplimiento, se refiere justamente a ese fenómeno de los *civil rights* que durante las décadas de los 60 y 70 dio lugar a dicha teoría de la desobediencia civil.

Donde no tengo ninguna certeza es en si resulta posible decir que en su defensa del derecho a la protesta como el primer derecho (literal d), Gargarella es lo suficientemente optimista para pretender que Latinoamérica logre abrir espacio a un fenómeno similar al acaecido en los EE. UU. Con extrema osadía podría especular que como la respuesta es negativa, se hace necesario que en estas tierras miremos a la vía extrema, al recurso de la rebelión<sup>20</sup>. Pero justamente porque pongo sobre la mesa mi ignorancia en este punto, es por lo que la desobediencia civil aparece en una celda no solo diferente sino difuminada.

Pese a esto, creo que *TJ* nos ofrece elementos importantes para llevar a cabo esta discusión, para que determinemos si para *nosotros* (en especial, en su sentido restringido) resulta o no creíble dicho optimismo. Con mayor claridad, si resulta o no creíble pensar en este camino (la desobediencia civil en tanto que “*form of political blackmail*”, Shklar, 2019, p. 184) como dispositivo para mejorar (corregir moralmente) nuestro derecho; o para continuar con esa bellísima referencia, si para nosotros (aunque creo que esta pregunta resulta hoy igual de urgente en el propio contexto de los EE. UU.) el coraje de Antígona es (o sigue siendo) racional, con lo que quiero decir, si es un medio probable (asumir peligros como el de ir a la cárcel) para alcanzar el fin de mejora del ordenamiento jurídico.

Tal y como entiendo las cosas, el primer y más importante elemento para esta discusión (su condición principal) está en la siguiente idea: “esta forma de acción política puede [creo posible agregar el vocablo

---

<sup>20</sup> Es nada menos que la creencia de Rorty (1991), quien en su discusión con Foucault afirma expresamente cuál es el único camino que nos queda a quienes habitamos este tipo de tierras: “Es difícil imaginar una disminución de la crueldad en países como Sudáfrica, Paraguay y Albania sin una revolución violenta. Pero en tales países es la valentía sin más (como la de los jefes del COSATU o los firmantes de la carta 77) lo que constituye la virtud relevante [...]” (p. 82).



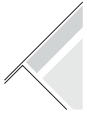
*debe*] interpretarse como medio de apelar al sentido de justicia de la comunidad” (TJ, p. 349). Será solo y únicamente si se cumple este elevado requisito, cuando parece posible apostar por este éxito. Lo que está en juego, reitero las palabras que cité al inicio, es el riesgo de la lucha divisoria, o en palabras de Shklar (2019): “*that it may spread the violence to a newly politicized population. Riots that followed civil disobedience in the cities were probably inspired by it. So violence may be seen as the next step in the struggle, and civil disobedience as merely a beginning*” (p. 186).

Que esta condición sirva como dispositivo adecuado para tal juego, o lo que es igual, para neutralizar tales peligros, es algo que deja claro TJ. Lo principal para mis intereses, en los términos de lo que estoy denominando un panorama ampliado (con la mirada dirigida a los poderosos):

[...dicho] sentido de la justicia de una comunidad se revelará más probablemente en el hecho de que la mayoría no puede animarse por sí sola a dar los pasos necesarios para suprimir a la minoría y para castigar los actos de desobediencia civil como lo permite la ley. Las tácticas inhumanas que se observan en otras sociedades, no se consideran alternativas reales [...] A pesar de su poder superior, la mayoría puede abandonar su posición y consentir las propuestas de los disidentes; su deseo de hacer justicia debilita su capacidad de defender ventajas injustas (pp. 351-352).

## **Inquietudes frente a Espinosa y García por el ahogo de la pregunta por la obligación política**

Si en el acápite anterior he dado cuenta del poderío con el que cuentan quienes ven en la primera fórmula el único camino para llevar a buen puerto nuestro *ethos reconciliatorio*, no puedo poner punto final a este escrito hasta que no diga algo más acerca de la otra parte de mis dudas, o lo que es igual, hasta que no le dé plena forma a lo que es mi intento de ofrecer razones a favor de un constitucionalismo urgido con la tarea de



romper una absurda espiral de violencia, pero que no le dé la victoria a los poderosos, que no permita el ahogo de la pregunta por la obligación política. Un decir *algo más*, así como un *dar plena forma*, que no tienen otro sentido que plantear ciertas inquietudes a la manera en que tanto en lo no-dicho en el trabajo de E-G como lo expresamente afirmado por García en solitario tiene lugar este ahogo, el desplazamiento de la tradición norteamericana para anclarse en Europa, en definitiva, el triunfo de Maquiavelo sobre Montesquieu.

Estas inquietudes asoman en el horizonte, una vez se le da paso a la manera en que, dentro del propio legado del liberalismo del miedo, aparecen disponibles los ya referidos insumos conceptuales que hacen posible ubicar en un mismo plano (o ahora puedo decir, en ese panorama más realista en el cual quedan como dos caras de una misma moneda) las ideas de excepción y de desobediencia al derecho. Va una nueva cita:

[...] *in fact courts, juries, policemen, and all executive officials have a good deal of discretion to step beyond the laws in wartime. Policemen are wise to ignore illegal gambling in communities where it is completely accepted. Enforcing Prohibition was a disaster. Juries, on occasion, acquit, whatever judges instruct them to do. Supreme Court justices can overturn precedents when they see fit. Why not allow citizens similar discretion in obeying rules that seem unenforceable, unjust, or intolerable in some way? It is what was in fact done in the case of civil rights until the death of Dr. King* (Shklar, 2019, p. 189).

De la mano de estas palabras se hace más que necesario preguntarle a E-G: ¿cuáles son las razones que *justificarían* (repárese en el uso del condicional) que esta flexibilidad en los mandatos de la CP91 sea atribuida solo y exclusivamente a sus estados de excepción (imposición militar del dominio estatal y ECI)? O si se me permite regresar a Agamben, ¿por qué la lucha contra el dominio despótico no *debería* (nuevamente repárese en el condicional) tener la misma fuerza que E-G le atribuyen a la defensa del orden y en tanto que posible justificación de la salida a esa franja abierta y ambigua en la que se corre el riesgo de afirmar que la *necesidad no tiene ley*?



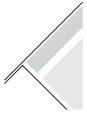


Debo resaltar que en ambas preguntas acudo al modo condicional, puesto que estoy convencido de que basta con lo que en mi esquema ha quedado como la filiación ideológica de E-G al igualitarismo, para concluir que esta primacía de la defensa del orden sobre la defensa de la libertad no hace parte de sus reflexiones, con todo y que sea una implicación de lo no-dicho, a pesar de que haga parte de su aseveración sobre la condicionalidad en la que la eficacia tiene primacía sobre la legitimidad y la legalidad. Eso sí, en el caso en que se considere que no basta con tal alusión sino que es necesario ilustrar esta apuesta política directamente desde estos autores, he de agregar que, en efecto, esto ocurre expresamente en uno de los referidos trabajos que escribe en solitario García (2017) y en el que se lee claramente su distanciamiento frente a la imposición “de un orden despótico que haga cumplir las normas por medio de la amenaza y del terror. Esta es la opción que proponía Hobbes y que por lo general invoca la extrema derecha para resolver el problema del desorden y del incumplimiento” (p. 181).

Toda mi estrategia crítica en contra de E-G queda dirigida en este punto a una obviedad, a saber: que esta posibilidad de distanciamiento con un orden despótico es justamente la alternativa que se nos escapa como resultado del ahogo de la pregunta por la obligación política, si le arrebatamos a los más débiles aquella flexibilidad en un orden jurídico. Y si esto es así, esta estrategia se convierte en el medio para rechazar un punto de los mismos trabajos de García en solitario (pienso igualmente en el ya citado texto de 2020) que resulta altamente criticable. Me refiero a su muy desafortunada idea de conducir la pregunta por la obligación política a nuestra ignorancia y/o vanidad, ambas heredades del catolicismo español.

Pero como en estos asuntos nunca es recomendable dar por sentado ningún argumento, o dicho desde la perspectiva inversa, siempre es conveniente detenerse a explicar lo obvio, será allí a donde encaminaré mi tarea final en todo este ejercicio de reconstrucción.

Iniciaré diciendo que tal explicación queda anclada en el problema del estatus político del derecho. Lugar en donde doy por sentado (como quedó dicho desde ambas versiones del esquema intelectual) que el



parecido de familia entre Gargarella y E-G está en una apuesta por lo jurídico como herramienta al servicio de los débiles, como instrumento al servicio de los ideales emancipatorios.

Desde aquí, al desacuerdo entre sus respectivas líneas argumentativas (pero que permanece dentro de los confines de tal disputa familiar) lo puedo mostrar como una alternativa, la de E-G, que escapa a la dicotomía en la que se mueve Gargarella. En el caso de este último, el derecho opera, o bien como herramienta de emancipación (como dispositivo para alcanzar la libertad y el autogobierno), o como instrumento de opresión (al servicio de la impunidad de los poderosos). De allí que la lucha política deba estar dirigida a la construcción del derecho justo (ese que garantice una conversación entre iguales) bien sea desde la protesta (*d*), o como recurso último, desde la resistencia violenta (*e*). Mientras que en el caso de E-G se da paso a una tercera, alternativa en la que el derecho es en sí mismo instrumento de lucha política.

Me doy perfecta cuenta de que, como ha quedado esbozado, el choque parece mostrar un abismo que va más allá de los límites de esta discusión familiar. En realidad, bastaría con decir que para Gargarella el derecho también es herramienta de lucha política, que un ordenamiento jurídico justo es precisamente el que da lugar a una lucha política justa, para que esta distinción perdiera plausibilidad. Un par de aseveraciones que no solo es necesario atribuir a Gargarella sino que, incluso, provienen de su ascendencia rawlsiana, de la idea según la cual una constitución justa no es otra cosa que un procedimiento político justo. Por su importancia, ruego se me permita agregar el siguiente pasaje de *TJ*:

Idealmente, una constitución justa será un procedimiento justo dispuesto de manera que asegure un resultado justo. El procedimiento sería el proceso político regido por la constitución, el resultado la legislación promulgada, mientras que los principios de justicia definirían un criterio independiente, tanto para el procedimiento como para el resultado (p. 189).

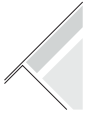
En aras de darle forma clara a esta primera consideración, ruego se me permita acudir tanto *superficial* como *parcialmente* a Han (2018), con esto,



a la que veo como la taxonomía más plausible con la que se plantea hoy dicho problema del estatus político del fenómeno jurídico. Uso el vocablo *superficial* puesto que no tengo ni la necesidad ni tampoco el espacio para profundizar en cada uno de los elementos que la componen. Y digo *parcialmente*, puesto que me dispongo a ofrecer tanto una sustitución como un agregado.

Se trata, pues, de una taxonomía que es construida por Han desde la compleja pregunta por las relaciones entre las formas jurídicas y la violencia. Cuestión desde donde surgen (al menos esta es mi lectura) las tres siguientes posibilidades para asignar este estatus:

- El derecho es herramienta de opresión, “privilegio de los poderosos, que solo podría ejercerse a través de la violencia” (Han, 2018, pp. 77-78). Esta es la postura que desde el inicio he atribuido a la tradición heredera de Rousseau (del Rousseau del *discurso sobre el origen de la desigualdad*) y que desde la taxonomía de Han aparece encarnada tanto en Benjamin como en el mencionado Agamben. Su punto en común, la idea según la cual la posibilidad de romper el nexo entre violencia y derecho, en la forma de un tipo de violencia redentora o emancipadora, solo tendrá lugar con la desaparición misma del fenómeno jurídico.
- El derecho es dominación desnuda, con lo quiero decir que es simple organización técnica del ejercicio de la fuerza (de dicha violencia). Para ilustrar esta postura Han acude al conservadurismo político de Schmitt, un autor que, en tanto uno de los encumbrados exponentes de lo que Agamben (2017) denomina los “apocalípticos de la contrarrevolución” (p. 24), mantiene de la manera más cruda esta implicación entre la violencia y el derecho como instrumento de defensa de un estado de cosas.
- El derecho es (puede o debe ser) herramienta al servicio de ideales emancipatorios. Es esta la perspectiva defendida por Han. Para su desarrollo traza una línea entre su propio pensamiento con Aristóteles y Hegel, mediante la cual otorga tal estatus emancipatorio a un derecho que cumple una función mediadora y preventiva



que hace posible “la diferencia esencial entre derecho y violencia” (Han, 2017, p. 82). Gracias a esta línea, en lugar de imposición mediante la fuerza, el derecho es “*relación contractual*” (p. 82) entre partes dispuestas a hablar entre ellas, o de manera más clara, en lo jurídico, en “su interior[,] habita una *esencia comunicativa*, que no se deja reducir a la economía del poder y de la violencia” (p. 82). Como entiendo las cosas, mientras la contribución de Aristóteles para tal esencia radica en una política de la amistad (opuesta a la política de la violencia)<sup>21</sup>, la de Hegel aparece desde (lo que Han lee como) un entendimiento del poder que tampoco permite esta reducción (que tampoco se agota en la violencia)<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> Aunque he prometido que no voy a profundizar en estos elementos de su taxonomía, no puedo dejar así sin más esta consideración sobre la política de la amistad; ofrezco, entonces, el siguiente pasaje: “Aristóteles eleva la amistad al <<más grande los bienes>> para las ciudades. Es el símbolo de lo político por encima de cualquier otro, puesto que la propia comunidad <<implica amistad>>. Aristóteles ubica la amistad en un nivel muy fundamental, existencial. El estado sienta la amistad como fundamento, como condición de posibilidad, puesto que no es sino la <<elección de vida común>>. En sentido estricto, la voluntad de ejercer la dominación no es *política*, sino la *decisión de convivir*. La vida humana no se politiza dejando en manos de otro el poder absoluto sobre la muerte. Solo la decisión de convivir politiza al ser humano. Ni el poder ni la violencia se fundan en una idea genuina de la convivencia política, es decir, de la decisión de convivir. El poder genera una comunidad, pero en última instancia se trata de un fenómeno del yo, es decir, *ipsocéntrico*. Su intención no es lo *común*” (Han, 2017, pp. 91-92)

<sup>22</sup> Ofrezco una precisión similar a la anterior sobre esta manera de leer el concepto hegeliano del poder. En su réplica a Agamben dice que este “no distingue entre poder y violencia” (Han, 2017, p. 89). Distinción que atribuye a Hegel en su ensayo publicado en español en 2019 desde pasajes como el siguiente: “El poder se revela como poder de reunión que supera la <<unilateralidad de la subjetividad y la aparente independencia del objeto>> (10.217). Pone la continuidad presente *en sí* entre el sujeto y el objeto, y se diferencia de la violencia en el hecho de que está presente y operativo en el objeto mismo. La violencia, para el objeto, es algo solamente exterior que lo ataca y lo destruye. El poder, por el contrario, según la tesis fundamental de Hegel, no destruye: opera más bien de modo unificador. El poder *puede* estar vinculado con la violencia. Pero no se *basa* en ella” (pp. 64-65). Uniendo esta y la anterior referencia, la estrategia de Han apunta a una distinción desde el *yo* entre violencia y poder (aquí, tras su lectura



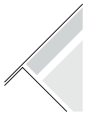
Con todo y el riesgo implicado en lo que cualquier crítico de la democracia liberal (en especial aquel con paladar comunitarista) leerá como su empobrecimiento, mi propuesta es sustituir el último elemento de esta taxonomía, la línea trazada por Han, para darle lugar a lo que ha sido mi lectura de Gargarella-Rawls (por su *entendimiento del proceso político de creación del derecho*).

Una vez surtido este cambio, el camino está pavimentado no solo para que la disputa familiar con E-G quede más clara, también (y es esto lo más importante como punto de cierre) para darle su forma definitiva a mi arriesgada estrategia expositiva que intenta reprocharle a E-G el ahogo de la pregunta por la obligación política. Ambas cosas tienen lugar precisamente desde lo que es mi agregado a la taxonomía de Han. Un agregado que contrapone al último elemento (donde tuvo lugar el reemplazo de la triada Aristóteles-Hegel-Han por el binomio Rawls-Gargarella) otra posibilidad emancipatoria. Justamente esa posibilidad que dice que el derecho también está (puede o debe estar) al servicio de los débiles pero (este es el agregado) como *simple herramienta* de lucha política. Lo que significa que en lugar de operar en torno a la amistad y al consenso (desde eso que arriba mencionaba como la búsqueda del bien común y que en Han aparece como esencia comunicativa), tiene lugar desde el desacuerdo, el conflicto y la lucha de intereses (o también como lo decía arriba, da lugar al rostro jánico de todas las formas jurídicas).

Tal comprensión de lo jurídico como simple herramienta de lucha política adquiere en Shklar (1998e) la forma del *derecho a reclamar derechos*, “*the first of all rights*” (p. 125). Un derecho que no solo debe ser entendido como la institucionalización en los EE. UU. (o desde la lectura de Fiss, en el derecho nacido con Brown) del *derecho a tener derechos* del que habla Arendt. Mucho más importante, que desemboca en la siguiente aseveración: “*In the United States, the struggle between master and slave is not a metaphorical Hegelian image, but a daily fact, which has not yet disappeared*” (Shklar, 1998a, p. 112).

---

de Hegel), acompañada de otra, en la que el derecho aparece desde el *nosotros*, en tanto función mediadora y preventiva.



Acudir a la manera en que la propia Shklar concibe esta (tan real como continua) dialéctica amo-esclavo, implica señalar dos cosas. La primera, y desde lo que correré el riesgo de mostrar como bastante cercano a lo planteado por Rawls al cierre del anterior acápite, que en los EE. UU. “*the old masters themselves have accepted the process through which constitutional rights have been worked out*” (Shklar, 1998e, pp. 125–126). La segunda, y este es el punto clave, que el esclavo, el dominado, el débil, ha aprendido a reclamar los suyos. O dicho desde la forma en que la propia Shklar (1976) lee la filosofía política hegeliana, dicha dialéctica amo-esclavo reemplaza “*the battle of the heroes*” (p. 59), “[the] *heroic battle*” (p. 60), en tanto que, desde la perspectiva del derrotado, en lugar de ser asesinado, “*he is enslaved and reduced to passivity*” (p. 60). Aquí, lo que parece ser otra obviedad, que el mal que padece el esclavo está en su pérdida de la libertad, resulta tan importante como lo fue arriba la diferencia entre Ismene y Antígona: el esclavo aprende a dejar de ser un simple sobreviviente (a dejar de resignarse ante la presencia de un poder que le condona su vida) para darle paso al coraje encarnado como virtud política (enfrentar un poder que aunque deja vivir, oprime).

De esta manera, con el *derecho a reclamar derechos*, con un entendimiento de las formas jurídicas como *herramienta de lucha*, llega “*the drama of freedom*” (Shklar, 1998e, p. 113). Y bajo este drama, un individuo que, a la manera de Sócrates, pregunta ¿por qué obedecer?, lejos de víctima de la vanidad e ignorancia endilgada por García (2017; 2020), más allá de su incapacidad para ser ese científico enfocado en *the main issues of the politics*, representa el actuar virtuoso de quien se opone a ser el sujeto pasivo de la dominación despótica. Para decirlo desde Shklar (1987), de quien se niega a quedar reducido a una situación en la que “*the instinct for self-preservation keeps the subjects in animal-like obedience*” (p. 83). O de regreso a la secuencia argumentativa propia de la tabla 2, de quien tiene claro (de acuerdo con las propias consideraciones de E-G) que si bien el derecho al Estado (f) tiene un contenido normativo diferente a las (tal vez muy elevadas) exigencias de corrección moral impuestas desde (i), no obstante, está lejos de la *simple facticidad del poder* (está lejos de Schmitt). Virtuoso, en tanto que sujeto propiamente jurídico: “*For it is the characteristic of a good liberal citizen that he fight for*

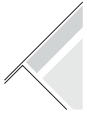


*his rights, which can never be sufficiently extended and sufficiently respected*" (Shklar, 1998e, p. 116)<sup>23</sup>.

Va, pues, una última contraposición entre Gargarella (2005b) y García (2020). Ambos tienen claro que, en términos teóricos, el derecho de resistencia y el uso de la violencia como instrumento de lucha política debe ser buscado en el pensamiento medieval y en versiones excepcionales del liberalismo como la de Locke (no en el liberalismo contemporáneo). Pero mientras esto es así, Gargarella escribe desde el *anhelo* (trágico) por *recuperar* esta posibilidad y García, por el contrario, la ve extendida en todo el debate político colombiano en el que seguimos "librando una guerra santa contra un poder despótico" (2020, p. 176), en donde "siempre [inventaremos] un pretexto para invocar el derecho a la rebelión" (2020, p. 176), causa de ese ya referido regreso al estado de naturaleza al que en este otro libro denomina nuestro "*imperio del rencor*" (2020, p. 162).

---

<sup>23</sup> Una última alusión a Hegel resulta en este punto, creo, no solo necesaria sino sumamente ilustrativa. Como entiendo las cosas, al menos en una obra como *La Constitución de Alemania*, esta lectura shklariana del derecho a tener derechos es la negación de lo político. Dicho desde la referencia anterior, la actitud racional es solo y únicamente la de Ismene. El camino elegido por Antígona (tal *drama de la libertad*) no es otra cosa que la extinción del Estado, una situación en la que "Cada parte se basa en sus derechos y acusa a la otra de la lesión de un derecho. El derecho de [...] A resulta lesionado, en el derecho que le pertenece, por [...] B; pero [...] B afirma que él sostiene su derecho B y que esto no se puede considerar como lesión del derecho de A. El público toma partido, cada partido afirma que tiene el Derecho de su parte; resulta así que ambos partidos tienen derecho y que son precisamente los mismos derechos los que se encuentran en oposición a uno y a otro" (Hegel, 2010, p. 173) Se trata, pues, de un claro contraste en el que este *drama de la libertad* es calificado por Hegel como anarquía activa, "como [en el caso] del puro derecho antiguo del más fuerte, que en las eternas disputas sobre la propiedad confusa, otorga la posesión al brazo del más fuerte por el momento" (pp. 176-177), mientras que para Shklar no solo marca la historia del constitucionalismo de los EE. UU. sino que adquiere la denominación de *la libertad positiva del liberalismo*, véase especialmente Shklar, (1998e, p. 123).



Ante este tipo de alternativas, los defensores de la primera fórmula parten de la idea de que el orden social es algo tan frágil que no debe quedar duda alguna de que nuestro *ethos reconciliatorio* exige ponerse del lado de las afirmaciones de García. Incluso si ellas pudieran significar eso que él mismo atribuye como apuesta de la extrema derecha, capaz de aceptar al poder en su pura facticidad, en lo que acabo de llamar dominación desnuda. O para ofrecer el último pasaje de Shklar (1998a), quienes *ponen la paz antes que todo* son quienes creen “*as Thucydides did, that civil war is the most horrible thing that can happen, that civilization is very thin ice that savagery and murderous rage are just below the surface of society*” (p. 46).

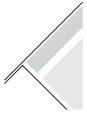
La otra alternativa, a la que se dirigen mi segundo grupo de dudas y que se inclina en esa trágica necesidad humana del lado de Montesquieu, afirma (o mejor, desde aquí, afirmamos) que lo que resulta sumamente frágil es la libertad. Un valor tan asequible (tan expuesto frente) a tantas y tan variadas formas de opresión que dudamos de cualquier intento (o promesa) encaminado(a) a que la idea del derecho ilegítimo esté disponible solo para ese ciudadano virtuoso dispuesto a dar la lucha por sus derechos a través de las formas jurídicas. Con esto, que está dispuesto a asumir el riesgo de la libertad, el riesgo implicado en la tolerancia de ese intolerante aún cegado por la idea de que en la resistencia violenta pueda existir algún tipo de salida.





## Referencias

- Agamben, G. (2017). *El reino y la gloria. Una genealogía teológica de la economía y del gobierno*. Buenos Aires, AH.
- Agamben, G. (2019). *Estado de excepción*, Buenos Aires, AH.
- Alexy, R. (2007). “La definición del derecho según Kant”, en Castañeda, Durán & Hoyos (eds.). *Immanuel Kant: vigencia de la filosofía crítica*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad Nacional de Colombia, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana.
- Bacelli, L. (2001). “Derechos sin fundamento”, en Cabo & Pisarello (ed.) *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta.
- Cano, L. (2021). “Los límites de la justicia dialógica en la protección de los derechos sociales en Colombia” *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado, núm. 49, mayo-agosto.
- Espinoza J. R. & García, M (2013). *El derecho al Estado. Los efectos legales del apartheid institucional en Colombia*. Bogotá: Dejusticia.
- Ferrajoli, L. (2011). *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia 2. Teoría de la democracia*. Madrid: Trotta.
- Gallo, M. (2008). “El estado fiscal en el pensamiento político de Thomas Hobbes”, *Vniversitas*, Pontificia Universidad Javeriana, núm. 115, enero-junio.
- Gallo, M. (2020). *Injusticia y esperanza. Judith Shklar y los derechos sociales humanos*. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.
- García, M. (2012). “Constitucionalismo aspiracional: derecho, democracia y cambio social en América Latina”, *Análisis Político* vol-25, núm. 75.
- García, M. (2017). *El orden de la libertad*. Bogotá: Fondo de Cultura Económica.
- García, M. (2020). *El país de las emociones tristes. Una explicación de los pesares de Colombia desde las emociones, las furias y los odios*. Bogotá: Ariel.
- Gargarella, R. (2005). *El derecho a la protesta. El primer derecho*, Buenos Aires: Ad-hoc.
- Gargarella, R. (2005b). “El derecho de resistencia en situaciones de carencia extrema” En: *El derecho a resistir el derecho*, Buenos Aires: Miño y Dávila.
- Gargarella, R. (2014). *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Madrid: Katz.
- Gargarella, R. (2020). *La derrota del derecho en América Latina. Siete tesis*. Buenos Aires: Siglo veintiuno.
- Gargarella, R., Domingo, P. & Roux, T. (2006). *Courts and Social Transformation in New Democracies*, Hampshire, Ashgate.



- Garzón (2021). El abismo populista y una oportunidad para el centro político. Disponible en: <https://contextomedia.com/el-abismo-populista-y-una-oportunidad-para-el-centro-politico/>.
- Habermas, J. (1998). “Reconciliación mediante el uso público de la razón” en: *Debate sobre el liberalismo político*, Buenos Aires, Paidós.
- Habermas, J. (2012). “The Concept of Dignity and the Realistic Utopia of Human Rights” en *The Crisis of the European Union. A Response*, Cambridge, Polity.
- Hegel, G. W. F. (2010). *La Constitución de Alemania*. Madrid: Tecnos.
- Hegel, G. W. F. (2011). *Fundamentos de la filosofía del derecho o compendio de derecho natural y ciencia política*. Madrid, Tecnos.
- Han, B. CH. (2018). *Topología de la violencia*, Barcelona, Herder
- Han, B. CH. (2019). *Hegel y el poder. Un ensayo sobre la amabilidad*, Barcelona, Herder.
- Green, T.H. (2011). “Lectures on the Principles of Political Obligation”, en Nettlesip, R.I. (ed.), *Works of Thomas Hill Green*. Cambridge, Cambridge University Press.
- Kelsen, H. (1980). *Esencia y valor de la democracia*, México, editora Nacional.
- Maquiavelo (2015). *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*. Madrid, Alianza editorial.
- Montesquieu, Ch. L. (2007). *El espíritu de las leyes*. Madrid, Tecnos.
- Moyn, S. (2010). *The Last Utopia. Human Rights in History*, Cambridge, Harvard University Press.
- Nino, C.S. (1993) “Justicia”, en *Doxa* N°.14. pp. 61-74.
- Pogge, T. (1989). *Realizing Rawls* Ithaca, Cornell University.
- Rawls, J. (1998). “Réplica a Habermas” en: *Debate sobre el liberalismo político*, Buenos Aires, Paidós.
- Rawls, J. (1995). *Teoría de la justicia* México, Fondo de Cultura Económica.
- Rorty, R. (1991). *Contingencia, ironía y solidaridad*, Barcelona, Paidós.
- Rorty, R. (1998). “La justiciar como lealtad ampliada” en: *Pragmatismo y política*, Barcelona: Paidós.
- Schmitt, C. (1997). *El Leviatán en la doctrina del estado de Thomas Hobbes*. México, Amalgama Arte.
- Schmitt, C. (2012). *Posiciones ante el derecho*, Madrid, Tecnos.
- Shklar, J. (1976). *Freedom & Independence. A Study of the Political Ideas of Hegel's Phenomenology of Mind*, Cambridge, Cambridge University Press.



- Shklar, J. (1987). *Montesquieu*, New York, Oxford University Press.
- Shklar, J. (1992). “Foreword”, en Lepenies, W *Melancholy and Society*, Cambridge. Harvard University Press.
- Shklar, J. (1995). *American Citizenship. The Quest for Inclusion*, Cambridge. Harvard University Press.
- Shklar, J. (1998a). “Obligation, Loyalty, Exile”, en Stanley Hoffman (ed.), *Political Thought and Political Thinkers*. pp. 38-55, Chicago: Chicago University Press.
- Shklar, J. (1998b). “Montesquieu and the New Republicanism”, en Stanley Hoffmann (ed.), *Political Thought and Political Thinkers*, pp. 244-261, Chicago, Chicago University Press.
- Shklar, J. (1998c). “The Political Theory of Utopia: From Melancholy to Nostalgia”, en Stanley Hoffmann (ed.), *Political Thought and Political Thinkers*, pp. 161-174, Chicago, Chicago University Press.
- Shklar, J. (1998d). “Ideology Hunting: The Case of James Harrington”, en Stanley Hoffmann (ed.), *Political Thought and Political Thinkers*, pp. 206-243, Chicago, Chicago University Press.
- Shklar, J. (1998e). “Positive Liberty, Negative Liberty in the United States”, en Hoffmann & Thompson (ed.), *Redeeming American Political Thought*, pp. 111-126, Chicago, Chicago University Press.
- Shklar, J. (2014). *Los rostros de la injusticia*. Barcelona: Herder. (2018). *El liberalismo del miedo*. Barcelona: Herder.
- Shklar, J. (2019). *On Political Obligation*, Ashenden S & Hess, A (ed) New Haven: Yale.
- Tucídides (2019). *Historia de la guerra del Peloponeso I-II*, Barcelona, Gredos.