

LEGALIDAD TERMINAL¹

PETER FITZPATRICK²

Resumen: El presente escrito constituye el esbozo de un trabajo posterior del autor en que se desarrolla el origen de la sociedad con base en el paradigma de Tótem y Tabú. En la obra freudiana, la importancia del derecho tiene una instancia suprema identificada con la decisión judicial, la cual encierra el misterio, el mito del origen de la sociedad moderna.

Abstract: The present written constitutes the sketch of a later work of the author in that the origin of the society develops with base in Tótem's paradigm and Taboo. In the Freudian work, the importance of the right has a supreme instance identified with the judicial decision, which encloses the mystery, the myth of the origin of the modern society.

Resumo: O presente escrito constituie o esboço de um trabalho posterior do autor em que se desenvolve o origem da sociedade com base em o paradigma de Tótem y Tabú. Em a obra freudiana, a importância do direito tem uma instância suprema identificada com a decisao judicial, a qual encerra o mistério, o mito do origem da sociedade moderna.

Tan extravagante como parece ser, todo este trabajo está inicialmente enmarcado en el intento de Freud de localizar el origen de la sociedad en su parricidio primordial de *Tótem y Tabú* (Freud 1960). Aquí Freud volvió a “la pregunta original por el fundamento”, para pedir prestada la frase (Derrida 1989: 60). Y lo que su refulgente mitología del origen revela, es los fundamentos del derecho en una existencia social privada de variedad trascendente. Estos fundamentos son posesivamente “del” derecho, pues ellos fundan al derecho, tanto como el derecho los funda a ellos. Así, puede argumentarse, los elementos de una sociedad moderna proveen fundamentos del derecho, pero estos elementos se convierten en socialmente efectivos, cuando son unificados por el derecho. En esta introducción, entonces, el encanto de la historia de Freud será despachado en servicio de planchado rápido, en orden a poder situar el análisis de los fundamentos del derecho en un modo preliminar y gráfico. Ese análisis, entonces, será convencionalmente más abreviado.

Freud es tan frecuentemente visto como el padre del modernismo autoconsciente, y en *Tótem y Tabú* estaba particularmente preocupado por explicar la emergencia y la calidad de la sociedad en su modernidad, de manera autosuficiente, y para Freud el derecho era central para tal sociedad. Su historia fantástica en realidad es una de dos orígenes. Comienza con un éxtasis desolado

¹ Este texto constituye la Introducción del libro *Modernism and the grounds of law*, Cambridge University Press, 2001, de Peter Fitzpatrick. Traducción del inglés por Alexis Martha Cepeda Duarte.

² School of Law, Birkbeck, Londres.

en el cual la “manada-primordial” salvaje existe de algún modo completamente bajo el vaivén del padre. Éste es un lugar de completa fijación, donde nada puede ser sino lo que es. De algún modo, en esta escena quieta, la acción irrumpe y el padre es asesinado y consumido por sus hijos. Éste es el primer origen. La posibilidad ahora puede entrar en el mundo he impulsar el segundo origen. Desde que la posición del padre omnipotente es destruida junto con él, ya no puede ser ocupada, y la posibilidad infinita ya no puede ser ahogada en una determinación abarcante. Cansado del desorden subsiguiente y “la guerra de todos contra todos,” y dándose cuenta de que han interiorizado la autoridad del padre, los hijos entran en un contrato social, y de ahí en una sociedad ordenada con sus leyes positivas. Ese orden subsiste bajo el prospecto y el miedo de regresar al salvajismo –a una condición la cual Freud invariablemente ubica en la manada primordial o la posibilidad vertiginosa que le sigue.

Inicialmente este mundo de nueva creación no parece ser un lugar prometedor en el cual se pueda encontrar el derecho. Este mundo deviene una relación susceptible de cambio y creatividad. El moderno estado del derecho, con su admisión de estabilidad asegurada y ultimidad de determinación, parece más cerca a la condición de la manada primordial. Para que el derecho rija, sin embargo, también tiene que abarcar los atributos opuestos. El derecho, como estado de derecho, tiene que poder siempre responder bien e indeterminadamente, capaz de extenderse a una variedad infinita a la cual se enfrenta constantemente. Esta división dentro del derecho, se refleja rápidamente en la vibrante indecisión de los debates de jurisprudencia, filosofía y ciencias sociales sobre lo que derecho pueda ser –debates los cuales se dividen implacablemente entre la calidad de determinación autónoma de derecho y su dependencia de fuerzas tales como la sociedad y los cambios sociales– fuerzas las cuales siempre hay que narrar y dar paso. Y así el derecho puede ser visto como que empareja esta demanda doble de la modernidad para cuya identificación sirve *Totém y Tabú*: la demanda por una posición segura, integrada con una sensibilidad a todo lo que está más allá de la posición, una demanda que ahora debe alcanzarse sin tener que recurrir a soluciones de otro tiempo, de una clase trascendente.

La calidad antecedente de la oposición entre estas demandas es atestiguada por la obsesiva incertidumbre de Freud, en *Totém y Tabú*, tanto como en muchos de sus trabajos posteriores, sobre si el parricidio ocurre de hecho. Una y otra vez, él afirma con voz estridente en términos científicos, que tuvo que haber pasado, solo para dudarlo, antes de retornar usualmente a su afirmación, aún no siendo fácil. Los términos en los cuales la incertidumbre de Freud, se presenta, corresponden a la antinomia de un origen el cual pone las demandas contrarias “en primer lugar.” Tal origen sería nada excepcional, buscaría combinar la escena determinante originaria con lo que viene inadvertidamente “antes” o de más allá de él. Es en la combinación de estas dimensiones “originarias” que el derecho puede ser puesto en el origen. Para sí mismo, Freud silencia la disonancia al recu-

rrir al salvaje capaz. Esto sucede en modos intrincados en líneas generales en mi primer capítulo, pero el punto a extractarse aquí, es que Freud, constitutivamente, basa su propia posición epistemológica y el orden civilizado que él descubre, en un lugar salvaje especularmente enfrentado contra ambos.

Tan seguro como puede ser el rechazo a este salvajismo, existe aún, para pedir prestado un título famoso, un malestar respecto de la civilización (Freud 1985c). El salvaje es y está siempre dentro. El orden firme y el derecho que da seguridad tienen que ser sostenidos por miedo a volver al salvajismo primordial, el cual aún tañe su campana de llamada. Pero Freud trunca la genealogía de la sociedad aquí. En su propio dar cuenta de ello, la sociedad acabada no emanó de negar el salvajismo de la manada primordial, sino de negar aquella libertad salvaje, esa era peligrosa de posibilidades sin fin, la cual siguió a la destrucción del poder omnímodo del padre. El problema de Freud entonces, si puede ser atribuido a él, es que no puede simplemente no rechazar esta inmediatamente anterior condición de libertad salvaje, desde que ella carga esa posibilidad respondente, la cual despedaza la inercia de la horda primordial y eventualmente creó la sociedad. Sin embargo, ni Freud puede simplemente aceptar esta condición anterior que dentro de la sociedad la misma crea, porque esto destruiría su concepción de la sociedad como orden predominante.

Es en este dilema en el que podemos identificar a Freud como el creador de mitos de la modernidad con un poco más de precisión que lo usual. Normalmente Freud está englobado dentro de una larga tradición de mitología occidental, en la cual la sociedad civilizada siempre puede recaer en el salvajismo disipante de donde viene. Y Freud entra en esta tradición con suficiente facilidad a través de concebir a la sociedad en su radical diferencia con el desorden que la precede. Sin embargo, esta sociedad es también, y tiene que ser, lo mismo que fue antes. El orden simple es la condición de la horda primordial. Éste es orden sin sensibilidad y posibilidad. Y es la presencia de estas cualidades y su infinita promesa dentro de la civilización ordenada, la que crea su malestar. Puesto más estrictamente en términos de Freud, este malestar es una “enfermedad,” una que es inerradicable, y que siempre cuida la norma ordenada, negándole su tranquilidad. Freud, dicho brevemente, produce una alegoría del derecho. Lo sitúa en dos extremos, uno en la posición completamente determinante de la horda primordial, y el otro en el caos consecuente donde cualquier cosa puede sensiblemente ser otra cosa que lo que es, y él sugiere cómo pueden ser combinados. Esto lo hace en su elevación quasi-etnografía del tótem.

El tótem es para Freud la primera forma del derecho. El asesinato del padre inició el derecho, y el asesinato del padre-substituto, el animal del tótem, se concentra maravillosamente en sus dimensiones. Aquí hay una fuerza al reclamo mortal del derecho para determinar finalmente, para arreglar y abrazar la vida, negándole su posibilidad proteica. Sin embargo la muerte también disuelve la determinante, y se abre a lo que es inadvertible más allá. Así, la muerte totémi-

ca determina, sin embargo también aclara, los fundamentos de determinación existentes e invita a una novedad dentro del mundo. Con el tótem salvaje, estas dos dimensiones son muy inmediatas, pero con la civilización, el prospecto de regresar al salvajismo el progreso para mantener la predominancia de lo determinante – y los proyectos de Freud siempre han sido para dar cuenta del *orden* de la sociedad. Es el derecho quien aseguraría tal orden y consagraría en sí mismo la predominancia. Aquí también lo salvaje obliga con un fundamento. El derecho encuentra su apoteosis en lo determinante pues es imperativamente puesto contra el caos salvaje, y aún en la violencia de su determinación el derecho, se mantiene también de lo salvaje.

En caso de que exista la vida después de Freud, y desde que él ocupa solamente el primer capítulo, puede que se ofrezca una indicación más directa de lo que en el resto del libro se trata; pero antes de hacer eso, la generosidad de Freud puede ser aprovechada aún más, así como para introducir e ilustrar lo que tendenciosamente podría ser llamado el método del libro. Hay mucha historia implícita a través del texto, pero el contenido de eso es suficientemente evidente. Lo que podría ser más opaco es el dispositivo de la instancia de lo dicho. La instancia de lo dicho es un texto o una situación planteando una preocupación reiterativa del período moderno. No sólo manifiesta irresolución persistente, sino también una demanda consistente para la resolución, y en efecto puede ser de lo más reveladora cuando lo que se ofrece es una resolución tortuosa, como la de Freud. Para pedir prestada la terminología, nada menos que, las instancias de lo dicho son un síntoma de la obsesión. Lo cual pone al texto del que se trata, como éste, en una posición algo ambivalente. Hay en una y a la misma vez evidencia y autoridad. Como evidencia convincente, lo que dice el texto tiene que ser algo que ha asumido una compra significativa, una autoridad palpable, y mi preocupación es no debilitarlo paulatinamente, sino ver sus fracasos como afortunados, extendiéndose más allá de la resolución limitada. La situación que se dice, de otro modo, es una que combina productivamente lo que evidencia con la aserción autoritaria, tal como lo apodóctico del origen.

Otra estratagema envuelve un movimiento extraído de la instancia de lo dicho, de lo no dicho, dentro de la presentación del trabajo. El capítulo 2 es un compromiso con un movimiento de “posición” o de un posicionamiento en la modernidad. Éste es un movimiento que fusiona lo determinadamente asegurado, con lo que está, “por el momento” mas allá de la determinante. Un poco más puntillosamente, con su no asentamiento ni en un lado ni en otro, el movimiento entre ellos es arena de oposición en la cual devienen próximos y aplicados uno al otro, aun cuando son todavía paralelos y opuestos. Es la exigencia y la existencia de esta arena lo enfocado por mi argumento a través del libro. Aquí ya no podemos encontrar más una simple garantía, sino una garantía a pesar de; no una correspondencia o una subordinación agradable entre las cosas sino más bien, lo que es mutuamente aprehensivo e isomórfico; ni lo que es compatible o

contrario sino compatible y contrario. Sobre todo, en un sentido, estas líneas de resolución e irresolución asumen los lineamientos del derecho.

Este movimiento, entonces, moldea el segundo capítulo en dos maneras. Uno debería probar ser obvio. En su alternancia, el movimiento se afirma en las instancias de lo dicho y sin embargo los desconcierta. Las instancias de la mitología Freudiana en sí misma, perduran como un criterio de prueba a través de este capítulo. El mito también comprueba ser una fuente de instancias de lo dicho comúnmente tomadas para fundar al derecho moderno en varias maneras —las instancias del origen, de la sociedad, la transgresión y una alteridad salvaje. El otro efecto que moldea este movimiento focal, puede no ser tan sobresaliente. Esta es una alternancia dentro del capítulo como un conjunto. El capítulo inicia con un comienzo, con el origen, y luego se mueve hacia la sociabilidad moderna, demostrando cómo la solidez asumida de ambos es siempre dependiente de la comprensión más allá de su constitución “por el momento”. Para tomar a la sociedad como una ilustración, una existencia social, para que el argumento continúe, sólo podría asumirse el ser individualizado o específico y sin embargo estar con otros si hubiera una autoridad capaz de afectar la posición determinante y sin embargo en sí mismo ser ilimitablemente comprensivo. Esa autoridad es derecho. El capítulo entonces regresa hacia lo determinante y hacia su pronunciada predominancia dentro de la modernidad occidental y su derecho. Aquí el instante neo-sacro de transgresión pivotea, y el derecho se muestra asumiendo dimensiones de lo sagrado, para subsistir y para tomar forma en una relación integral “exterior” o de “exterioridad” auto-transgresivo. (Blanchot 1992: 434; Foucault 1987: 34). Sin embargo, continúa el capítulo, esta orientación transgresiva es capturada en una modernidad por una alteridad salvaje la cual, en su relación negativa con el derecho, elevará lo jurídico a una fijación determinante, tal como lo vimos en el mito freudiano. Sin embargo, ese reflejo sombrío, a su turno, no puede proveer una resolución duradera. Esto implica que ciertos salvajes “otros”, llevando tales manifestaciones al extremo de determinación y receptividad, hagan que un movimiento no integrado sea posible. Una putativamente resuelta identidad jurídica y social es entonces asegurada en la negación de los otros no resueltos. Pero, claro, el movimiento inquieto aún permanece dentro de la identidad misma. La demanda por una resolución y el derecho que la resuelva, continúa insistente. De este modo, con el capítulo 2 encontramos el derecho derivando sus fundamentos de las dinámicas de la modernidad, que aún haciéndose a sí mismo, siempre ha ido mas allá, hasta exceder a la modernidad y estas dinámicas.

Con el capítulo 3, el movimiento y la alternancia, en y entre, la determinación, la receptividad, son llevados al interior del derecho. La historia, hasta aquí, tiene al derecho asumiendo algo de una existencia parasitaria a través de su tomar ímpetus y elementos de diferentes instancias de lo dicho y su demanda de derecho. A pesar de que el derecho retorna el ímpetu y los elementos de esas instancias en una relación coherente, éstos todavía tienen que dar cuenta del dere-

cho solamente en la diversidad de sus propias demandas. El único lugar singular que el derecho ha tomado, nuevamente en la historia hasta ahora, fue un “antes” de estas instancias en la mitología freudiana. Ahora la escena se extiende y el derecho se relaciona con las exigencias de la acción, el tiempo y espacio, y en el proceso su contenido convencional se mostrará, coherente en esa relación. Ahora la escena se extiende y el derecho se relaciona con las exigencias de la acción, el tiempo y el espacio. Si, entonces, “la característica que define la modernidad legal yace en el intento de hacer el derecho auto-fundado” (Goodrich 1993: 116), la constitución de este mismo ha convencionalmente dependido de un solitario punto de clausura que, o se cae su coherencia, o asume una trascendencia deificante, substituyendo a la variedad anterior, que ha sido agotada, o eliminada, a escondidas, de muchas maneras. Los expedientes famosos de estos tipos, proveen instancias de lo dicho para este capítulo y éstos, contrario a sus propias conclusiones, revelan los movimientos entre determinación y reacción, como constituyentes del derecho. Lo que se convierte en convergente en y como derecho es el movimiento combinado con esa demanda para una resolución exigible que emana de la sociedad, la alteridad, y así sucesivamente.

Tal línea de argumento es muy evidentemente formulado contra el positivismo y otras afirmaciones de estabilidad, fijeza, inexorabilidad, finalidad del derecho. Auí en su forma más asentada, o especialmente en esta forma, el derecho no puede “ser”, sino reaccionar a lo que está más allá de su determinado contenido “actual”. Sin embargo, el derecho tampoco puede dispersarse en pura reacción. Si debe ser traído a portar, tiene que asumir alguna garantía más allá de lo efímero de la vida; “el derecho, la justicia, es ser más confiable que todos nuestros olvidables amores, nuestras lagrimas tan rápidamente secadas” (Michelet 1982: 268). Sin embargo, el derecho aparece solo en el fracaso, en la ineffectividad de una determinación preexistente o una anticipación lapidaria, puesto que si estos alguna vez *fuera*n completos y efectivos, nosotros “estaríamos” simple y completamente sin alguna “llamada” a la prescripción o decisión —una reversión hacia una manada primordial. Tomando dos ilustraciones de las instancias que se extienden a través de este capítulo, una ya ha sido tocada en la compañía de Freud: el estado de derecho. Para que pueda existir un estado de derecho, para que el derecho rija, él mismo debe tener una fuerza determinante. Sin embargo, si fuera mera o fijamente determinante, si no fuera receptiva, dejaría de poder regir una situación que ha cambiado inexorablemente a su alrededor. La otra instancia es una en la cual los movimientos del derecho asumen un efecto determinante, y ese efecto es la decisión —la decisión del sujeto, del juez y la del legislador. La decisión jurídica es siempre receptiva. No puede ser ni emitida de antemano ni fundamentada simplemente en términos de alguna realidad empírica o simplemente en términos de alguna decisión previa. Si pudiera reducirse en cualquiera de esas maneras, no habría un “llamado” para una decisión, ninguna exigencia para una “sentencia innovadora” (Derrida 1992 a: 23). Puesto de otra manera, la res-

ponsabilidad —o en el uso antiguo de la misma— involucrada en una decisión, no puede ser ajustada dentro de lo determinante o lo conocido. Siempre ha existido “dentro” de una decisión jurídica un “secreto”, un misterio, una “locura” (Derrida 1992 a: 23; 1995: 65). Lo que esto trae consigo, es que el escenario de una decisión jurídica, en su forma determinante, es inevitablemente arbitraria. No es, no puede ser, extendida cognoscitivamente a todos que puedan hacer que la decisión sea lo que es. La decisión es siempre una elección e involucra una negación y un sacrificio, un “corte” dentro de la variedad infinita de la inclinación, hecho y circunstancia que posiblemente la informaría (Derrida 1992 a: 26).

Todo lo cual deja un asunto difícil lo cual podría verse como orientando a la segunda mitad del libro aplicado”, donde un “caso” considerable no solo continúa, sino que también ilustra extensamente al primero. Si el derecho debe “ser”, “tomar lugar” en principio no puede subsistir como reacción inefable, sino que debe llegar a un lugar de determinación. Este lugar, a su vez, no debe sólo contener la reacción jurídica, sino que debe también tener la habilidad de mantenerla. En el capítulo 4, entonces, el derecho encuentra un terreno matriz en una nación de nacionalismo moderno. Esto no es, para adoptar una expresión idiomática, sólo una nación particular de sangre y tierra, sino también una nación universalmente inclinada hacia más allá de su parcela territorialmente limitada. Al hacer esta combinación imposible posible, ambas en sí mismos, y como derecho, la nación —la sociedad nacional— recurren al derecho en la causa de su propia coherencia; y, en su hacerse a sí mismos mutuamente, el derecho y la nación comparten ciertas dinámicas de formación, tal como el recurrir la negación del salvajismo y sus “variantes apenas retrabajados” (Balibar 1991: 25). Esta configuración del derecho y la nación, junto con la universal y particularmente determinante reacción, es uno el cual no es ni confinado ni confinable a la nación en singular, sino que toma una densidad formal y eficaz en términos tales como comunas o comunidades de naciones. Existen términos que aún dependen de una particularidad predominante de naciones electas. Y es en tales términos —sumarizando abruptamente ahora— que el imperialismo y la globalización se encuentran, en los capítulos restantes 5 y 6, siendo extraversiones de la nación.

La hipótesis indulgente reconciliando el derecho occidental con su prevaleciente historia actual, es que sus manifestaciones imperiales eran una aberración de su *telos* liberal, donde en el capítulo 5 lo opuesto se muestra como debiendo ser el caso, pero con una diferencia portentosa. Lo que distingue al imperialismo moderno y su derecho es una disyunción intrínseca y terminal, entre su reacción efectiva y lo que podría ser su fuerza abarcante de determinación. La globalización y el derecho global son revelados en el capítulo 6 como operando del mismo modo, como un neo-imperialismo, aunque ellos también operan en un registro completamente diferente. La globalización afirma una objetividad existente en sí misma. Es el acabamiento consumado de lo social, de la “sociedad global”. Como tal, permite un reclamo directo a lo global y sus equivalentes, tales

como lo “humano” de los derechos humanos globalizados. Tales reclamos pueden ser hechos sin la mediación y la constrictión de una nación o *imperio*. La globalización, en breve, se asienta en una particularidad de exclusión que, sin embargo, puede ofrecer un lugar palpable para la universalidad inclusiva. La esperanza denegada en la primera condición es vivificada por el segundo.