

DEVENIRES

Artículos

ARLET BECERRA RODRÍGUEZ Agencia social y enactivismo. Apuntes para pensar la relación entre normas morales y cuerpos

GUSTAVO GARCÍA CONDE Mestizaje y codigofagia: crítica a las categorías raciales desde la semiótica de la cultura

Pensamiento de la izquierda

ADÁN PANDO MORENO La noción de democracia en la agenda de la izquierda socialista mexicana...

EMILIANO MENDOZA SOLÍS Tomás Segovia, una izquierda al margen

Dossier Nuevas críticas del poder

RAINER MAUSFELD El miedo de las élites del poder al pueblo...

DANIEL LOICK Tareas para una teoría crítica del derecho

HAUKE RITZ La dimensión cultural de la Guerra Fría y 1968

Entrevista

BACA / ENRÍQUEZ / CASALES Dimensión hermenéutica del arte y la educación.
Entrevista a Mauricio Beuchot



TAREAS PARA UNA TEORÍA CRÍTICA DEL DERECHO¹

Daniel Loick

La cuestión de la legitimidad del Estado y sus límites ha sido durante siglos un tema central de la filosofía política. El Estado, como centro de gravedad de la política, está relacionado con otras premisas fundamentales de nuestra concepción social: La acción política se concibe generalmente en relación con el Estado, las medidas legislativas se consideran el medio más importante para controlar la vida social, el derecho suele constituir el paradigma de nuestras ideas sobre la normatividad en su conjunto y, en forma de coacción legal, la violencia también ocupa un lugar natural entre nuestras formas de interacción social.

Dada la importancia tradicional del Estado y el derecho en el discurso filosófico europeo, resulta sorprendente que este conjunto de temas no haya recibido especial atención durante mucho tiempo dentro de la tradición intelectual que se ha dado a sí misma el nombre de Teoría Crítica (con mayúscula). Salvo algunas excepciones, los teóricos de la primera Escuela de Fráncfort coincidían en general con Marx en que el Estado y el derecho eran meros fenómenos superestructurales insignificantes y, por lo tanto, se centraron en el análisis y la crítica de las estructuras que, en su opinión, determinan la sociedad de manera más fundamental, como el principio de intercambio capitalista, la estructura psíquica del ser humano moderno o la tendencia autodestructiva de la Ilustración como tal. Con la obra de Jürgen Habermas, en particular

¹ Publicado originalmente en: Ulf Bohmann/Paul Sörensen (eds.) (2019). *Kritische Theorie der Politik*, Berlín: Suhrkamp Verlag, pp. 330-347. Traducción: Brenda Ramírez Benavides (con apoyo de Deepl). Publicación en español con autorización del autor y de la editorial Suhrkamp.

desde su *Theorie des kommunikativen Handelns* a *Faktizität und Geltung* (*Teoría de la acción comunicativa* a *Facticidad y validez*), y los trabajos posteriores de muchos de sus alumnos y comentaristas, el derecho vuelve a gozar de una mayor atención como medio importante de interacción social. Sin embargo, la mayoría de estos análisis tienden a enfatizar las características emancipadoras, civilizadoras y contenedoras del derecho y tienden a descuidar sus efectos violentos, alienantes u opresivos.

Por lo tanto, dentro de esta tradición intelectual no se ha logrado hasta ahora formular una teoría que aborde temáticamente tanto el Estado como el derecho y que mantenga su ímpetu crítico. Para elaborar una teoría crítica del derecho es, por ello, esencial consultar análisis y críticas sociales de otros contextos, como la teoría feminista, deconstructiva o posestructuralista. En el ámbito temático del Estado y el derecho se confirma así una idea que estos enfoques llevan defendiendo desde hace mucho tiempo frente a la pretensión de exclusividad de la Escuela de Fráncfort: que la teoría crítica debe escribirse con minúscula.

A continuación, se presentan algunas propuestas sobre cuáles podrían ser los aspectos esenciales de un futuro programa de investigación para el desarrollo de una teoría crítica del derecho. Para ello se siguen tres indicaciones que, a pesar del abandono generalizado del derecho en los enfoques de la Escuela de Fráncfort “clásica”, pueden encontrarse en ella: el rechazo *político* de Otto Kirchheimer a la judicialización de la lucha de los trabajadores en el conflicto salarial (1.), el análisis *ético* de Theodor W. Adorno de la lógica de subsunción del derecho abstracto (2.) y, por último, la crítica *moral* de Walter Benjamin a la violencia estatal en sus diversas formas (3.). Al reconstruir estas tres líneas argumentales diferentes, se defiende, por un lado, su productividad duradera, pero, por otro, se intenta demostrar que todas ellas se sitúan en constelaciones históricas específicas y en luchas sociales concretas. En las nuevas condiciones sociales y con las líneas políticas de frente modificadas, ninguna de estas críticas puede presentarse ya en su forma original, sino que deben reformularse para las circunstancias actuales y situarse en el contexto de los debates actuales. Como revela el título de este texto, se trata, en primer lugar, de *tareas* cuyas soluciones solo pueden encontrarse en el marco de luchas sociales y políticas reales.

1. La crítica política del derecho

En su tesis doctoral “Zur Staatslehre von Bolschewismus und Sozialismus” (*Sobre la doctrina estatal del bolchevismo y el socialismo*), escrita en 1928 en medio de las continuas luchas de clases de la República de Weimar, Otto Kirchheimer acuñó el término “juridificación” (*Verrechtlichung*), que sigue siendo fructífero hasta hoy. La juridificación designa la tendencia de la clase obrera a llevar cada vez más sus disputas salariales al ámbito jurídico y a recurrir al Estado como instancia mediadora. Un ejemplo de ello es la estrategia de exigir al Estado que regule la duración de la jornada laboral, en lugar de resolver este conflicto directamente con los empresarios. Para los oídos actuales, esta crítica resulta sorprendente, ya que normalmente se considera que la forma jurídica es un pilar importante para garantizar institucionalmente los logros sociales una vez alcanzados. Sin embargo, Kirchheimer lamenta que esta conversión de cuestiones políticas en cuestiones jurídicas prive a los trabajadores de la opción de formas de acción más radicales, al pacificar la lucha de clases y, con ello, despolitizarla. “Se avanza hacia la juridificación en todos los ámbitos”, escribe, “se intenta eludir toda decisión real, toda decisión de poder [...], todo se neutraliza formalizándolo jurídicamente” (Kirchheimer 1976: 36). A diferencia de la posterior adaptación del concepto de juridificación por parte de Habermas (véase: Habermas 1981: 522),² Kirchheimer no se refiere aquí a una “colonización del mundo de la vida”, es decir, a una expansión del derecho en esferas anteriormente no juridificadas, sino al menoscabo de las condiciones de las acciones políticas entendidas de forma auténtica. El aspecto decisivo que genera la despolitización es la formalización inherente a la lógica jurídica, que para Kirchheimer reduce toda política a la aplicación de un conjunto de normas predeterminadas. “Todo aquel que cree poder alcanzar el liderazgo de los asuntos de Estado”, escribe, “recibe en cambio una maquinaria jurídica que lo reclama como a un maquinista las seis palancas, que tiene que manejar” (Kirchheimer 1976: 37). La judicialización de las luchas sociales, afirma Kirchheimer, conduce a una represión de

² En especial página 522.

situaciones decisivas eminentes, lo que domestica el deseo del proletariado de una reestructuración más profunda de la sociedad. Cabe señalar que esta hipótesis no puede reducirse a un argumento puramente “estratégico”. Kirchheimer se propone salvar las condiciones para la verdadera política –que [...] vincula estrechamente a la posibilidad de decisiones reales, en consonancia con Carl Schmitt– del creciente control del Estado (véase: Scheuermann 1994). Para ello, considera esencial mantener abiertos otros escenarios distintos al estatal para los enfrentamientos políticos. Uno de los medios de lucha más importante de la clase obrera, según Kirchheimer, refiriéndose a Georges Sorel, es, por ejemplo, la huelga general. La huelga se sitúa en el terreno mismo de la explotación, la fábrica, sin buscar la mediación del Estado. La huelga, como forma de acción directa que no solo exige una transformación social, sino que la lleva a cabo de forma independiente, trasciende así la concepción convencional de la política centrada en el Estado.

Sin embargo, todo el análisis de Kirchheimer se basa en una priorización general de la economía frente a otras esferas sociales. Si bien Kirchheimer ha presentado un interesante análisis de los efectos potencialmente despolitizadores de las tendencias a la juridificación, su visión de la sociedad sigue estando marcada por un economismo típicamente marxista. Kirchheimer considera que la explotación económica es la forma más importante y, por lo tanto, paradigmática de dominio social y, por esta razón, entiende que el estado de la lucha de clases es el factor decisivo que determina la forma de una sociedad dada. Por lo tanto, para él, el proletariado es el único actor político verdadero. No obstante, esta jerarquización de las relaciones de dominio y opresión ha sido cuestionada de forma sostenida, especialmente por los movimientos feministas y anticolonialistas de los años sesenta y setenta: ni todos los fenómenos de dominación, explotación y exclusión de las sociedades actuales se pueden atribuir al capitalismo, ni el proletariado representa un catalizador privilegiado de la transformación social.³ Por ende, el modelo de Kirchheimer necesita una

³ Véase Laclau y Mouffe (1991) para una teorización especialmente concisa de este conocimiento de los “nuevos movimientos sociales” y una crítica “posmarxista” consecuente del economicismo marxista.

revisión fundamental. Esta revisión debe comenzar con la comprensión de la multiplicidad de formas de dominación interseccionalmente conectadas y la pluralidad de campos de lucha que fueron puestos de relieve por los nuevos movimientos sociales en la segunda mitad del siglo XX.

Al igual que algunos teóricos socialistas, muchas voces feministas también han expresado su escepticismo ante la traducción de sus propias reivindicaciones políticas al vocabulario de los derechos. El derecho, como han señalado varias generaciones de críticas feministas del derecho, es una esfera tradicionalmente dominada por los hombres y, por lo tanto, está fundamentalmente marcado por puntos de vista, intereses y necesidades “masculinos”. Esto afecta, en primer lugar, al *contenido* de determinadas leyes, como se puede observar en cuestiones relacionadas con el acceso al aborto y los derechos reproductivos, la represión de la violencia sexual y doméstica o la discriminación en el mercado laboral. En este ámbito, la legislación suele estar marcada por puntos de vista masculinos, pero también por intereses de poder muy concretos. No obstante, también la *forma* del derecho civil se orienta por la división entre lo público y lo privado, que se remonta a la *polis* griega, al naturalizar y despolitizar las experiencias vividas en el *oikos* como prepolíticas. Esta división sigue estando marcada por el género, ya que las mujeres siguen siendo responsables de gran parte del trabajo reproductivo que se genera en la sociedad, mientras que su acceso tanto al mercado laboral como a la esfera política pública sigue siendo difícil.

Mientras que algunas juristas feministas, entre las que destaca la jurista estadounidense Catherine MacKinnon, abogan por reforzar las experiencias, los intereses y necesidades en el derecho (véase: MacKinnon 1989), otras iniciativas feministas han llegado a la conclusión de buscar nuevas formas de compromiso político que no se dirijan principalmente al Estado y no aspiren a la implementación de sus propias demandas en forma de derechos. Un ejemplo emblemático de ello es la práctica del *consciousness raising*, desarrollada ya en la década de 1960 en el marco del feminismo radical estadounidense, que consiste en la reflexión sobre la propia biografía, a menudo marcada por la violencia y la incapacitación (*Entmündigung*) (véase: Sarachild 1979). De igual forma, el ejercicio de presión moral por

parte de las mujeres sobre sus parejas masculinas para lograr un reparto más justo de las tareas domésticas, la creación de guarderías antiautoritarias, una prensa autoorganizada o intervenciones culturales para generar nuevos recursos imaginarios entran en el registro de las acciones políticas ajenas al Estado.

En los últimos veinte años, los efectos pacificadores e integradores de los derechos también se han reflejado en el contexto de la política de identidad estadounidense. Los teóricos *queer* han puesto de manifiesto la transformación encubierta de los sujetos de derecho en objetos de estratificación estatal, por ejemplo, a partir de las leyes contra la discriminación: lo que debería servir para proteger contra la discriminación por motivos de género o etnia, también puede conducir a que se perpetúen, internalicen y consoliden identidades precarias. Richard T. Ford señala que la concesión de derechos en sí misma puede ser un medio de regulación y control estatal de la diferencia. “Los derechos”, escribe,

no solo dan a las personas “más libertad” al ofrecerles una opción más. También canalizan actividades y energías. Promueven e institucionalizan determinadas prácticas; son en sí mismas una institución, una medida política pública productiva. Los derechos codificados son una forma de actuación estatal, no su límite (Ford 2002: 63).⁴

Una reserva muy similar fue expresada en gran parte del movimiento *queer* contra la institucionalización de las formas de vida homosexuales como “matrimonio homosexual”, que en su lugar apuesta por el cultivo independiente de formas de vida alternativas (véase: Mesquita 2011).⁵

En esta pérdida de privilegios del Estado como centro de gravedad de la política y su traslado a ámbitos económicos, civiles y subinstitucionales, resuena la crítica de Kirchheimer a los efectos domesticadores del derecho. Esto demuestra, por un lado, la productividad duradera de esta figura argumentativa, pero, por otro, también plantea toda una serie de cuestiones difíciles. ¿Cómo exactamente y en qué condiciones concretas

⁴ Véase también, en este contexto, Brown (1995).

⁵ Véase, a modo de ejemplo, para una crítica *queer* del “matrimonio para todos” en el contexto germanoparlante.

tiene el derecho efectos despolitizadores? ¿Qué consecuencias tiene esto para el ejercicio y la reivindicación de derechos, que siguen siendo parte del día a día de los movimientos emancipadores? ¿Qué papel desempeña aún la categoría de la decisión, tan enfatizada por Kirchheimer, en una crítica política del derecho no economicista, o qué otros motivos pueden esgrimirse contra la formalización del derecho? ¿Qué formas de compromiso político no centradas en el Estado existen y a qué retos y dificultades deben enfrentarse? (véase: Brown 2011: 454-472).⁶ Todas estas preguntas siguen siendo un desiderátum de la reflexión crítica político-filosófica (véase: Buckel 2007; Menke 2025; Loick 2017).⁷

2. La crítica ética del derecho

La razón por la que Kirchheimer consideraba que el derecho era una amenaza para la acción política auténtica radicaba en su tendencia a la formalización y la neutralización. Esta opinión encuentra eco en una crítica posterior del derecho que se encuentra en la obra de otro pensador de la primera generación de la Escuela de Fráncfort, concretamente en la *Negativen Dialektik* (*Dialéctica negativa*) de Theodor W. Adorno, escrita casi cuarenta años después del análisis original de Kirchheimer. Adorno aborda el derecho en el contexto de una lectura crítica de la *filosofía jurídica* de Hegel. Si bien Hegel, según Adorno, describió correctamente la función potencialmente liberadora del derecho moderno, al describirlo como una esfera que ha superado las necesidades primarias de la primera naturaleza, al mismo tiempo justificó un momento de violencia inherente al derecho y, por lo tanto, lo ocultó ideológicamente, lo que siempre socava esta libertad potencial. Para Adorno, la violencia del derecho no consiste solo en la amenaza de sanciones estatales, sino en la gramática de la forma jurídica en sí misma. El derecho, argumenta, fabrica una forma específica de igualdad que elimina cualquier percepción o expe-

⁶ Aquí se encuentra la formulación más coherente de estas cuestiones.

⁷ Véase, para los intentos, en el contexto original de Fráncfort, de actualizar la crítica política del derecho.

riencia particular. Adorno denomina a esta dialéctica del derecho “el fenómeno primigenio de la racionalidad irracional”:

En él, el principio formal de equivalencia se convierte en norma, todos son tratados por el mismo rasero. Tal igualdad, en la que se pierden las diferencias, fomenta secretamente la desigualdad [...]. Las normas jurídicas recortan lo que no está cubierto, toda experiencia no preformada de lo específico en aras de una sistemática ininterrumpida, y luego elevan la racionalidad instrumental a una segunda realidad sui generis. El ámbito jurídico en su conjunto es un ámbito de definiciones. Su sistemática exige que no entre en él nada que se sustraiga a su ámbito cerrado [...]. Este recinto, ideológico en sí mismo, ejerce un poder real a través de las sanciones del derecho como instancia de control social, plenamente en el mundo administrado (Adorno 1997: 304).

No es fácil entender qué es exactamente lo que Adorno critica en este punto. Para apreciar plenamente su análisis, sería necesario examinar más detenidamente la sociedad y las premisas teóricas lingüísticas de la *Negativen Dialektik* (*Dialéctica negativa*), según las cuales la penetración sucesiva de la sociedad por el principio de intercambio conduce a una destrucción creciente de lo no idéntico, de toda experiencia y percepción particulares. Sin embargo, en este punto basta con señalar que Adorno se refiere a la lógica antidiferencial del derecho: al juzgar cada caso según el mismo criterio, el derecho trasciende la especificidad del caso singular y la niega. Si Kirchheimer presentó una crítica *política* del derecho, tal vez lo mejor sea calificar el argumento de Adorno como una crítica *ética*: la aplicación de un criterio unificador en la evaluación de las constelaciones de problemas existentes socava nuestra capacidad de hacer justicia a una situación particular o a otro individuo en su diferencia irreducible. Esto requeriría precisamente abstenerse de aplicar el criterio ya establecido y comprometerse plenamente con la experiencia de lo específico.

Sin embargo, al igual que la crítica de Kirchheimer, el argumento de Adorno tiene un núcleo temporal (*Zeitkern*). Porque no se limita a describir una característica estructural del derecho (es decir, de cualquier derecho), sino que respalda esta descripción con una observación sociológica, a saber, el diagnóstico de un “mundo administrado”. Este concepto está estrechamente relacionado con la concepción general de

Adorno de la totalidad social, según la cual, en las sociedades capitalistas actuales, todas las experiencias humanas están determinadas (y, por lo tanto, dañadas) fundamentalmente por una misma racionalidad. La teoría social de Adorno y las categorías que la sustentan se basan en el contexto específico de la Alemania posfascista. En condiciones cambiantes, conceptos como “mundo administrado” y categorías teóricas como “totalidad” fueron cuestionados fundamentalmente por una variedad de enfoques filosóficos que se referían a la multiplicidad, pluralidad y heterogeneidad de los entornos sociales, las experiencias y las subjetividades.⁸

A la luz de esto, parece también el derecho como un sistema mucho menos “sin fisuras” de lo que Adorno supone, sino que presenta una flexibilidad y ambigüedad considerables. Por lo tanto, el análisis de Adorno también requiere un matiz más preciso.

Jacques Derrida ofrece en su libro *Gesetzeskraft* (*La fuerza de la ley*) las primeras indicaciones para una versión menos “negativista” de la crítica ética del derecho. Derrida también se ocupa de la lógica antidiferencial del derecho, cuya causa identifica en la generalidad del texto legal. En cada sentencia, el juez se enfrenta al problema de *tener que tener* en cuenta tanto la gramática generalizadora de la ley como la particularidad de la situación concreta. Derrida escribe:

Para que una decisión sea justa y responsable, en el momento en que se toma debe [...] estar sujeta a una regla y prescindir de ella. [...]. Cada caso es diferente, cada decisión es diferente y requiere una interpretación completamente única, para la que ninguna regla existente, registrada y codificada puede ni debe responder por completo (Derrida 1991: 47ss.).

Así pues, en la sentencia judicial chocan dos pretensiones de justicia igualmente legítimas: por un lado, la pretensión de previsibilidad y calculabilidad del derecho y, por otro, la pretensión de libre apreciación

⁸ Entre ellos se encuentran, por un lado, los escritos de Habermas, quien llevó a cabo el cambio de paradigma de una teoría del “mundo administrado” a un análisis de la separación funcionalmente diferenciada de esferas en la sociedad burguesa dentro de la tradición teórica de la Escuela de Fráncfort y, por otro lado, sobre todo el posestructuralismo francés y el “pensamiento de la diferencia”; para descripción detallada de las consecuencias sociológicas que se derivan de ello, véase, Marchart 2013.

del caso concreto. Al poner de relieve la aporía de la actividad judicial, Derrida logra explicitar las deficiencias éticas de toda comprensión ingenuamente legalista de la normatividad. Esta crítica también tiene un componente ético en su esencia: la gramática universalista del derecho es problemática porque nunca puede hacer justicia a la alteridad irreducible de los demás. Siguiendo a Levinas, Derrida utiliza aquí el concepto de infinito para ilustrar la inconmensurabilidad de la necesidad de los otros frente a cualquier criterio abstracto: la exigencia que los otros nos plantean nunca puede satisfacerse remitiéndose a una regla general. Descripción detallada de Derrida de los efectos unificadores del derecho presenta, sin embargo, dos diferencias fundamentales con respecto a la de Adorno. En primer lugar, sitúa la exigencia de justicia —es decir, la exigencia de una valoración adecuada de la singularidad de la situación— no más allá del derecho, sino como algo inherente a la normatividad del derecho. El propio derecho se nutre incesantemente de la pretensión de ser aplicable a casos muy diferentes y, por lo tanto, siempre específicos. En segundo lugar, Derrida puede prescindir de invocar la imagen, problemática desde el punto de vista de la teoría social, de un “mundo administrado” herméticamente cerrado que afecta de la misma manera a toda la experiencia humana, una idea que parece irremediabilmente anacrónica en la sociedad globalizada y multicultural. Gracias a estos dos reajustes de la crítica ética del derecho, Derrida parece estar en mejores condiciones que Adorno para tener en cuenta la ambivalencia y la indeterminación fundamentales del derecho.

Al mismo tiempo, con esta reformulación, Derrida también plantea un nuevo problema. El hecho de que la tensión entre universalidad y particularidad que él describe sea una aporía y no solo una contradicción histórica significa que el conflicto entre ambos polos no puede resolverse mediante la transformación social. La versión de Adorno sobre la descripción del problema aún no tenía esta consecuencia, ya que para él la violencia de la unificación es precisamente el resultado específico del principio de equivalencia, que puede superarse históricamente. Derrida, no obstante, figura el conflicto como una aporía trágica que solo puede reflexionarse, pero no resolverse. Para una teoría crítica se plantea, por

tanto, la conocida pregunta de qué consecuencias orientativas para la acción se pueden extraer de la versión de Derrida de la crítica de la lógica antidiferencial del derecho.

Esta pregunta puede, si bien no responderse, por lo menos examinarse más de cerca con una mirada a las prácticas de los movimientos sociales. La tensión entre lo general y lo particular, que la crítica ética del derecho había sacado a la luz, se manifiesta aquí de una manera específica. Lo *general* tiene la forma de exigencias universalistas que constituyen la bandera común de los movimientos políticos y que deben imponerse de manera universal. Lo *particular* toma la forma de demandas inmediatas e intensas que no pueden entenderse en forma de un catálogo general de exigencias. Desde siempre, el movimiento obrero internacional se ha unido bajo la bandera del concepto de solidaridad: no solo entendía su organización de manera instrumental, para alcanzar un objetivo común, sino que también la vinculaba a la promesa de establecer una comunidad auténtica, cuyos miembros se apoyaran incondicionalmente unos a otros, aquí y ahora (véase: Honneth 2015). En el anarquismo, la idea de la ayuda mutua (véase: Kropotkin 2011; Chosmky 2016), en el feminismo, la práctica del cuidado (véase: Gilligan 1988; Winker 2015) y en el movimiento *queer*, el concepto de amistad (véase: Foucault 2007; Laufenberg 2014), han desempeñado un papel similar. Todos estos conceptos tienen en común que expresan un momento de singularidad que no puede formularse completamente en forma de un programa político universalista. Con la formación de un vínculo comunitario político, se plantean exigencias de apoyo interpersonal que, en su intensidad y extensión, son inconmensurables con cualquier código protojurídico. Las diferencias que, tanto para Adorno como para Derrida, son borradas por el derecho, adquieren aquí un carácter muy plástico: el otro es el otro concreto, cuyas necesidades, siempre situadas en un lugar particular, articulan un derecho incondicional a ser tenidas en cuenta.

La crítica ética del derecho puede contribuir a expresar con palabras la tensión entre la pretensión de universalidad de la emancipación y el componente desbordante de la solidaridad práctica. Las experiencias de los movimientos políticos dan al mismo tiempo una idea de que esta contra-

dicción, aunque no puede resolverse en condiciones sociales radicalmente cambiantes, pierde absolutamente su dramatismo. Sin embargo, también en esta segunda dimensión de la crítica jurídica quedan aspectos esenciales pendientes: ¿cómo se puede institucionalizar la solidaridad? ¿Cómo se pueden tener en cuenta las exigencias de terceros ausentes sin introducir normas estrictas? ¿Cómo se pueden practicar políticamente las actitudes de consideración y atención sin exigir demasiado a los actores y sin caer en el chantaje emocional o el terrorismo íntimo? ¿Cómo se puede preservar la función liberadora del derecho sin negar lo no idéntico?⁹

3. La crítica moral del derecho

Además de la crítica *política* de Kirchheimer y la crítica *ética* de Adorno, existe una tercera figura crítica independiente que se encuentra en los escritos de un pensador de la Escuela de Fráncfort de principios del siglo XX, concretamente en “Zur Kritik der Gewalt” (*Sobre la crítica de la violencia*), de Walter Benjamin, de 1921 (aunque la relación de Benjamin con el círculo más cercano de la Escuela de Fráncfort era más bien débil). La crítica de Benjamin puede entenderse como una crítica *moral* del derecho. El breve esbozo de Benjamin, de 25 páginas, que se inscribe explícitamente en una tradición anarquista, tiene como objetivo desacreditar fundamentalmente la violencia como medio de interacción humana y niega en particular la legitimidad de su aplicación con fines de aplicación de la ley. Se dirige contra el Estado en sí mismo y contra toda la economía de la violencia en la que se basa, ejemplificada paradigmáticamente en la función “legisladora” del ejército y la función “guardiana de la ley” de la policía y el sistema penal. Dos de los argumentos de Benjamin parecen especialmente pertinentes: se refiere al carácter *estructuralmente excesivo* y *trascendentalmente ilegítimo* de la violencia legal. Es estructuralmente excesiva porque incluso los Estados liberales se han mostrado incapaces de establecer la relación entre el de-

⁹ Para los intentos del contexto original de Fráncfort de actualizar la crítica ética del derecho, véase, Honneth (2011); Loick (2017).

recho y la violencia como una mera relación de medios y fines, como demuestra Benjamin con el ejemplo de la policía; la “afirmación”, escribe, “de que los fines de la violencia policial son siempre idénticos o por lo menos similares a los del resto del derecho es realmente falso” (Benjamin 1991: 189).¹⁰ Para justificar esta observación, no es necesario recurrir a ejemplos históricos drásticos, como el surgimiento de estados policiales y dictaduras, sino que bastan los casos cotidianos de racismo policial, acoso a la “clientela policial” o simple corrupción para dar cierta plausibilidad al diagnóstico de Benjamin. En esto Benjamin ve la latencia del estado de excepción dentro de la norma, el potencial del poder ejecutivo para emanciparse de su condición de medio y convertirse en un factor dominante de toda la sociedad (véase: Agamben 2004).

Con todo, Benjamin va más allá. Anuncia un rechazo trascendental de la relación entre fines y medios en el ámbito de la moral y la política en general, al poner en duda si “la violencia, como principio, es moral incluso como medio para fines justos” (Benjamin 1991: 179). Incluso si fuera posible establecer una policía y un sistema penal que nunca excedieran sus competencias, el poder judicial seguiría careciendo de una justificación fundamental. Benjamin radicaliza el imperativo categórico de Kant al afirmar que ni siquiera una ley absolutamente justa podría satisfacer la necesidad fundamental de legitimación de la violencia. Contra la prolongación ideológica —o, como dice Benjamin, “mítica”— de la violencia en el medio del derecho, sigue una tradición mesiánica judía al apuntar al desarrollo de una forma no coercitiva del imperativo, distanciada u opuesta al Estado.

En los últimos cien años, el antiguo ensayo de Benjamin ha sido criticado con frecuencia, y con razón, entre otras cosas, por basarse en una filosofía de la historia demasiado exigente y en premisas demasiado teológicas. Además de estos evidentes problemas teóricos, el texto de Benjamin fue escrito en una época muy diferente a la actual: una época de intensas luchas de clases, levantamientos comunistas regulares y pocos años después de la Revolución Rusa, en resumen, una época en la que el futuro político en instituciones parecía estar aún abierto. Así pues, aunque tanto

¹⁰ Véase al respecto Daniel Loick (2012), en particular, 181-197.

por razones filosóficas como históricas cabe plantear considerables reservas a la crítica fundamental de Benjamin, muchos de los motivos que él expone siguen revistiendo una enorme importancia. Uno de los mayores movimientos políticos en los Estados Unidos en la actualidad es el movimiento *Black Lives Matter*, que se opone principalmente a la violencia estatal y, en particular, a la violencia policial racista. No es exagerado afirmar que *Black Lives Matter* podría adquirir en el futuro una importancia similar a la del *Civil Rights Movement* de los años cincuenta y sesenta. El periodista Ta-Nehisi Coates, una de las voces más importantes de este movimiento, parece confirmar directamente el análisis de Benjamin cuando, en su libro *Zwischen mir und der Welt (Entre yo y el mundo)*, habla a su hijo sobre la violencia policial:

Y ahora, a más tardar, sabes que las comisarías de policía de tu país tienen la autoridad para destruir tu cuerpo. [...] Los destructores rara vez rinden cuentas. En la mayoría de los casos, reciben una pensión. Y la destrucción no es más que la intensificación de un dominio que implica cacheos, detenciones, palizas y humillaciones. Todo esto es normal para los negros. Es algo habitual. Nadie es responsable de ello. Los destructores no son malvados sin precedentes, sino simplemente personas que aplican los caprichos de nuestro país, que interpretan correctamente su herencia y su legado, hasta el día de hoy (Coates 2017: 17).

Al igual que Benjamin, el movimiento *Black Lives Matter*, que expresa en estos textos experiencias elementales de la realidad de la vida de las personas negras en los Estados Unidos, ha reconocido con precisión la latencia de las transgresiones extralegales dentro del derecho civil: la destrucción de cuerpos negros por parte de la policía, aunque formalmente ilegal, corresponde, por lo tanto, a la interpretación correcta de la historia estadounidense: el estado de excepción ya está implícito en el estado normal. No tan prominente, pero igualmente contundente, es la crítica a la violencia sancionada por el Estado del sistema penitenciario, tal y como la plantea el enfoque del *Prision Abolitionism*, cuya principal representante es la filósofa Angela Davis, entre otros (véase: Davis 2004).

En los muros de la prisión se manifiesta de manera especialmente paradigmática la perpetuación mítica de la violencia física pura en medio

del derecho. Por último, pero no por ello menos importante, las luchas actuales de los refugiados contra la violencia ejercida en y a través de las fronteras nacionales pueden interpretarse en una dirección similar,¹¹ ya que también actualizan el rechazo moral fundamental de Benjamin a la legitimidad de la coacción legal. Todos estos movimientos se preguntan de manera fundamental cómo sería posible configurar la comunidad política sin recurrir a la violencia.

Especialmente en esta tercera línea argumental –la crítica moral del derecho– se pone de manifiesto el déficit de muchas teorías jurídicas desarrolladas en los últimos treinta años en la tradición de la Escuela de Fráncfort. La mayoría de los enfoques inspirados en Habermas entienden el Estado y el derecho más como instituciones que garantizan la libertad de la autodeterminación democrática que como un dominio represivo. Sin embargo, esta valoración fundamentalmente “optimista” de los ordenamientos jurídicos existentes hace que se pierdan de vista algunas de las injusticias y degradaciones más acuciantes de las sociedades actuales. Esta laguna teórica solo puede colmarse mediante un diálogo con los actores políticos actuales. Por supuesto, también queda mucho por hacer en lo que respecta a la crítica moral del derecho. Por ejemplo, debe aclarar la amplia pregunta de Walter Benjamin sobre si, como él escribe, “no hay otros medios que la violencia para regular los intereses humanos en conflicto” (Benjamin 1991: 190), es decir, la cuestión de si es posible y cómo se puede reformar el derecho y la política de manera que se pueda superar o, al menos, reducir su dependencia de la implementación violenta.¹²

4. Conclusión

Se identificaron tres líneas argumentales distintas para la crítica del derecho dentro de la primera Escuela de Fráncfort: la crítica política de Otto

¹¹ Véase, desde la perspectiva de la teoría política contemporánea, por ejemplo, Nyers y Rygiel (2014).

¹² Para los intentos del contexto original francforteriano de actualizar la crítica moral del derecho, véase Loick (2012), así como Menke (2012), y Fischer-Lescano (2013).

Kirchheimer a la juridificación como neutralización de la lucha de clases, la crítica *ética* de Theodor W. Adorno al carácter de subsunción del derecho, que preforma todas las experiencias particulares con respecto a los estándares abstractos del mundo administrado, y la crítica *moral* de Walter Benjamin a la dependencia de la violencia del derecho moderno. Las tres estrategias críticas siguen siendo relevantes, pero requieren una revisión sustancial debido a su carácter temporal: la teoría de Kirchheimer se basa en un economismo marxista anticuado, la de Adorno en una imagen unilateral de la totalidad social y la de Benjamin en premisas teológicas y filosófico-históricas problemáticas en su conjunto. Para salvar las estrategias críticas individuales, es imprescindible superar su paradigma teórico, demasiado estrecho, y adaptar enfoques filosóficos afines: la crítica política de los efectos domesticadores del derecho puede reformularse consultando, por ejemplo, el conocimiento generado por los movimientos feministas, *queer* y radicalmente democráticos; la crítica ética a la lógica antidiferencial del derecho puede conectarse con prácticas comunitarias solidarias, y la crítica moral a la violencia del derecho puede hacerse plausible si se plantea desde la perspectiva de la realidad vital de los grupos subalternos. Son estos los que aclaran la conexión interna entre los tres aspectos de la teoría crítica del derecho: la supresión de la violencia como medio de interacción requiere la posibilidad de experiencias de solidaridad en comunidades más allá del Estado (pero también el desarrollo de estrategias no estatales para abordar la violencia dentro de las propias *comunidades*).¹³

El futuro programa de investigación de una teoría crítica del derecho: en primer lugar, incluye la formulación de un concepto de política postestatal que también pueda abarcar aquellos tipos de acción política que no se dirigen al Estado y cuyas reivindicaciones no tienen como objetivo la implementación jurídica; en segundo lugar, el contorno de un con-

¹³ Esta perspectiva, que consiste en encontrar estrategias contra la violencia tanto dentro como fuera de las propias comunidades, se expresa de manera más coherente en la idea de justicia transformadora, defendida, entre otros, por el grupo INCITE!, una asociación de mujeres estadounidenses *de color*: <http://www.incite-national.org>, último acceso el 01/09/2018.

cepto posjurídico de ética que transmita la universalidad de los esfuerzos de emancipación política con las exigencias infinitamente específicas de cada situación y necesidad concreta; y, por último, en tercer lugar, la investigación precisa de las condiciones para una supresión gradual de la violencia como medio de interacción humana. Tal programa de investigación debe, como ya se desprende de la descripción del problema aquí expuesta, adoptar un enfoque interdisciplinario en tres sentidos: debe combinar diferentes tradiciones filosóficas, en lugar de seguir reservando de manera presuntuosa el adjetivo “crítico” para uno solo de estos enfoques; debe traspasar los límites del análisis filosófico e informarse a través de los conocimientos sociológicos, políticos y jurídicos; y, por último, debe buscar el diálogo con los movimientos sociales y políticos contemporáneos.

Referencias

- ADORNO, Theodor W. 1997. *Negativen Dialektik*. Fráncfort del Meno.
- AGAMBEN, Giorgio. 2004. *Ausnahmezustand*. Fráncfort del Meno.
- BENJAMIN, Walter. 1991. “Zur Kritik der Gewalt”. In *Gesammelte Schriften Bd. II.I*, 179-202. Fráncfort del Meno.
- BROWN, Wendy. 1995. *States of Injury. Power and Freedom in Late Modernity*. Princeton.
- BROWN, Wendy. 2011. “Die Paradoxien der Rechte ertragen”. In *Die Revolution der Menschenrechte. Grundlegende Texte zu einem neuen Begriff des Politischen*, 454-472. Berlin: Christoph Menke, Francesca Rai-mondi.
- BUCKEL, Sonja. 2007. *Subjektivierung und Kohäsion. Zur Rekonstruktion einer materialistischen Theorie des Rechts*. Weilerswist.
- CHOMSKY, Noam. 2016. *Was für Lebewesen sind wir?* Berlin.
- COATES, Ta-Nehsi. 2017. *Zwischen mir und der Welt*. Fráncfort del Meno.
- DAVIS, Angela. 2004. *Eine Gesellschaft ohne Gefängnisse? Der gefängnisindustrielle Komplex der*. Berlín.
- DERRIDA, Jacques. 1991. *Gesetzeskraft. Der ›mystische Grund der Autorität‹*. Fráncfort del Meno.
- FISCHER-LESCANO, Andreas. 2013. *Rechtskraft*. Berlín.
- FORD, Richard T. 2002. “Beyond ‘Difference’. A Reluctant Critique of Legal Identity Politics”. In *Left Legalism/Left Critique*, 38-79. Durham: Wendy Brown, Janet Halley.
- FOUCAULT, Michel. 2007. *Ästhetik der Existenz*. Fráncfort del Meno.

- GILLIGAN, Carol. 1988. *Die andere Stimme. Lebenskonflikte und Moral der Frau*. München.
- HONNETH, Axel. 2011. *Das Recht der Freiheit. Grundriß einer demokratischen Sittlichkeit*. Berlin.
- HONNETH, Axel. 2015. *Die Idee des Sozialismus*. Berlin.
- KIRCHHEIMER, Otto. 1976. "Zur Staatslehre des Sozialismus und Bolschewismus". In *Von der Wimarer Republik zum Faschismus: Die Auflösung der demokratischen Rechtsordnung*, by Wolfgang Luthardt, 32-52. Fráncfort del Meno: Suhrkamp Verlag.
- KROPOTKIN, Peter. 2011. *Gegenseitige Hilfe in der Tier-und Menschwelt*. Grafenau.
- LACLAU, Ernesto, and Chantal Mouffe. 1991. *Hegemonie und radikale Demokratie. Zur Dekonstruktion des Marxismus*. Wien.
- LAUFENBERG, Mike. 2014. *Sexualität und Biomacht. Vom Sicherheitsdispositiv zur Politik der Sorge*. Bielefeld.
- LOICK, Daniel. 2012. *Kritik der Souveränität*. Fránfort del Meno.
- LOICK, Daniel. 2017. *Juridismus. Konturen einer kritischen Theorie des Rechts*. Berlin.
- LOICK, Daniel. 2027. *Anarchismus zur Einführung*. Hamburgo.
- MACKINNON, Catherine. 1989. *Toward a Feminist Theory of the State*. Cambride.
- MARCHART, Oliver. 2013. *Das unmögliche Objekt. Eine postfundamentalis-tische Theorie der Gesellschaft*. Berlin.
- MENKE, Christoph. 2012. *Recht und Gewalt*. Berlin.
- MENKE, Christoph. 2015. *Kritik der Rechte*. Berlin.
- MESQUITA, Sushila. 2011. *BAN MARRIAGE! Ambivalenzen der Normalisierung aus queer-feministischer Perspektive*. Viena.
- NYERS, Peter, and Kim Rygiel. 2014. "Citi-zenship, migrantischer Aktivismus und Politiken der Bewegung". In *Grenzregime II. Migrationm Kontrolle, Wissen. Transnationale Perspektiven*. Berlin: Lisa-Marie Heimeshoff, Sabine Hess, Stefanie Kron, Helen Schwenken, Miriam Trzeciak (eds.).
- SARACHILD, Kathie. 1979. "Consciousness-Raising: A Radical Weapon". In *Feminist Revolution*. Nueva York: Redstockings.
- SCHUEERMANN, William. 1994. *Between the Norm and the Exception. The Frankfurt School and the Rule of Law*. Cambridge.
- WINKER, Gabriele. 2015. *Care Revolution. Schritte in eine solidarische Gesellschaft*. Bielefeld.

