

Desterritorializar el dispositivo de la teoría  
del derecho. Hacia una ontología político-jurídica  
de la actualidad

*Deterritorializing the dispositif of the theory of Law.  
Toward a political-legal ontology of the actuality*

Por DANIEL J. GARCÍA LÓPEZ  
Universidad de Granada

**RESUMEN**

*El presente artículo tiene dos objetivos. El primer lugar, mostrar cómo cierta teoría del derecho funciona como un dispositivo de normalización epistemológica, que entiende que existe un único saber válido sobre el derecho. Esta oculta la violencia por medio de su pretensión de ahistoricidad, neutralización y necesidad. En segundo lugar, se propone desterritorializar este dispositivo a través de una línea de fuga que se ha denominado ontología político-jurídica de la actualidad. Esta teoría del derecho que viene se centraría en la tríada vida-historia-política (biopolítica y teología política), proponiendo una definición: partiendo de un presupuesto de ontología de la actualidad al entender que el derecho es un dispositivo, una red de producción de subjetividades, la teoría del derecho que viene es un método: el análisis arqueológico del dispositivo.*

Palabras clave: *Biopolítica, dispositivo, Ontología de la actualidad, Teoría del Derecho, Vida-historia-política.*

## ABSTRACT

*This paper has two objectives. Firstly, it shows how a certain theory of law works as a dispositif of epistemological normalization, which understands that there is only one proper knowledge about the law. It hides the violence, through its pretension of ahistoricity, neutralization, and necessity. Secondly, it proposes to deterritorialize the dispositif of the theory of law, through a line of flight that has been called political-legal ontology of actuality. The coming theory of law would focus on the life-history-political triad (biopolitics and political theology). Its definition would be: departing from the ontology of the actuality as a means to understand the law as a dispositif, as a production network of subjectivities, the coming theory of law is a method: the archaeological analysis of the dispositif.*

Keywords: *Biopolitics, Dispositif, Life-History-Politics, Ontology of the Actuality, Theory of Law.*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN: HEGEL Y EL ESPÍRITU EUROPEO. – 2. LOS GRANDES RELATOS DE LA TEORÍA DEL DERECHO: 2.1 *Territorialización y hegemonía de la filosofía jurídica analítica.* 2.2 *¿El derecho ha existido siempre?* 2.3 *La escritura de la ley.* 2.4 *Ocultar la violencia.* – 3. EL DISPOSITIVO DE LA TEORÍA DEL DERECHO. – 4. HACIA UNA ONTOLOGÍA POLÍTICO-JURÍDICA DE LA ACTUALIDAD. – 5. CONCLUSIÓN: HEGEL EN EL PALAZZO CAVALCANTI.

**SUMMARY:** 1. INTRODUCTION: HEGEL AND THE EUROPEAN SPIRIT. – 2. THE THEORY OF LAW'S GRAND NARRATIVES: 2.1 *Territorialization and hegemony of analytical legal philosophy.* 2.2 *Has the law always existed?* 2.3 *Writing the law.* 2.4 *Hiding the violence.* – 3. THE DISPOSITIF OF THE THEORY OF LAW. – 4. TOWARD A POLITICAL-LEGAL ONTOLOGY OF THE ACTUALITY. – 5. CONCLUSION: HEGEL AT THE PALAZZO CAVALCANTI.

## 1. INTRODUCCIÓN: HEGEL Y EL ESPÍRITU EUROPEO<sup>1</sup>

No es nada nuevo señalar que Hegel fue un fino espectador-actor de su tiempo. Atento a los acontecimientos, logró desentrañar una suerte de *trinidad europea*: Francia, Inglaterra y Alemania. Fueron varios los sucesos que marcarían en la mirada del filósofo la afirmación de que

---

<sup>1</sup> Agradezco al prof. Federico Fernández-Crehuet López sus sugerencias, comentarios y críticas.

Europa, en «su fondo actual»<sup>2</sup>, no se extendía más allá de esas tres localizaciones. Pensemos en el proyecto ilustrado, en la revolución francesa, en el movimiento contrarrevolucionario inglés o el idealismo alemán. Cada uno de estos polos marcaría una actitud ante la existencia: el rigor reflexivo alemán, el carácter revolucionario francés y el pragmatismo utilitarista inglés. Lo que se traduciría en tres cosmovisiones políticas: conservadurismo, radicalismo revolucionario y liberalismo moderado. Y ello también se trasladaría al predominio de una de las esferas: poesía y metafísica germanas, política francesa y economía inglesa<sup>3</sup>. La aparente simplificación del panorama, excepciones por medio –por supuesto–, parece bastante descriptiva.

Esta conformación del espíritu europeo vendría a configurarse como una t(r)opografía del pensamiento que desembocaría, un siglo después, en las dos grandes tradiciones de la filosofía occidental: continental y analítica<sup>4</sup>. No nos vamos a detener aquí en algo que es bien conocido, lo que se pretende es articular cómo esta territorialización de la filosofía también desembarca en la filosofía del derecho, consagrando una de las dos tradiciones en lo que a partir de los años 70 se llamó *teoría del derecho*<sup>5</sup> –aunque ya encontramos el término *Rechtstheorie in Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, de Kant. Aquí se defiende y se muestra la producción de un dispositivo de torno a la disciplina –y hablar de dispositivo y disciplina es más que un juego de palabras– que aboca al ostracismo a aquellas ideas que no encajen en la norma. De ahí que sea preciso abrir líneas de fuga del dispositivo de la teoría del derecho, desterritorializándola.

## 2. LOS GRANDES RELATOS DE LA TEORÍA DEL DERECHO

### 2.1 Territorialización y hegemonía de la filosofía jurídica analítica

¿Argumentar o narrar? ¿Lógica o historia? ¿Cultura científica o cultura humanística? Estas son preguntas clave para entender las diferencias entre las filosofías analítica y continental. Se trata de un intento de ordenación, nada neutral; una toma de posición<sup>6</sup>. Siguiendo a

<sup>2</sup> HEGEL, F., *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*, Madrid, Ed. Alianza, 1999, p. 150.

<sup>3</sup> ŽIŽEK, S., *El ocaso de las ideologías*, Madrid, Ed. Akal, 2011, p. 9.

<sup>4</sup> Véase D'AGOSTINO, F., *Analíticos y continentales*, Madrid, Ed. Cátedra, 2000. SÁEZ RUEDA, L., *El conflicto entre continentales y analíticos*, Barcelona, Ed. Crítica, 2002.

<sup>5</sup> Es en aquel año cuando surge la revista *Rechtstheorie*, oficializándose así una nueva disciplina. STOLLEIS, M., *Introducción al derecho público alemán*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2017, pp. 160-161. Se trata de una teoría del derecho separada, por ejemplo, del derecho político (*StaatsRecht*), que cultivaran Kelsen o Jellinek. Sobre la historia anterior GONZÁLEZ VICÉN, F., «La filosofía del derecho como concepto histórico», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, 1969, pp. 15-66.

<sup>6</sup> VATTIMO, G., «Prefacio», en D'AGOSTINO, F., *op. cit.*, p. 13.

Franca D'Agostino, podemos caracterizar a ambas facciones con los siguientes rasgos: ad)1 Analítica: «hace uso de *formalismos* y lenguajes «disciplinados», exige argumentaciones en todo momento «controlables» y por tanto tiende a tratar cuestiones más bien circunscritas; posee un talante prevalentemente conceptual, o temático, no se ocupa tanto de autores o de textos sino de conceptos o problemas»; ad) 2 Continental: «excluye el uso de lenguajes formalizados, hace uso de argumentaciones no siempre exactamente reconstruibles; posee un talante prevalentemente histórico, o textual, hace referencia a los autores, a los textos, a fases particulares de la historia del pensamiento, a grandes unidades histórico-conceptuales (la ontología antes y después de PLATÓN, la cuestión de la modernidad, la racionalidad en la época moderna, etc.)»<sup>7</sup>.

Con estas premisas, podemos situar en la racionalidad analítica, el pragmatismo, el neopositivismo, la filosofía analítica americana, la filosofía analítica inglesa y el racionalismo crítico. En la racionalidad continental, por su parte, encontramos el existencialismo, la teoría crítica frankfurtiana, la hermenéutica y el postestructuralismo. En medio, entre una y otra, contaminadas, encontramos la fenomenología, el estructuralismo, los actos de habla, la teoría crítica habermasiana o la epistemología postpositivista<sup>8</sup>.

Esta distinción entre analíticos y continentales, que viene siendo usada al menos desde la década de los 50 del siglo pasado, separa el pensamiento occidental territorialmente, de tal modo que la filosofía analítica se presenta «como la única filosofía digna de ese nombre en los países anglosajones»<sup>9</sup>. A ello hay que sumar la anglogeneización que se ha impuesto en la academia, por medio de las revistas como centros globales de producción y circulación de conocimiento legítimo. Sucede algo similar al latín: se impuso un orden (por medio de la gramática, de la sintaxis, de la forma de hablar, etc.) más allá de Roma. El resto de lenguas quedaban en la clandestinidad y en lo privado. De igual forma ocurre con el inglés hoy en día y con el auge de la filosofía analítica<sup>10</sup>. Veamos cómo opera en el derecho.

Ya hace algunas décadas que Bobbio señalara las tres partes en las que se divide la filosofía jurídica: una teoría del derecho, una teoría de la justicia y una teoría de la ciencia jurídica<sup>11</sup>. Estas tres materias se presentarían como ontología jurídica, teoría de la ciencia jurídica y

<sup>7</sup> D'AGOSTINO, F., *op. cit.*, p. 80.

<sup>8</sup> *Ibidem*, pp. 103 y 104.

<sup>9</sup> *Ibidem*, pp. 79 y 25.

<sup>10</sup> Sobre la anglogeneización, WINTER PEREIRA, L., *Ciudadanía académica. Notas hacia una meta(infra)teoría performativa de la Universidad*, Trabajo Fin de Máster GEMMA, Universidad de Granada, 2018 (inédito), pp. 28-29.

<sup>11</sup> BOBBIO, N., «Nature et fonction de la philosophie du droit», en *Archives de Philosophie du droit*, 7, 1962, cito por la versión incluida en su *Contribución a la teoría del derecho*, Valencia, Ed. Fernando Torres, 1980, pp. 98-100.

axiología jurídica<sup>12</sup>. La primera de las ramas, la teoría del derecho/ontología jurídica, tendría como objeto la determinación de la noción de derecho sobre la base de la noción de norma: «[con Kelsen] la teoría del Derecho se ha orientado definitivamente hacia el estudio del ordenamiento jurídico en su conjunto [...] el de ordenamiento entendido como sistema de normas»<sup>13</sup>. Como sostuvo López Calera con respecto a qué es la teoría del derecho, «es un nombre que corresponde a una época positivista y científicista, a la que no le gusta, desde luego, el nombre de “filosofía del derecho”, aunque lo respeta»<sup>14</sup>. Es por eso que la teoría del derecho no sea la investigación «relativa al ser último y constitutivo del Derecho, sino a los modos más generales de entender el Derecho, esto es, a los límites de lo jurídico»<sup>15</sup>. No hay que olvidar en nuestro contexto el Real Decreto 1424/1990, de 26 de noviembre, por el que se establece el título universitario oficial de Licenciado en Derecho y las directrices generales propias de los planes de estudios conducentes a la obtención de aquél. Una norma que impone qué ha de entenderse por teoría del derecho: «El Derecho como una forma de organización y como sistema normativo. La Ciencia del Derecho. Teoría del Derecho: la norma jurídica y el sistema jurídico. Interpretación y aplicación del Derecho. Conceptos jurídicos fundamentales. Los problemas del Derecho justo y la eficacia del Derecho» (Anexo)<sup>16</sup>.

Si antes decíamos con Hegel que son tres los espacios del espíritu europeo, también son esos mismos tres espacios donde se desarrollará el derecho moderno: la escuela de la exégesis en Francia, la escuela histórica en Alemania y la escuela analítica en Gran Bretaña. Aunque circunscritas inicialmente a tres territorios, pronto ocuparán otros espacios. En cualquier vistazo a un programa de la asignatura teoría del derecho (o, incluso, filosofía del derecho, en aquellas Universidades que la hayan conservado tras la debacle Bolonia), aparecerán nombres como Austin, Kelsen, Hart o Ross y sus respectivos metarelatos. Si bien dos de ellos sí que pertenecen territorialmente al ámbito anglosajón (Austin y Hart), todos ellos cultivaron una filosofía analítica del derecho –también Kelsen, que pasó un largo exilio en Estados Unidos. Esta posición ante el derecho, por expresarlo con palabras de Fassó, «parte de la exigencia del rigor, del orden y de la precisión en la investigación, y cree satisfacerla mediante el análisis y la clarifica-

<sup>12</sup> DÍAZ, E., *Sociología y Filosofía del Derecho*, Madrid, Ed. Taurus, 2.ª ed., 1980, pp. 253-256.

<sup>13</sup> BOBBIO, N., *op. cit.*, p. 251.

<sup>14</sup> LÓPEZ CALERA, N. M., *Filosofía del Derecho (I)*, Granada, Ed. Comares, 1999, pp. 33-34.

<sup>15</sup> ATIENZA, M., *Introducción al derecho*, Barcelona, Ed. Barcanova, 4.ª ed., 1990, p. 369.

<sup>16</sup> Véanse los debates sobre la recepción de la asignatura en los monográficos de *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 25, 1985 o *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 10, 1993.

ción de los procedimientos científicos. Su propósito es, por tanto, extrametafísico (e incluso antimetafísico), y es esencialmente metodológico. Su preocupación es la clarificación del modo de funcionar de los instrumentos lingüísticos de la investigación, y la determinación de su uso correcto»<sup>17</sup>.

Quizás fuera Bobbio, bajo la estela de Kelsen, quien con más ahínco incidió en la filosofía jurídica analítica<sup>18</sup>. Fue su texto de 1950 –década que coincide con los orígenes de la diferencia entre analíticos y continentales<sup>19</sup>–, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*<sup>20</sup>, una suerte de manifiesto analítico en el que defendió la científicidad de la jurisprudencia. Su magisterio fue tal que su escuela, se podría decir, hegemonizó la teoría del derecho italiana y, por contagio, la española<sup>21</sup>. En cierto modo, Bobbio consiguió una territorialización de la teoría del derecho en un espacio geográfico dominado por el iusnaturalismo teológico<sup>22</sup>. Codificó lo que había de entenderse por teoría de derecho, produciendo así un tipo concreto de subjetividad. Había que luchar por el lenguaje. De esta forma se introdujo una máquina gubernamental que legitimara la forma-Estado<sup>23</sup>, con su función de captura, estableciendo fronteras y medios de interiorización<sup>24</sup>. La teoría del derecho funcionaría, en cierta medida, como un mecanismo de captura del territorio, de los confines, sobre el que se asienta la forma-Estado, determinando un interior y un exterior, un saber jurídico legítimo y otro espurio, produciendo efectos de verdad. Puesto que esa lucha por el lenguaje no es más que la apropiación del proceso que permite

<sup>17</sup> FASSÒ, G., *Historia de la Filosofía del Derecho 3. Siglos XIX y XX*, Madrid, Ed. Pirámide, 1996, p. 279.

<sup>18</sup> Aunque no se calificó como filósofo analítico en sentido estricto. Véase BOBBIO, N., *op. cit.*, p. 11: «no me he considerado nunca un neo-positivista ni tampoco un filósofo analítico en el sentido estricto de la palabra». Se pueden destacar cinco elementos caracterizadores de la filosofía jurídica analítica: «concepción lingüística y positiva del lenguaje [...]; la clave de la normatividad del Derecho se encuentra en el lenguaje [...]; racionalización jurídica en términos lógicos [...]; racionalización jurídica en términos pragmáticos [...]; controversia analítica acerca del substrato ontológico». SUÁREZ LLANOS, L., «Planteamiento analítico-iusanalítico: el aspecto ontológico», *Isonomía*, 22, 2005, pp. 183-194.

<sup>19</sup> D'AGOSTINO, F., *op. cit.*, pp. 81-85.

<sup>20</sup> BOBBIO, N., «Scienza del diritto e analisi del linguaggio», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1950, pp. 342-367. Sobre este texto y sus oscilaciones, RUIZ MIGUEL, A., *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 159-174.

<sup>21</sup> Sobre la escuela, BARRÈRE UNZUETA, M. A., *La Escuela de Bobbio. Reglas y normas en la filosofía jurídica italiana de inspiración analítica*, Ed. Olejnik, 2018, especialmente la primera parte, pp. 30-145.

<sup>22</sup> Sobre el pensamiento iusfilosófico dominante en aquellos años, FERNÁNDEZ-CREHUET LÓPEZ, F., *El Leviathan franquista*, Granada, Ed. Comares, 2018.

<sup>23</sup> NEGRI, T., *La forma-Estado*, Madrid, Ed. Akal, 2003.

<sup>24</sup> DELEUZE, G., y GUATTARI, F., *Mil mesetas*, Valencia, Ed. Pre-textos, 2008, pp. 367, y *El antediplo*, Barcelona, Ed. Paidós, 2009, pp. 224-229.

enunciar el lenguaje<sup>25</sup>. Como señalara Calsamiglia, «las categorías jurídicas consagran en autoridad lo que no es más que un poder en bruto. La ciencia jurídica tendría como función la construcción de categorías lógicas para la justificación del poder»<sup>26</sup>.

La teoría del derecho se constituye como un dispositivo, un dispositivo que actúa por medio de una violencia sacrificial para asegurar el territorio. Pero no se trata de grandes liturgias y pompas sacrificiales. El dispositivo de la teoría del derecho actúa en un escenario microfísico, incluso íntimo y cotidiano a la par que virtual. De esta forma, evita que se construyan espacios y lazos de unión, comunes, relaciones que se articulen como contra-dispositivo o que simplemente sobrevivan. Se trata de un poder policial. Pensemos en qué se considera saber legítimo en la teoría del derecho por parte de los agencias de evaluación como ANECA o en los procesos de evaluación en las revistas académicas *propias del área*, produciendo injusticias epistémicas al anular la capacidad para crear y transmitir conocimiento<sup>27</sup>. Es preciso, por tanto, un proceso de desterritorialización<sup>28</sup>, de abandono del territorio, una línea de vuelo o de fuga que nos posibilite otra forma de habitar, es decir, otra forma de subjetividad. Pongamos tres ejemplos de cómo funciona: ahistoricidad, necesidad y neutralización. La teoría del derecho que venimos señalando planteará una concepción del derecho en clave ahistórica y universal, como si este hubiera existido siempre<sup>29</sup>. Del mismo modo, planteará la necesidad e indisponibilidad de lo jurídico sobre la base de una oculta naturaleza teológica (teología-política). Finalmente, señalará que la función clave del derecho es la neutralización del conflicto por medio de la ocultación de la violencia en el debate derecho-moral, así como la nuda vida que la soporta. He aquí varias formas de legitimación del derecho: necesidad, indiscutibilidad, ahistoricidad, sacralidad y carácter totalizante<sup>30</sup>.

<sup>25</sup> Sobre esta forma de actuar, SANÍN RESTREPO, R., *Teoría crítica constitucional. La democracia a la enésima potencia*, Valencia, Ed. Tirant, 2014, especialmente pp. 30-32.

<sup>26</sup> CALSAMIGLIA, A., «Ciencia jurídica», en GARZÓN VALDÉS, E. y LAPORTA, F. J., *El derecho y la justicia*, Madrid, Ed. Trotta, 2.ª ed., 2000, p. 22.

<sup>27</sup> Sobre la injusticia epistémica en su doble vertiente, hermenéutica y testimonial, véase FRICKER, M., *Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing*, Ed. Oxford University Press, 2007.

<sup>28</sup> DELEUZE, G., y GUATTARI, F., *Mil mesetas*, cit., pp. 517-519.

<sup>29</sup> No se defiende que el positivismo formalista, por ejemplo, sostuviera la ahistoricidad del derecho. Tanto es así que, como es sabido, fue una de sus tesis principales (la contingencia e historicidad del derecho).

<sup>30</sup> Es sintomática la historia del *Anuario de Filosofía del Derecho* en sus inicios. Pensemos en Legaz Lacambra: comienza, en el primer número, con temas propios de teoría del derecho, como es el de la obligatoriedad del derecho. Estamos en 1953: el primer presupuesto del orden es el cumplimiento de las leyes, en este caso de la dictadura. Durante la época en que Legaz fue su director, la lógica jurídica ocupó un espacio relevante. En cierta medida era una forma de no hablar de lo que había que hablar: de la violencia. Véase FERNÁNDEZ-CREHUET LÓPEZ, F., «El *Anuario de Filosofía del Derecho*: síntoma y magra terapia franquista», en Fernández-Crehuet López, F. y

## 2.2 ¿El derecho ha existido siempre?

La socialización de todo jurista comienza por la Facultad. En el primer curso, de forma general, se encontrará con las asignaturas que conforman el módulo básico: historia del derecho, derecho romano y teoría del derecho. En las tres se suele hablar de un mismo texto, a saber: la *Ley de las XII tablas*. Posiblemente sea el texto más importante de ese módulo básico, pues es situado como *origen*, fundamento de la vida jurídica romana<sup>31</sup>. Pero las XII tablas se perdieron en el año 387 a. C. (Livio, 6, 1, 9-10). A pesar de su pérdida y de que no existían más copias, su melodía siguió siendo interpretada. Gran victoria para la tradición oral. Marco Tulio Cicerón, quizás el mayor retórico de la antigüedad, no se quedó atrás. Las XII tablas para él fueron un *carmen necessarium*. Así señalaba en su *De legibus* (II, 23, 5) cómo aprendió de niño a recitarlas. Y como en un talent show, Cicerón cantaba las leyes y el jurado decidía sobre la veracidad de sus emociones.

Ficción, fingir. Su *carmina* devenía *ley*. Cicerón simplemente se inventó la ley. La tabla IX fue improvisada. Fantaseó<sup>32</sup>. Cicerón mentía como estrategia, con una intención maliciosa: ganar<sup>33</sup>. La fuente de las fuentes, la ley fundamental de los romanos y del derecho occidental en general, las XII tablas, solo fue la mentira de un charlatán. Pero el jurado se creyó su actuación y la plebe aplaudió. Porque sin ley llega el caos. Marie Theres Fögen lo señaló bien: «por ello en la historia de la humanidad se han descubierto, dado, encontrado, inventado, hecho, esbozado, renovado y han entrado en vigor un sinfín de leyes –por cierto, no solo en el Derecho sino también en la naturaleza, el destino, la historia o la lógica»<sup>34</sup>. Y quienes las han cantado lo que han hecho es darles dignidad, hacerlas eternas, provocar el orden frente al caos. Porque hay un miedo terrible a que hagamos sonar la canción de la ley hacia atrás y no nos encontremos ni siquiera con un mensaje encriptado proveniente de los infiernos. *Horror vacui*: este es el miedo más profundo del derecho.

*Ubi societas, ibi ius* es un mantra que repiten desde el primer día de clase en una Facultad de derecho. *Donde hay sociedad, hay derecho* se ha transmitido de generación de juristas en generación, sin crítica ni resistencia. *Donde hay sociedad, hay derecho* es un instrumento de perpetuación ideológica que impide cualquier visión diferente e inmuniza la reproducción del sistema. Como ha sostenido Juan-Ramón Capella, «los juristas suelen identificar así la sociedad humana

---

Martín, S. (Eds.), *Los juristas y el «régimen»*. *Revistas jurídicas bajo el franquismo*, Granada, Ed. Comares, 2014, pp. 133-178.

<sup>31</sup> KUNKEL, W., *Historia del derecho romano*, Barcelona, Ed. Ariel, 1999, p. 31.

<sup>32</sup> GUARINO, A., «Il dubbio contenuto pubblicitario delle XII tabole», en *Pagine di Diritto Romano IV*, Napoli, Ed. Jovene, 1994, pp. 87-105.

<sup>33</sup> FÖGEN, M. T., *La canción de la ley*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2013, p. 57.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 58.

con la sociedad organizada políticamente. Y trasladan a esta última un atributo que solo puede predicarse de la primera: la *naturalidad* de la sociabilidad»<sup>35</sup>. ¿Qué es lo que esto provoca? La imposibilidad de imaginar una sociedad en la que no existan derecho o Estado. Toda relación debe ser previsible y calculable. Este es uno de los postulados de la *matriz ideológica moderna*: naturaliza los conceptos, contingentes e históricos, como si siempre hubiesen existido, ya sea el derecho, el sujeto o la literatura. Este horror al vacío jurídico es «de la época en que las relaciones mercantiles tienden a sustituir a cualquier otra relación entre los seres humanos. Y expresa el temor a la aparición de cabos sueltos en el tráfico de mercancías»<sup>36</sup>. Este aforismo funcionaría como una suerte de *hybris* del punto cero<sup>37</sup>: un punto de vista que no admite ser un punto de vista que ha sido narrado como único punto de vista válido, creando la ilusión de un conocimiento universal que se enuncia desde un sujeto deshistorizado y descorporalizado. Pero este *Carmen*, este canto, desentona mucho si hacemos un análisis histórico y antropológico. Donde hay sociedad no tiene por qué haber derecho porque *el derecho no ha existido siempre*<sup>38</sup>.

### 2.3 La escritura de la ley

Escuchemos otra canción: «ningún legislador parece haber reflexionado nunca acerca de que para legislar pueden usar dos instrumentos, persuasión y coacción, en la medida en que sea posible aplicarlos a una multitud sin educación. Utilizan solo uno de los dos. En efecto, legislan sin mezclar la pugna con la convicción, sino que usan solo la coacción pura»<sup>39</sup>. Más adelante resuena: «es necesario que el legislador ponga a sus leyes un preámbulo, delante de todo el código y también de cada una de ellas, de esa manera serán mejores que ellas mismas»<sup>40</sup>. Para PLATÓN, el preámbulo de la ley es necesario para que sea aceptada de forma dócil y segura. Se trata de un disfraz que esconde el mandato, que nos prepara para la orden<sup>41</sup>. ¿Y si esta dualidad no fuera tal? Así lo entendía Carl Schmitt cuando concedió fuerza de ley

<sup>35</sup> CAPELLA, J. R., *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del estado*, Madrid, Ed. Trotta, 2006, p. 19.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>37</sup> Tomo la idea de CASTRO-GÓMEZ, S., *La hybris del punto cero. Ciencia, raza e ilustración en la Nueva Granada (1750-1816)*, Bogotá, Ed. Pontificia Universidad Javeriana, 2005.

<sup>38</sup> Parfraseo «la literatura no ha existido siempre». RODRÍGUEZ, J. C., *Teoría e historia de la producción ideológica. Las primeras literaturas burguesas*, Madrid, Ed. Akal, 1974, p. 5. Sobre sociedades sin derecho, SOUSA SANTOS, B., *Sociología jurídica crítica*, Madrid, Ed. Trotta, 2009.

<sup>39</sup> PLATÓN, *Las leyes*, Madrid, Ed. Gredos, 1999, pp. 386-387, 722b-c.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 389, 723b.

<sup>41</sup> FÖGEN, M. T., *op. cit.*, pp. 12-13.

al mismo preámbulo<sup>42</sup>. ¿Qué diferencia el preámbulo del contenido de la ley propiamente dicho? ¿Hay que separar uno y otro? ¿Tienen los preámbulos carácter jurídico y, por tanto, han de ser sometidos a los requisitos de la validez? ¿Pueden declararse nulos? ¿Son los preámbulos meramente orientaciones interpretativas?

El artículo 88 de nuestro texto constitucional señala la obligatoriedad de que los proyectos de ley vengan acompañados de una exposición de motivos para que el Congreso se pronuncie sobre ellos. Se trata de que lo que se vaya a discutir y aprobar, en su caso, en la cámara de representantes venga lo suficientemente motivado, justificado, fundamentado. Este mandato constitucional lo encontramos desarrollado en el Reglamento del Congreso. Allí se repite la obligatoriedad de la exposición de motivos (art. 109) y se establece su consideración de articulado (art. 110.5). Esta lo que viene a realizar es una función de explicación y justificación del texto que antecede dirigida a quienes ostentan el poder legislativo, para convencerlos de la necesidad de la regulación y su idoneidad. Si la ley finalmente es aprobada por el poder legislativo, la exposición de motivos puede devenir preámbulo (art. 114.2). Es entonces cuando se entiende que el preámbulo es redactado por quien antes habría sido convencido por una exposición de motivos. Y este preámbulo tiene la función de explicar a la ciudadanía el contenido de la ley o de legitimación tecnocrática. Pero, ¿tiene valor normativo?

Si bien la doctrina jurídica aquí suele coincidir en negar carácter normativo a los preámbulos de las leyes, lo cierto es que, desde la Sentencia del Tribunal Constitucional 36/1981, de 12 de noviembre (fundamento jurídico 7), se entiende que los preámbulos poseen un valor interpretativo. ¿Qué quiere decir esto? Que si bien de los preámbulos no se pueden derivar derechos u obligaciones, sí que pueden determinar el significado de las disposiciones que antecede en el texto legal. De tal forma que la palabra dada por el legislador para convencer a la ciudadanía o legitimar su decisión legislativa posee un valor normativo indirecto<sup>43</sup>.

Pero más allá de disquisiciones técnicas, lo que se podría señalar es el carácter paradójico del preámbulo: antecede al texto, a lo dis-

---

<sup>42</sup> SCHMITT, C., «Kodifikation oder Novelle? Über die Aufgabe und Methode der heutigen Gesetzgebung», en *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1935, pp. 919-925. Cfr. FÖGEN, M. T., *La canción de la ley*, cit., p. 18 y «The Legislator's Monologue. Notes on the History of Preambles», *Chicago-Kent Law Review*, 70, 1995, pp. 1593 y 1611.

<sup>43</sup> TAJADURA TEJADA, J., «Concepto y valor de los preámbulos de las leyes», *La Ley*, 3, 2006, p. 1889. Como me hace notar Fernández-Crehuet López, ¿hay, en general, derecho sin interpretación? ¿No ha nacido el derecho para ser interpretado? Se ha de entender la interpretación, decía Savigny, no como una enfermedad, como aplicable a toda norma. De ahí la loa que hace a los jueces franceses y al artículo 4 del Code que obliga a interpretar. Si los preámbulos son normas orientadas a la interpretación, son meta-normas, normas de normas. Podrían ser calificadas como una suerte de supernormas.

puesto, para predisponer su explicación, por lo que, en cierta medida, debe conocerlo con anterioridad. De esa forma, posibilita que el articulado sea interpretado. Pero también se trata, como apunta Calvo González, de «contar una historia sobre el dominio de Autor(idad) en el ejercicio de la potestad y voluntad legislativa. Esa narrativa es la del Gran Relato sobre la voluntad del Legislador y su incoercible potestad técnica en la Producción jurídica, y procede como una mitología por sí misma inmotivable y, en cuanto tal, rodeada de silencio narrativo que la justifique, o donde en todo caso ese mismo mutismo constituye su justificación narrativa»<sup>44</sup>. No hay por qué motivar la *aucltoritas* del legislador. Su existencia no puede ser cuestionada, explicada o, incluso, demostrada. Simplemente se ejercita, como destino. Lo que implica, en fin, es que el sujeto que crea la ley tiene pleno control de su propio pensamiento: «La «pretensión» del legislador en los preámbulos y exposiciones de motivos, en tanto que prólogos, es dominar por adelantado la consecuencia interpretativa, porque es allí el propio legislador quien como personaje narrativo, en voz de *voluntad legislatoris*, da cuenta de la «auténtica» interpretación»<sup>45</sup>. Como propietario de su pensamiento, este se constituye como núcleo constitutivo de su subjetividad. Esta es la idea teológico-política dominante desde Tomás de Aquino o Descartes: el ser humano piensa y es el pensamiento lo que lo constituye como sujeto<sup>46</sup>. Hay, por tanto, una conexión metafísica entre propiedad y pensamiento.

Y esta voluntad contenida en los preámbulos también se deja notar en las disposiciones finales, especialmente las derogatorias. De hecho, lo derogado queda implícitamente justificado en el preámbulo. De esta suerte que la ley conforma así, con preámbulo y disposición derogatoria, una trinidad. Esta trinidad esconde por medio de la persuasión del preámbulo la relación con la violencia, especialmente en las disposiciones finales y derogatorias. He aquí otra paradoja: «la canción antes de la ley es la ley, porque no puede ser la ley [...]. La ley es algo que no puede ser ordenado»<sup>47</sup>. Por eso solo puede ser una y trina. Para que el articulado sea aplicable es preciso tanto el preámbulo como las

<sup>44</sup> CALVO GONZÁLEZ, J., *Derecho y narración. Materiales para una teoría y crítica narrativista del Derecho*, Barcelona, Ed. Ariel, 1996, p. 88.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 91.

<sup>46</sup> Se trata de la interpretación que se hace del Libro III de *De Anima* de Aristóteles entre tomistas y averroístas: *homo intellegit* versus *homo non intellegit*. De la postura de Averroes, que separa el pensamiento del sujeto, podríamos preguntarnos por la posibilidad de una ley impersonal. Véase ESPOSITO, R., «Fuori del pensiero», en *Termini della politica*, vol. II, Milano, Ed. Mimesis, 2018, pp. 154 ss. Sobre la disputa averroísta, KARMY BOLTON, R.; «*Homo Non Intellegit*. Para una genealogía del dispositivo universitario», 2018 (gracias a Rodrigo por el envío del manuscrito). Esposito también se ha ocupado del dispositivo teológico-político de la persona desde el campo del derecho. ESPOSITO, R., *Due. La machina della teologia politica e il posto del pensiero*, Torino, Ed. Einaudi, 2013, pp. 91-149, *Le persone e le cose*, Torino, Ed. Einaudi, 2014.

<sup>47</sup> FÖGEN, M. T., *La canción de la ley*, cit., p. 19.

disposiciones derogatorias. Es preciso destruir lo anterior para imponer la nueva interpretación. He aquí el carácter eminentemente teológico-político del derecho<sup>48</sup>.

## 2.4 Ocultar la violencia

Toquemos una última canción. Una blues band jurídica: Hart y Fuller. Comencemos por el primero. En el capítulo IX de *The Concept of Law*, Hart plantea su conocida tesis del contenido mínimo del derecho natural. Hart parte de la separación de la validez jurídica de la moral, en tanto que la validez de las normas particulares de un sistema jurídico no tiene que incluir necesariamente (lo cual no impide que contingentemente suceda), de forma tácita o explícita, referencias a la moral o a la justicia<sup>49</sup>. No obstante, señala cómo la continuidad de las posturas iusnaturalistas se debía a su visión teleológica. Esto ha de ponerse en relación con el derecho, incluso desde una visión positivista como la de Hart, ya que «las acciones que llamamos naturalmente buenas son las exigidas para seguir viviendo [...]. La aceptación de la supervivencia es una meta necesaria [...]. Esa aceptación está presupuesta por los propios términos de la discusión; porque nos ocupamos de medidas sociales para la existencia continuada, no de reglas para un club de suicidas»<sup>50</sup>. En tanto que el ser humano tiende a la supervivencia y para ello se constituye en comunidad, «hay ciertas reglas de conducta que toda organización social tiene que contener para ser viable»<sup>51</sup>. Estas reglas serían comunes tanto al derecho como a la moral: «tales principios de conducta universalmente reconocidos, que tienen una base en verdades elementales referentes a los seres humanos, a su circunstancia natural, y a sus propósitos, pueden ser considerados como el *contenido mínimo* del Derecho Natural»<sup>52</sup>.

Este contenido mínimo vendría establecido por cinco reglas básicas sobre la base de la vulnerabilidad humana, la igualdad aproximada, el altruismo limitado, los recursos limitados y la comprensión y fuerza de voluntad limitadas. Ello se traduce en la prohibición del homicidio, la protección de la propiedad privada o el establecimiento de un sistema de cooperación.

---

<sup>48</sup> Quien mejor ha señalado este vínculo ha sido Massimo Cacciari. Véanse, por ejemplo, *Iconne delle legge*, Milano, Ed. Adelphi, 1985 y «Derecho y justicia: ensayo sobre la dimensiones teológicas y místicas de la política moderna», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 30, 1990, pp. 53-88. En la doctrina jurídica española sin duda hay que citar a CLAVERO, B., *Antidora. Antropología católica de la economía moderna*, Milano, Ed. Giuffrè, 1991, y *El orden de los poderes. Historias constituyentes de la Trinidad constitucional*, Madrid, Ed. Trotta, 2007.

<sup>49</sup> HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1998, p. 229.

<sup>50</sup> *Ibidem*, pp. 236 y 238.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 238.

<sup>52</sup> *Ibidem*, pp. 238-239.

Pero la moral interna del derecho iría más allá de estos elementos básicos. Esta incluso pergeñaría formalmente el sistema jurídico, una suerte de justicia formal, «una versión procesal del derecho natural»<sup>53</sup>. Ahora es el turno de Fuller. Los ocho requisitos de la moral interna del derecho que establece son: a) generalidad de las leyes; b) promulgación y publicidad; c) irretroactividad; d) claridad; e) no contradicción; f) posibilidad; g) estabilidad; h) congruencia entre lo que dice la ley y la acción oficial<sup>54</sup>. Si un sistema jurídico incorpora estos principios diríamos que es un sistema jurídico racional que presupone la racionalidad de los sujetos. De ahí que a un ser racional solo se le puede imponer unas normas también racionales. Fuller lo señalaba así: «toda desviación de los principios de la moral interna del derecho es una afrenta a la dignidad del hombre como factor responsable. Juzgar sus acciones por leyes no publicadas o retroactivas, u ordenarle que cometa un acto que es imposible, es demostrar nuestro desprecio por sus facultades de libre determinación»<sup>55</sup>. La racionalidad de un sistema que cumpla con esta moral interna del derecho garantizaría la certeza y la seguridad jurídica, siempre hablando en términos formales, no materiales. Y esta melodía entonada por Fuller no dista mucho de la de Hart. En él también encontramos generalidad de las normas, perdurabilidad, publicidad, claridad, inteligibilidad. Los principios de legalidad serían otra forma de entender la moral interna del derecho<sup>56</sup>. Su cumplimiento deriva en la moralidad de los propósitos de los órdenes jurídicos, en tanto que, incluso, «se pueden considerar morales a los principios de legalidad, pues no son sino las condiciones que permiten la realización del propósito del derecho»<sup>57</sup>.

El respeto a esos principios de legalidad o moral interna del derecho justificaría, por ejemplo, la expulsión de una minoría. La legalidad tendría un valor moral que haría de la expulsión de los judíos de Granada en 1492 un acto concorde con los principios de la legalidad o moral interna del derecho, pero contrario en el exterminio nazi. Y ello porque el decreto de expulsión de 1492 cumpliría con los requisitos de la generalidad, publicidad, estabilidad, previsibilidad y seguridad jurídica, ausente en la solución final durante el nazismo. Sostiene Antonio Peña Freire que ambos episodios merecen una contundente condena moral, «no obstante, creo que el nivel de iniquidad del exterminio incondicional es mayor que el de la expulsión»<sup>58</sup>. Y es que al sostener

<sup>53</sup> FULLER, L., *La moral del derecho*, México, Ed. F. Trillas, 1967, p. 110.

<sup>54</sup> *Ibidem*, pp. 56-104.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 180.

<sup>56</sup> ESCUDERO ALDAY, R.; *Positivismo y moral interna del derecho*, Madrid, Ed. CEPC, 2000, pp. 31-164.

<sup>57</sup> PEÑA FREIRE, A. M., *Legalidad y orden jurídico*, Barcelona, Ed. Atelier, 2018, p. 152.

<sup>58</sup> Es lo que defiende el profesor Peña Freire al comparar el cumplimiento de los principios de legalidad de Fuller entre la expulsión de los judíos de Granada en 1492 y el exterminio nazi. El primero sí cumpliría con los principios de legalidad, mientras

los principios de legalidad o moral interna del derecho lo que se está haciendo es recorrer un camino de ida y vuelta: la legalidad hace entrar a la moral en el derecho y viceversa. Lo que lleva a sostener que «un Estado de derecho es un orden de legalidad [...] no se puede tener derecho sin tener Estado de derecho»<sup>59</sup>.

Sin entrar a discutir la posible diferencia entre el decir veraz de los decretos de los Reyes Católicos y los acontecimientos vividos en Granada —o incluso la otra expulsión y el otro exterminio silenciado, el del pueblo gitano<sup>60</sup>—, pues pareciera que lo dicho por el derecho performara la realidad<sup>61</sup>, lo que encontramos en el gran relato Hart-Fuller, y como muestra el ejemplo granadino, es una legitimación del derecho por ser derecho en sí. Es decir, no se trata de cuestionar la moralidad o justicia del derecho, sino qué es derecho y qué no lo es para salvaguardar, precisamente, la relación intrínseca entre derecho (el que verdaderamente es) y justicia. Lo que esta posición oculta, desplazando para no verse contaminado, es la violencia. La estrategia de Hart, por ejemplo, es sencilla. Si su obra descansa sobre la crítica de Austin, recordemos que este define el derecho como órdenes del soberano respaldadas por amenazas<sup>62</sup>, lo que hace Hart es cambiar los términos para excluir la violencia: en lugar de órdenes respaldadas por amenazas, hablará de reglas; de normas en lugar de mandatos; de consecuencias jurídicas negativas en lugar de sanciones. Ocultada la violencia, la legitimación es más sencilla. El derecho no sería coerción, sino normación. Como apunta Maria Pina Fersini, «todo el ensayo puede leerse como un intento de anular los aspectos violentos del

---

que el segundo no. PEÑA FREIRE, A. M., *op. cit.*, p. 245. Como me señala el prof. Fernández-Crehuet López, la postura es extraña si se tiene en cuenta que los historiadores y especialistas han dedicado ríos de tinta al derecho nazi: Michael Stolleis (*Recht im Unrecht*), Bernd Rüthers (*Die Unbegrenzte Auslegung*), Martin Broszat (*Der Staat Hitler*) o Lothar Gruchmann (*Justiz im Dritten Reich*). Difícil defender, pues habría que enfrentarse a todos estos autores, que el derecho que articuló el régimen nazi no era derecho. Esta santificación del fenómeno jurídico choca con otro importante escollo: que el derecho nazi está entreverado con normas anteriores provenientes de la época de Weimar y es imposible pensarlo sin ellas. Piénsese en el código civil que no se modifica. Rüthers y Stolleis han puesto de manifiesto cómo la legislación se aplica bien por medio de una interpretación sin límites o aplicando cláusulas abiertas, pero de ahí a que el derecho del Holocausto por inocuo o por contenidos internos no fuera derecho hay un salto insalvable.

<sup>59</sup> PEÑA FREIRE, A. M., *op. cit.*, p. 94.

<sup>60</sup> GARCÍA LÓPEZ, D. J., y CASTILLO ORTIZ, P. J., «La represión silenciosa del pueblo olvidado: gitanos bajo el franquismo», en Fernández-Crehuet López, F. y García López, D. J. (Eds.), *Derecho, memoria histórica y dictaduras*, Granada, Ed. Comares, 2009, pp. 367-396.

<sup>61</sup> No hay que pasar por alto cómo durante la dictadura franquista se reconstruyó la historia y uno de los pasajes que fueron rememorados según los postulados nacionalcatólicos fue, precisamente, 1492. Una lectura contrahegemónica de lo que supone 1492 en GARCÍA FERNÁNDEZ, J.; *Descolonizar Europa. Ensayos para pensar históricamente desde el Sur*, Madrid, Brumaria, 2019.

<sup>62</sup> AUSTIN, J., *El objeto de la jurisprudencia*, Madrid, Ed. CEPC, 2002, especialmente pp. 33-53.

derecho por medio de un cambio de terminología en su descripción [...]. La violencia se eclipsa para hacer posible un mundo jurídico normalizado»<sup>63</sup>. Al desaparecer la violencia del lenguaje, nos sustrae de su análisis, quedando el derecho legitimado sin cuestionar su fundamento, configurando un sujeto unívoco, cerrado y no situado<sup>64</sup>. Este tipo de posiciones nos impide leer(nos en) la violencia<sup>65</sup>.

Si en lugar de Hart o Fuller leyéramos a Benjamin otros acordes sonarían: *Gewalt*. Tanto el derecho natural como el derecho positivo, tanto Fuller como Hart, utilizan el mismo significado para la relación entre justicia, derecho y violencia. Se trata de la dialéctica medios-fines. Así, la concepción iusnaturalista justifica medios violentos para fines justos<sup>66</sup>. De esta forma, el derecho no conoce la justicia, sino la justificación de los medios (que pueden ser o no violentos): un fin justo justifica la violencia de los medios.

Del mismo modo, pero a la inversa, ocurre con el positivismo jurídico. Si aparentemente pareciera una corriente diametralmente opuesta al iusnaturalismo, ambos mantienen un dogma fundamental: «pueden alcanzarse fines justos mediante medios legítimos, y unos medios legítimos se pueden aplicar a fines justos»<sup>67</sup>. Si el derecho natural justifica los medios a través de la justicia de los fines (por ejemplo, el fin de la seguridad justifica, la suspensión de derechos fundamentales), el derecho positivo garantiza la justicia de los fines a través de la legalidad de los medios (por ejemplo, la mayoría puede decidir, si el medio es conforme a derecho, situar en la excepción a la minoría). Es así que Benjamin distinguió dos tipos de violencia. La violencia instauradora y la violencia conservadora de derecho serían partícipes de esa dialéctica medios-fines. Obviamente esta melodía nos suena mucho: Hart-Fuller.

Toda violencia, en tanto que medio, es instauradora o conservadora de derecho<sup>68</sup>, porque, en última instancia, el derecho y su monopolio sobre la violencia no trata de proteger ciertos bienes, sino «salvaguardar el derecho como tal»<sup>69</sup>. Por eso Esposito entiende que la violencia no precede ni sigue al derecho, sino que lo constituye: «en última instancia, el derecho consiste en esto: una violencia a la violencia por el control de la violencia»<sup>70</sup>. Por eso toda violencia que se halle dentro del derecho, independientemente de su contenido, será legítima. Se

<sup>63</sup> FERSINI, M. P., «Derecho y violencia. La apuesta de la diferencia», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXXII, 2016, p. 280.

<sup>64</sup> Es el tipo de sujeto que se contrapondría al que plantea HARAWAY, D., «Situated Knowledges», *Feminist Studies*, vol. 14, 3, 1988, pp. 575-599.

<sup>65</sup> Por eso la pregunta, con Piglia, sería ¿cómo narrar el horror de los hechos reales? PIGLIA, R., *Respiración artificial*, Ed. Anagrama, 1980.

<sup>66</sup> BENJAMIN, W., «Hacia la crítica de la violencia», en *Obras*, L. II, vol. 1, Madrid, Ed. Abada, p. 183.

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 184.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 193.

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 187.

<sup>70</sup> ESPOSITO, R., *Immunitas. Protección y negación de la vida*, Buenos Aires, Ed. Amorrortu, 2005, p. 46.

trata de una cuestión de ubicación y, al mismo tiempo, de una tautología: la violencia del derecho es legítima porque es ejercida por una autoridad legítima. Es por ello que «el derecho puede ser definido como el procedimiento de interiorización de aquello que permanece externo a él: su hacerse interno. [...] La violencia no es más que un pasaje interno al derecho –su caja negra– y que el derecho no es más que un pasaje interno a la violencia: su racionalización. [...]. No hay dos historias –la del derecho y la de la violencia–, sino una sola: del derecho violento y de la violencia jurídica»<sup>71</sup>.

Algo similar ocurre con el llamado postpositivismo y el giro argumentativo<sup>72</sup>. Esta postura no deja de enfocar el mundo jurídico en enunciados lingüísticos contenidos en formas estrictamente jurídicas, ya sean leyes o resolución de problemas prácticos (tecno-praxis) que entienden el derecho como medio y como fin<sup>73</sup>. De hecho reconoce la herencia recibida de la filosofía analítica<sup>74</sup>. Este postpositivismo queda anclado en un contexto de cultura de los derechos y en un auge de la argumentación<sup>75</sup>. La primera se refiere a un fenómeno global propiamente moderno en el que en la relación gobernante-gobernado primaría la visión del segundo (por tanto, individualista) que enlaza directamente con la segunda: «el «giro argumentativo» tiene que significar también un giro de carácter moral y político; y todo ello debería tener un reflejo en la enseñanza del Derecho [...]. No hay, no puede haber, ninguna otra forma de entender lo que significa el giro argumentativo en la edad de los derechos»<sup>76</sup>. Pero hay un dato que se escapa al postpositivismo y al giro argumentativo: también esconde la violencia. Butler lo ha planteado bien. Ya no estamos en el tiempo de los derechos –por decirlo con Bobbio<sup>77</sup>–, sino de la suspensión de los derechos<sup>78</sup>: «la soberanía se reintroduce por el mismo acto en que el Estado suspende la ley o la distorsiona para su propio beneficio»<sup>79</sup>. Se trata de un ejercicio inédito de la soberanía: no dentro, sino fuera de la

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 48. Benjamin localizó otra violencia que ni crea ni conserva derecho: *reine Gewalt*, violencia pura, divina o mesiánica. Se trata de una violencia puramente destructiva que interrumpe la lógica mítica del derecho como obra humana. BENJAMIN, W., *op. cit.*, pp. 202-203.

<sup>72</sup> Véase ATIENZA, M., *Filosofía del derecho y transformación social*, Madrid, Ed. Trotta, 2017.

<sup>73</sup> ATIENZA habla de la dimensión organizativa y finalista del derecho. ATIENZA, M., *op. cit.*, pp. 38-40. En cierta medida, esa vocación práctica de la teoría lo que hace es evitar la teoría crítica y, por ende, ocultar aún más la relación violencia-derecho.

<sup>74</sup> ATIENZA, M., *op. cit.*, p. 69.

<sup>75</sup> «El giro argumentativo en la teoría del derecho contemporánea», en ATIENZA, M., *op. cit.*, pp. 96-116.

<sup>76</sup> ATIENZA, M., *op. cit.*, p. 116.

<sup>77</sup> BOBBIO, N., *L'età dei diritti*, Torino, Ed. Einaudi, 1990.

<sup>78</sup> GARCÍA LÓPEZ, D. J., «El fin de todos los derechos: el cuerpo viviente como umbral de la democracia», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 52, 2018, pp. 223-247.

<sup>79</sup> BUTLER, J., *Vida precaria. El poder del duelo y la violencia*, Buenos Aires, Ed. Paidós, 2006, p. 84.

ley. Estamos ante un resurgimiento de la soberanía como un fantasma en el interior de la gubernamentalidad. Y este resurgir no se hace desde la garantía del imperio de la ley, sino desde su suspensión y la abolición de la división de poderes. La soberanía se ejerce precisamente en el acto de suspensión. O con otras palabras: «no es que el poder soberano suspenda el estado de derecho, sino que el estado de derecho, en el acto de quedar suspendido, produce la soberanía *por medio de dicho acto, como efecto*»<sup>80</sup>. De ahí que si la soberanía se ejerce por medio de la suspensión de la ley, la gobernabilidad se realizará por medio de un poder administrativo extrajurídico: «el Estado no está sujeto al estado de derecho, pero la ley puede suspenderse o desplegarse táctica y parcialmente para cumplir con los requisitos de un Estado que busca cada vez más dotar de un poder soberano al Ejecutivo y a la administración»<sup>81</sup>. Es así que se crea un espacio extrajurídico o paralegal. ¿Qué consecuencias tiene esta *inversión* de la relación de la soberanía con la ley? Que nos encontramos ante una soberanía que no tiene que responder ante ninguna ley (ni ante nadie). Es así que «el Estado produce una ley que no es una ley, una corte que no es una corte, un proceso que no es un proceso»<sup>82</sup>. Se trata de un poder extralegal, un poder sin ley.

Si ya no estamos en el tiempo de los derechos y este ha funcionado como presupuesto del giro argumentativo, habrá que plantearse en qué lugar estamos ahora. Rehbinder, siguiendo a Llewellyn, habló de seis funciones del derecho, a saber: resolución de conflictos (función de reacción), orientación del comportamiento (función de orden), legitimación y organización del poder social (función constitucional), configuración de las condiciones de vida (función de planificación) y cuidado del derecho (función de supervisión)<sup>83</sup>. Ferrari, por su parte, de tres: orientación social, tratamiento de conflictos declarados y legitimación del poder<sup>84</sup>. Pero todas, como ocurre con lo señalado con Hart, Fuller o el postpositivismo, se reducen a la neutralización del conflicto (ya sea entre individuos, entre el individuo aislado o entre los individuos como colectividad, o legitimando el poder para evitar el conflicto social) y la ocultación de la violencia.

### 3. EL DISPOSITIVO DE LA TEORÍA DEL DERECHO

¿Por qué calificar a la teoría del derecho como dispositivo? Foucault entendía el dispositivo como «un conjunto decididamente hete-

<sup>80</sup> BUTLER, J., *op. cit.*, p. 96.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 85.

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 91.

<sup>83</sup> REHBINDER, M., *Sociología del derecho*, Madrid, Ed. Pirámide, 1981, pp. 155-170.

<sup>84</sup> FERRARI, V., *Funciones del Derecho*, Madrid, Ed. Debate, 1989, pp. 111 ss.

rogéneo, que comprende discursos, instituciones, instalaciones arquitectónicas, decisiones reglamentarias, leyes, medidas administrativas, enunciados científicos, proposiciones filosóficas, morales, filantrópicas; en resumen: los elementos del dispositivo pertenecen tanto a lo dicho como a lo no-dicho. El dispositivo es la red que puede establecerse entre estos elementos»<sup>85</sup>. El objetivo del dispositivo, en tanto red heterogénea de relaciones de saber/poder (cárcel, psiquiátrico, escuela, formas arquitectónicas, procedimientos, reglamentos...), consiste en imprimir sobre el cuerpo de cada individuo un conjunto de saberes, de prácticas discursivas y no discursivas, de instituciones, para poder gestionarlo, administrarlo, controlarlo, gobernarlo. Por eso el dispositivo, en tanto red, no funciona desde lo represivo capturando individuos, sino desde la producción de sujetos por medio de un conjunto heterogéneo y multiforme de instituciones, normas, reglamentos, formas de comportamiento, técnicos, etc. que, asignando a un sujeto la potestad para garantizar la veracidad del discurso, controlan, orientan, determinan, modelan y aseguran gestos, conductas, cuerpos, etc. En definitiva, el dispositivo produce distintas posiciones de los sujetos en el espacio del ovillo<sup>86</sup>.

Por eso el derecho no solo son leyes. También encontramos aparatos, instituciones, reglamentos, actores, destinatarios, normas<sup>87</sup>. Si tradicionalmente la teoría del derecho se ha centrado en la relación de soberanía, el dispositivo nos abre la perspectiva de la dominación<sup>88</sup>. Tal como señaló Foucault: «decir que el problema de la soberanía es el problema central del derecho en las sociedades occidentales significa que el discurso y la técnica del derecho tuvieron la función esencial de disolver, dentro del poder, la existencia de la dominación, reducirla o enmascararla para poner de manifiesto, en su lugar, dos cosas: por una parte, los derechos legítimos de la soberanía y, por la otra, la obligación legal de la obediencia»<sup>89</sup>. Por eso el dispositivo funcionará por medio de normas que disciplinan al sujeto durante toda su vida (frente a la ley que solo se activa por medio de su vulneración)<sup>90</sup>.

<sup>85</sup> FOUCAULT, M., «El juego de Michel Foucault», en *Saber y verdad*, Madrid, La Piqueta, 1985, p. 127.

<sup>86</sup> DELEUZE, G., «¿Qué es un dispositivo?», en VV. AA., *Michel Foucault, filósofo*, Barcelona, Gedisa, 1999, p. 155.

<sup>87</sup> Véase el excelente libro de TUCCI, A., *Dispositivi della normatività*, Torino, Ed. Giappichelli, 2018.

<sup>88</sup> FOUCAULT, M., *Hay que defender la sociedad*, Madrid, Akal, 2003, p. 32.

<sup>89</sup> FOUCAULT, M., *op. cit.*, pp. 31-32.

<sup>90</sup> Esta forma de entender el dispositivo a través de Foucault es en cierto modo histórico-crítica. Otra perspectiva la proporciona Agamben desde una visión onto-teológica por mediación del último Heidegger y su concepto *Gestell* (en *Die Technik und die Kehre*, 1962). La aproximación onto-teológica la realiza por medio de la vinculación del término griego *oikonomia* como pura actividad de gobierno, un conjunto de praxis, saberes, medidas o instituciones que tienen como fin gestionar, gobernar, controlar y orientar los comportamientos, gestos o pensamientos de los seres humanos. En cierta

El dispositivo nos atrapa en sus redes, determinando nuestras vidas por medio del dominio y el cálculo. ¿Cómo acabar con el dispositivo? ¿O, incluso, cómo desprogramar el dispositivo y reprogramarlo en otra dirección? De ello nos ocuparemos un poco más adelante. Ahora interesa responder a la pregunta de por qué entender la teoría del derecho como un dispositivo, con toda la carga teológico-política señalada. Entender la teoría del derecho como un dispositivo es preguntarse por cómo funciona y qué funciones desarrolla.

Al concebir la teoría del derecho como un dispositivo debemos abandonar toda visión que lo naturalice. Pero también toda visión que entienda el derecho como abstracción y forma, como algo externo a la sociedad que regula. El dispositivo de la teoría del derecho establece lo pensable, lo decible, lo visible. Al calificar la teoría del derecho como dispositivo estamos adentrándonos en su naturaleza material que hace hincapié en cómo produce efectos sobre nuestras corporalidades, en cómo produce subjetividad y sujeción. Desde su posición estratégica, ordena el poder, gobierna la urgencia (crisis). Establece un marco de configuración de sentido de la realidad<sup>91</sup>. Como si el derecho fuera un objeto de estudio neutral y necesario, la teoría del derecho oculta la intrínseca, mimética, relación entre derecho y violencia, como ya apuntara Benjamin. El derecho necesita de la dramatización, del ritual, para hacerse valer. Un ritual que incluso justifica el sacrificio: el derecho satisface su violencia por medio del sacrificio del cuerpo viviente. Pensemos en cómo el dispositivo de la crisis ha sacrificado a una parte de la población, entendida como un peligro, para garantizar la supervivencia de otra, minoritaria. Se trata de una forma de inmunización, en el sentido que ha dado a este término Esposito<sup>92</sup>, donde legalidad y legitimidad se confunden, como también Estado de Derecho y Democracia. El dispositivo de la teoría del derecho no decide sobre la resolución de la crisis, sino que dispone la funcionalidad del gobierno de las vidas. Se trata de una suerte de arte de gobierno. Decía Wiethölter que «el malestar por el derecho es por tanto malestar porque buscamos un derecho del que tenemos necesidad, pero no logramos encontrarlo para nosotros y para nuestro tiem-

---

medida, Esposito contesta a Agamben al situar en un texto anterior de Heidegger (*Das Gestell*, de 1949) la polémica. Plantea otro significado, en tanto que la significación que le da Agamben por medio del último Heidegger es intraducible al léxico de Foucault. Esposito apuesta por la conexión entre *Gestell* y *Machenschaft*, por el significado de *maquinación* para hacerlo compatible con la noción de dispositivo de Foucault, uniendo así teología y política cuyo fin es sujetar la existencia por medio la separación de sí misma. Los textos de la polémica: AGAMBEN, G., *Che cos'è un dispositivo?* Milano, Ed. Nottetempo, 10.<sup>a</sup> ed., 2018 y ESPOSITO, R., *Due*, cit., pp. 18-24.

<sup>91</sup> Y al excluir otros tipos de saberes, se excluye la construcción del mundo. Es lo que Boaventura de Sousa Santos ha llamado *epistemicidio*, en *Una epistemología del sur*, México, Ed. Siglo XXI, 2009. El sociólogo luso también ha señalado cómo se produce la monumentización de la ciencia en *Decolonising the University. The Challenge of Deep Cognitive Justice*, Ed. Cambridge Scholar Publishing, 2017.

<sup>92</sup> ESPOSITO, R., *Immunitas*, cit.

po, porque aún no existe»<sup>93</sup>. Quizás debamos buscar un derecho no inmunitario pero para ello necesitamos otra teoría del derecho<sup>94</sup>.

#### 4. HACIA UNA ONTOLOGÍA POLÍTICO-JURÍDICA DE LA ACTUALIDAD

Deleuze y Guattari, en su *Qu'est-ce que la philosophie?*, plantearon la filosofía como una actividad política. Siguiendo la estela de Nietzsche, entendieron la labor de la filosofía como la creación de conceptos intempestivos. Se trata de una visión utópica en el sentido de articular nuevas formas de identidad «para apelar a una tierra nueva, a un pueblo nuevo» que aún no existe<sup>95</sup>. Lo intempestivo lo que provoca es la discontinuidad, la multiplicidad de subjetividades y luchas (frente a las posiciones que necesitan de un sujeto como origen y sentido del relato histórico) o la irreductibilidad de la vida (frente a la función teológica del juicio)<sup>96</sup>. Lo que se ha puesto de manifiesto en este artículo es precisamente cómo las imágenes del pensamiento jurídico (el gran relato iusfilosófico de buena parte del xx y del xxi, la construcción de una impoluta *Rechtstheorie*) ponen límites a nuestra capacidad para pensar, haciéndonos conformistas con la naturaleza del pensamiento, con la única imagen dogmática del pensamiento jurídico. De ahí que necesitemos «un pensamiento que llevase a la vida hasta el final de lo que puede. En lugar de un conocimiento que se opone a la vida, establecer un pensamiento que afirmaría la vida. La vida sería la fuerza activa del pensamiento, pero el pensamiento el poder afirmativo de la vida. Ambos irían en el mismo sentido, arrasrándose uno a otro y barriendo los límites, paso a paso, en el esfuerzo de una creación inaudita. Pensar significaría: *descubrir, inventar nuevas posibilidades de vida*»<sup>97</sup>.

<sup>93</sup> WIETHÖLTER, R., «Las fórmulas mágicas de la ciencia jurídica», Madrid, Ed. *Revista de Derecho Privado*, 1991, p. 36.

<sup>94</sup> Luis Lloredo Alix ha planteado la crisis de la filosofía jurídica hegemónica precisamente porque las condiciones materiales donde se desarrolla han cambiado con respecto a las condiciones de cuando se impuso. LLOREDO ALIX, L., «La filosofía del derecho en tiempos de crisis: en torno al estatus epistemológico de la filosofía jurídica», en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 16, 2013, pp. 109-133. Más extensamente en *La filosofía del derecho en tiempos de crisis*, Ed. Olejnik, 2018. En esa línea, Manuel Calvo ha planteado la necesidad de una *teoría socio-jurídica del derecho*, pero como sustrato que añadir a la filosofía jurídica analítica. CALVO GARCÍA, M., «¿Cabe un enfoque socio-jurídico en la teoría del derecho?», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, 2010, pp. 371-394, y «Transformaciones jurídicas y teoría del derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 28, 2012, pp. 33-53.

<sup>95</sup> DELEUZE, G., y GUATTARI, F., *¿Qué es la filosofía?*, Barcelona, Ed. Anagrama, 2015, p. 101.

<sup>96</sup> KARMY BOLTON, R., cit.

<sup>97</sup> DELEUZE, G., *Nietzsche y la filosofía*, Barcelona, Ed. Anagrama, 1998, p. 143.

Unos años antes que Deleuze y Guattari, Heidegger se hizo la misma pregunta: *Was ist das-die Philosophie?*. En este texto es importante resaltar la relación entre pensamiento e historia (en el texto de los franceses la relación es con el espacio, una geofilosofía): «la afirmación “la filosofía es griega en su esencia” no dice otra cosa que: Occidente y Europa, y solo ellos, son en lo más profundo de su curso histórico originariamente “filosóficos”»<sup>98</sup>. La filosofía queda así marcada por la temporalidad: «la pregunta [¿qué es la filosofía?] es básicamente una pregunta histórica, es decir, una pregunta en la que está en juego nuestro destino colectivo. Más aún: no es “una” pregunta, es *la* pregunta histórica de nuestra existencia europea occidental»<sup>99</sup>. De ahí que, como sostiene Esposito, «cada saber filosófico –sea de tipo analítico o metafísico– que se coloca fuera de la relación con la propia historicidad no es capaz de responder a la pregunta “¿qué es la filosofía?”, porque le faltan los instrumentos esenciales para autointerpretarse»<sup>100</sup>.

Portanto, historicidad (Heidegger) y espacialidad (Deleuze & Guattari) para crear nuevos conceptos en torno a la vida (y aquí hay que remitirse a Arendt). Teniendo presente esta tarea, para desterritorializar el dispositivo de la teoría del derecho, para salir de una suerte de subjetividad terapéutica del derecho, debemos elegir. Foucault propuso los términos en el curso que impartió en el Collège de France sobre *Was ist Aufklärung?* de Kant: «todo un sector de la filosofía moderna, desde el siglo XIX, se presentó, se desarrolló como analítica de la verdad. Es este tipo de filosofía el que vamos a reencontrar ahora bajo la forma de la filosofía, digamos, analítica anglosajona. Pero dentro de la misma filosofía moderna y contemporánea hay otro tipo de cuestión, otro modo de interrogación crítica: la que vemos surgir, justamente, en la cuestión de la *Aufklärung* o el texto sobre la revolución. Esta otra tradición crítica no plantea la cuestión de las condiciones en que es posible el conocimiento verdadero; es una tradición que pregunta: ¿qué es la actualidad?, ¿cuál es el campo actual de nuestras experiencias?, ¿cuál es el campo actual de las experiencias posibles? No se trata de una analítica de la verdad, se trataría de lo que podríamos llamar una ontología del presente, una ontología de la actualidad, una ontología de la modernidad, una ontología de nosotros mismos»<sup>101</sup>.

Aquí tenemos los polos de la elección: analítica de la verdad u ontología de la actualidad. Foucault, como es sabido, apuesta por la

<sup>98</sup> HEIDEGGER, M., *¿Qué es la filosofía?*, Barcelona, Ed. Herder, 2004, p. 35.

<sup>99</sup> *Ibidem*, pp. 39-40.

<sup>100</sup> ESPOSITO, R., «Che cos'è la filosofia?», en *Termini della politica*, cit., p. 177.

<sup>101</sup> FOUCAULT, M., *El gobierno de sí y de los otros. Curso en el Collège de France (1982-1983)*, Madrid, Ed. Akal, 2011, p. 29.

segunda<sup>102</sup>. La ontología de la actualidad se pregunta por «¿qué pasa hoy?, ¿qué es ese “ahora” dentro del cual estamos unos y otros, y que es el lugar, el punto [desde el cual] escribo? [...]. ¿Qué es aquello que, en el presente, tiene sentido actualmente para una reflexión filosófica?»<sup>103</sup>. Este interrogarse por la actualidad es un interrogarse por el nosotros mismos: «no ya en la búsqueda de las estructuras formales que tienen valor universal, sino como investigación histórica a través de los acontecimientos que nos han llevado a constituirnos y a reconocernos como sujetos de lo que hacemos, pensamos, decimos. En ese sentido, esta crítica no es trascendental, y no tiene como fin hacer posible una metafísica: es genealógica en su finalidad y arqueológica en su método»<sup>104</sup>.

De ahí que la ontología de la actualidad no trata de ser una teoría, sino un *ethos* filosófico «que podría caracterizarse como crítica permanente de nuestro ser histórico»<sup>105</sup>. Y uno de los focos de esa crítica ha de ser la racionalidad jurídico-política predominante del gobierno de los otros. De ahí que «el problema político, ético, social y filosófico de nuestros días no consiste en tratar de liberar al individuo del Estado, y de las instituciones del Estado, sino liberarnos del Estado y del tipo de individualización vinculada con él. Debemos fomentar nuevas formas de subjetividad mediante el rechazo del tipo de individualidad que se nos ha impuesto durante varios siglos»<sup>106</sup>. La ontología de la actualidad, del nosotros mismos, nos plantea la posibilidad de otra forma, de otra subjetividad, de un gobierno de sí, de una estética de la existencia. Y en su centro, la vida. No entendida en un sentido biologicista, sino en lo que se ha venido a llamar el *biological turn*<sup>107</sup> –parafraseando el *linguistic turn* de las décadas precedentes. Esto es, un horizonte en el que el *bios* articule el pensamiento: «hoy la vida, junto a tiempo y al espacio, a la historia y a la política, está en el centro de la filosofía contemporánea»<sup>108</sup>. Vida, historia y política son los tres ejes sobre los que debería girar la teoría del derecho que viene frente a la ahistoricidad, la neutralización y el ocultamiento de la nuda vida y la violencia que analizamos en el segundo epígrafe. La teoría del derecho, desde la analítica hasta el giro argumentativo, pretende una lucha por el lengua-

<sup>102</sup> Quien mejor se ha ocupado desde la Filosofía del Derecho española es, sin duda, Julián Sauquillo. Véanse sus libros *Michel Foucault: una filosofía de la acción*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1989; *Para leer a Foucault*, Madrid, Ed. Alianza, 2001; *Michel Foucault: poder, saber y subjetivación*, Madrid, Ed. Alianza, 2017.

<sup>103</sup> *Ibidem*, pp. 21 y 22.

<sup>104</sup> FOUCAULT, M., «¿Qué es la Ilustración?», en *Sobre la Ilustración*, Madrid, Ed. Tecnos, 2006, p. 91.

<sup>105</sup> *Ibidem*, p. 86.

<sup>106</sup> FOUCAULT, M., «El sujeto y el poder», *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 50, núm. 3, 1988, p. 11.

<sup>107</sup> Quizás sea más correcto *biopolitical turn*. Podríamos hacer un juego de lenguas y hablar de *giro biopolitique*, ya que ha sido concebido en francés (Foucault) y desarrollado en italiano (Agamben, Esposito, Negri).

<sup>108</sup> ESPOSITO, R., «Che cos'è la filosofia?», cit., p. 187.

je que no es más que una cortina de humo que camufla la apropiación del proceso que permite enunciar el lenguaje. Una ontología político-jurídica de la actualidad podría disipar ese humo.

Necesitamos plantear otro lenguaje para (o del o en) el derecho, forzar sus confines lexicales, otros conceptos para la teoría del derecho, de tal forma que sea posible un cambio de paradigma. ¿En qué categorías podemos ubicar esta ontología de la actualidad? *Katéchon* y *bíos*, esto es, antagonismo y gubernamentalidad, teología política y biopolítica. Si la primera organiza un gobierno de la crisis, la segunda configura la crisis como forma de gobierno de las vidas<sup>109</sup>. El elemento común reside, como vemos, en la crisis.

*Krino*, en griego, significaba tanto separar como decidir. De ahí procede la palabra *Krasis*, esto es, juicio, desenvolvimiento del proceso judicial, someter al proceso, enjuiciar. Pero *krisis* también poseía una valencia médica y teológica: la primera referida al momento decisivo en el que el médico anuncia el diagnóstico sobre el desarrollo de la enfermedad, juzgando si el paciente morirá o sobrevivirá; la segunda al *juicio final*<sup>110</sup>.

Por tanto, *krisis* implicaba, desde los tres ámbitos (jurídico, médico y teológico), justicia o injusticia, vida o muerte, salvación o condena. *Krasis* haría referencia, en el plano terrenal, a la ordenación de la ciudad o al pronóstico de la regularidad de una enfermedad, pero también, en un plano *cósmico*, a la verdadera justicia, aquel acontecimiento que no se sabe cuándo exactamente llegará aunque se tiene certeza de que llegará. Pero estos convergen, en cierta medida, en su traslación al latín: «es un concepto procesual que, como ocurre en un proceso jurídico, lleva a una decisión. Indica aquel período del tiempo en el que la decisión es inminente, pero aún no ha recaído»<sup>111</sup>.

Por eso la crisis es una forma de juicio, de tal modo que desde la teología política se entiende desde el modelo del juicio final, juicio escatológico a partir del cual se gobierna el aplazamiento; mientras que desde la biopolítica se hace partiendo de la medicina: conservación de la vida del paciente enfermo y restablecimiento de las condiciones de salud anteriores a aquel conflicto que lo situó entre la vida y la muerte. Ambas consisten en una decisión final, tomada ahora por técnicos, para conservar y administrar el orden, de ahí que sea necesario configurar un estado de excepción. Como señala Gentili, «la crisis económica de matriz neoliberal no produce de hecho un «estado de excepción», sino que –como sostenía ya en 1940 Walter Benjamín– ha

<sup>109</sup> GENTILI, D., «Il dispositivo della crisi. Antagonismo e governamentalità», en Gentili, D. y Stimilli, E. (Eds.), *Differenze italiane. Politica e filosofia: mappe e sconfimenti*, Roma, Ed. DeriveApprodi, 2015, p. 146.

<sup>110</sup> KOSELLECK, R., *Crítica y crisis. Un estudio sobre la patogénesis del mundo burgués*, Madrid, Ed. Trotta, 2007, p. 241.

<sup>111</sup> KOSELLECK, R., *op. cit.*, p. 243. GENTILI, D., *Crisi come arte di governo*, cit., pp. 28-46.

hecho de la excepción la regla»<sup>112</sup>. Si en Platón y en Hipócratas la decisión del médico o del juez ante la crisis estaba al servicio del poder político, ahora el juicio se configura como arte de gobierno biopolítico, pues, aunque se presente como una crisis económica, funciona como un dispositivo de gobierno, produciendo y regulando las conductas de las formas de vida. Recordemos a Thatcher: «If you change the approach you really are after the heart and soul of the nation. Economics are the method: the object is to change the soul»<sup>113</sup>.

Es este campo de tensión entre teología política y biopolítica, que separa la vida en bíos/zoé o persona/cuerpo, al que la teoría del derecho debería prestar atención. Y debería hacerlo para plantear ya no la neutralización, sino el conflicto; ya no la persona, sino el cuerpo viviente<sup>114</sup>. Un conflicto en el que la vida no quede sujeta. Se trata de una concepción del conflicto como biopolítica afirmativa, como política de las formas-de-vida, de las vidas indivisibles de su forma<sup>115</sup>. Para ello, la teoría del derecho debe aproximarse al acontecimiento, debe dejar de ser observador de hechos y convivir con acontecimientos, sin tiempo cronológico<sup>116</sup>.

## 5. CONCLUSIÓN: HEGEL EN EL PALAZZO CAVALCANTI<sup>117</sup>

Hegel no solo estuvo atento a su tiempo. También lo hizo con otros. El puente que construyó desde Jena lo llevó a Atenas pero también a Roma<sup>118</sup>. Hagamos un juego de ficción científica. ¿Qué hubiera pasado si ese puente hubiera desembarcado en Nápoles y no en Roma? ¿Cambiaría el inicio de este artículo? Deleuze quizás tenga una respuesta: trastocar el dispositivo. Señalaba al respecto: «Los dispositivos tienen, pues, como componentes líneas de visibilidad, de enunciación, líneas de fuerzas, líneas de subjetivación, líneas de ruptura, de fisura, de fractura, que se entrecruzan y mezclan mientras unas suscitan otras a través de variaciones o hasta de mutaciones de

<sup>112</sup> GENTILI, D., *Crisi come arte de governo*, cit., p. 10.

<sup>113</sup> Entrevista en *Sunday Times*, 3 de mayo de 1981. GENTILI, D., *Crisi come arte de governo*, cit., p. 77.

<sup>114</sup> GARCÍA LÓPEZ, D. J., «Has de tener un cuerpo que mostrar: el grado cero de los derechos humanos», *Isegoría*, núm. 59, 2018, pp. 663-682.

<sup>115</sup> AGAMBEN, G., *L'uso dei corpi*, Vicenza, Ed. Neri Pozza, 2014, p. 263.

<sup>116</sup> GARCÍA LÓPEZ, D. J., «Teoría herida del derecho puro: corporalidad viviente y tiempo-ahora» (en prensa). La noción de acontecimiento en ŽIŽEK, S., *Acontecimiento*, Madrid, Sexto Piso, 2016.

<sup>117</sup> Este edificio, sito en via Toledo, en Nápoles, fue la sede durante varios años del Istituto Italiano di Scienze Umane, donde impartía clase Roberto Esposito. En el año 2014 desaparece al fusionarse con la Scuola Normale Superiore de Pisa. Durante el curso 2010/2011 pasé allí una temporada.

<sup>118</sup> Véase Rocco, V., *La vieja Roma en el jovel Hegel*, Madrid, Maia, 2011.

disposición»<sup>119</sup>. Hay que provocar, por tanto, mutaciones en el dispositivo, pues «pertenecemos a ciertos dispositivos y obramos en ellos»<sup>120</sup>. Vida, política e historia o lo que ha planteado Esposito desde la otra modernidad de la *Italian Thought*: inmanentización del antagonismo, historización de lo no histórico y mundanización del sujeto<sup>121</sup>. Vida, política e historia, en el giro biopolítico, como formas de profanación en tanto restitución al uso común aquello que ha sido capturado y separado<sup>122</sup>.

Aquí se ha propuesto una forma de entender la teoría del derecho cercana a una suerte de *literatura jurídica menor*, por parafrasear el análisis que hicieran Deleuze y Guattari de Kafka. Definen la literatura menor del siguiente modo: «no es la literatura de un idioma menor, sino la literatura que una minoría hace dentro de una lengua mayor»<sup>123</sup>. Tres serían las características de esta literatura, a saber: «la desterritorialización de la lengua, la articulación de lo individual en lo inmediato-político, el dispositivo colectivo de enunciación»<sup>124</sup>. De ahí que la literatura menor no califica a ciertas literaturas, «sino las condiciones revolucionarias de cualquier literatura en el seno de la llamada mayor (o establecida)»<sup>125</sup>. Sustituamos aquí lengua por derecho, literatura por literatura jurídica. La teoría del derecho que aquí se aboga, en clave de ontología político-jurídica de la actualidad, habría de realizarse desde un devenir minoritario<sup>126</sup> para «escribir como un perro que escarba su hoy, una rata que hace su madriguera. Para eso: encon-

<sup>119</sup> DELEUZE, G., «¿Qué es un dispositivo?», cit., pp. 157-158.

<sup>120</sup> *Ibidem*, p. 159.

<sup>121</sup> ESPOSITO, R., *Pensiero vivente. Origine e attualità della filosofia italiana*, Toriono, Ed. Einaudi, 2010, pp. 23-33. En cuanto a la *Italian Thought*, se trataría de un pensamiento precedido de la praxis, del espacio constitutivamente conflictual de la política frente a lo social germano y al texto francés. Si la filosofía alemana se produce por medio del programa de un Instituto (Escuela de Frankfurt) y la francesa por su anclaje en teorías anteriores al estructuralismo, el pensamiento italiano proviene de las dinámicas políticas de los años sesenta. El conflicto, en definitiva, caracteriza al pensamiento italiano; un pensamiento desligado de la idea de Estado-nación, de hecho, enfrentado a él en la forma de resistencia. Véase ESPOSITO, R., «German Philosophy, French Theory, Italian Thought», en GENTILI, D., y Stimilli, E., *Differenze italiane*, cit., pp. 9-20, y GENTILI, D., *Italian Theory. Dall'operismo alla biopolitica*, Bologna, Ed. Il Mulino, 2012.

<sup>122</sup> «Il problema della profanazione dei dispositivi –cioè della restituzione all'uso comune di ciò che è stato catturato e separato in essi– è, per questo, tanto più urgente. Esso non si lascerà porre correttamente se coloro che se ne fanno carico non saranno in grado di intervenire sui processi di soggettivazione non meno che sui dispositivi, per portare alla luce quell'Ingovernabile, che è l'inizio e, insieme, il punto di fuga di ogni politica». AGAMBEN, G., *Che cos'è un dispositivo?*, cit., pp. 34-35.

<sup>123</sup> DELEUZE, G., y GUATTARI, F., *Kafka. Por una literatura menor*, México, Ed. Era, 1990, p. 28.

<sup>124</sup> DELEUZE, G., y GUATTARI, F., *Kafka*, cit., p. 31.

<sup>125</sup> *Ibidem*.

<sup>126</sup> «Por supuesto, las minorías son estados objetivamente definibles, estados de lengua, de etnia, de sexo, con sus territorialidades de ghetto; pero también deben ser consideradas como gérmenes, cristales de devenir, que solo son válidos si desencade-

trar su propio punto de subdesarrollo, su propia jerga, su propio tercer mundo, su propio desierto»<sup>127</sup>.

Comenzamos con Hegel y terminamos con él. El prefacio a su *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, finaliza con una cita hartamente repetida: «el búho de Minerva solo alza su vuelo en el ocaso»<sup>128</sup>. Quizás vaya siendo hora de cambiar la ruta, girar y abrir otra línea de vuelo. Si tuviéramos que clausurar este artículo en clave de proposición, esta sería<sup>129</sup>: *partiendo de un presupuesto de ontología de la actualidad al entender que el derecho es un dispositivo, una red de producción de subjetividades, la teoría del derecho que viene es un método: el análisis arqueológico del dispositivo*.

---

nan movimientos incontrolados y desterritorializaciones de la media o de la mayoría». DELEUZE, G. y GUATTARI, F., *Mil mesetas*, cit., p. 108.

<sup>127</sup> DELEUZE, G., y GUATTARI, F., *Kafka*, cit., p. 31.

<sup>128</sup> HEGEL, G. W. F., *Principios de la filosofía del derecho*, Barcelona, Ed. Edhasa, 2005, p. 63.

<sup>129</sup> Parafraseando, irónicamente, a Guastini cuando señaló: «Da questo punto di vista, insomma, la filosofia non è che un metodo: l'analisi logica del linguaggio. Il presupposto ontologico-giuridico, enunciato con grande chiarezza da Bobbio, è che il diritto –almeno in prima approssimazione– sia nulla più che un linguaggio o (forse meglio) un discorso: il discorso del “legislatore” in senso materiale, ossia l'insieme di enunciati formulati dalle autorità normative. Le norme giuridiche sono dunque entità di linguaggio. Dalla combinazione di queste due assunzioni segue evidentemente che la filosofia (analitica) del diritto altro non è che l'analisi logica del linguaggio giuridico». GUASTINI, R., *Distinguendo ancora*, Ed. Marcial Pons, 2013, p. 14. La cita aparece en el primer capítulo: *Manifiesto di una filosofía analítica del diritto*.