

SERIE PENSAMIENTO CRÍTICO Nº 1

Andreas Fischer-Lescano

LA FUERZA DEL DERECHO

Prólogo y Traducción
Alex Iván Valle Franco

SERIE PENSAMIENTO CRÍTICO N°1

La fuerza del Derecho

TRANSNATIONAL FORCE OF LAW
FUNDED BY THE EUROPEAN RESEARCH COUNCIL



European Research Council
Established by the European Commission

“This book has received funding from the European Research Council (ERC) under the European Union’s Horizon 2020 research and innovation programme (www.tfl.uni-bremen.de/en, ERC-2014-CoG, No. 647313-Tansnational Force of Law, Andreas Fischer-Lescano)”

ANDREAS FISCHER-LESCANO

La fuerza del Derecho

Prólogo y Traducción

Alex Iván Valle Franco

Quito, Ecuador



Editorial El Siglo
San Pedro N33-08 y Rumipamba
Telf.: (593-2) 2238 250

“This book has received funding from the European Research Council (ERC) under the European Union's Horizon 2020 research and innovation programme (www.tfl.uni-bremen.de/en, ERC-2014-CoG, No. 647313-Tans-national Force of Law, Andreas Fischer-Lescano)”

Serie: Pensamiento crítico, N° 1

© La fuerza del Derecho
Andreas Fischer-Lescano

Primera edición

Enero 2019
Quito, Ecuador

ISBN: 978-9942-8726-1-6

Diseño de Portada

Jorge Navarrete

Diseño de páginas interiores e impresión

Imprenta V&M Gráficas
Jorge Juan N32-36 y Mariana de Jesús
Telf.: (593-2) 3201 171

Quito - Ecuador

Las opiniones vertidas en este libro es de responsabilidad del autor y no representan necesariamente el pensamiento de los editores.

Índice

PRESENTACIÓN	9
PRÓLOGO	19

CAPÍTULO I

Derecho – Fuerza del Derecho (Rechts – Kraft – Recht): Seis Tesis	23
---	----

CAPÍTULO II

La Tragedia del Derecho	35
1. Razón y violencia del Derecho	37
2. La fuerza del Derecho en la constelación transnacional	45
3. Ajax: la intrusión de la obra en el tiempo	54
4. Derecho mimético	68

CAPÍTULO III

La Fuerza del Derecho	71
1. La fuerza expresiva en el Derecho	77
2. La estética como reflexión jurídica	92
3. Derecho reflexivo	98

CAPÍTULO IV

Derechos de Fuerza	107
1. Singularidad y totalidad	111
2. Rechtsverfassungsrecht: derecho constitucional del Derecho	115

CAPÍTULO V

Conclusión: fuerza humana como fuerza social	119
BIBLIOGRAFÍA	125

Presentación

“El Derecho debe comportarse responsablemente en relación a la fuerza para poder entender y modificar el mecanismo por el cual la reprime. Sólo si libera las fuerzas normativas y se asienta sobre ellas, la fuerza del Derecho tendrá una oportunidad. Esta posibilidad puede surgir sólo de un Derecho que no subyugue la fuerza, sino que posibilite su desenvolvimiento. Esto presupone un Derecho de la fuerza, un Derecho a la fuerza. El Derecho de exigir judicialmente Derechos al desarrollo de fuerzas naturales, humanas y sociales es el supuesto del Derecho. El Derecho fundamental a la fuerza asegura el fundamento del propio Derecho.” (Andreas Fischer-Lescano)

I

Del análisis externo al interno del Derecho

Vivimos un mundo complejo integrado por una maraña de relaciones sociales de mutua dependencia. Pensemos, además, que necesitamos de aquella para la supervivencia. El conductor de un bus de

acceso público que lleva su vehículo a toda velocidad para completar la cuota de dinero que le exige el dueño, el tiene en sus manos la vida de cientos de pasajeros que dependen de su pericia, experiencia e incluso, de que ese día esté de a buenas con su esposa. De entre ellos, viaja un burócrata que lleva en su maletín los planos del sistema de agua potable para un barrio marginal. Si muriera, ese barrio deberá esperar, al menos, una década más. ¡Todo el tiempo nos ponemos en manos de otros! Si quien prepara los alimentos conserva cuerdamente las normas de higiene que hacen que su comida no se infecte el virus de hepatitis que están en ese momento en ambiente, si quien debe usar un condón en una relación sexual furtiva y ocasional no lo hace, si quien debe poner ese tornillo en la baranda de un centro comercial no lo hace: si cada uno de nosotros no cumple su rol, se produce un caos social total.

Si nos ponemos a pensar en las múltiples ocasiones en las que dependemos de las decisiones de otros, tal vez la vida social se transformaría en una pesadilla paranoide. Si un piloto de avión se emborracha el día anterior a su vuelo, si un granjero usa aguas servidas para cultivar, si quien debió respetar la luz roja de un semáforo pasa desahogado al medio día, todo sería un desastre. No obstante, esto no acontece por dos evidencias psicosociales que se han venido fraguando en el devenir histórico de la modernidad. La *razón de certeza* que es un elemento social hegemónico, lo cual quiere decir que existe una confianza en el orden y la vigilancia como ejes de lo social. Por esto, a pesar de que existen “crisis de certeza”, la vuelta al orden es casi un hecho inexorable. De hecho, en la actualidad ese orden es aún más invencible pues actúa en consonancia con la hegemonía del mercado luego de la caída de los socialismos reales. Así, el llamado lacónico al “fin de la historia” de Fukuyama parece una condena de muerte a las utopía sin retorno en el mundo de hoy.

Luego, tenemos el *discurso de la razonabilidad social*. De acuerdo a esto, ocurre una dictadura del silogismo para medir la vida social. Por supuesto, esto parece semántico cuando vemos que estamos rodeados de actos irracionales: un político que pide pena de muerte para los ladrones y violadores, los justificativos de estos políticos respecto de su corrupción o la pobreza del debate político donde se descalifica

al contrincante y no se discuten ideas ni proyectos. No obstante, me refiero al convencimiento de la gente respecto de que, incluso estas aberraciones sociales y políticas, son parte de la racionalidad. El punto es que todo se justifica como razonable aunque no lo sea, por tanto, lo importante es la calidad discursiva de lo razonable y no la “recta” forma de proceder de los seres humanos. Žižek parece explicarlo de mejor manera en la medida en que dichos justificativos surgen de una “matriz generativa que regula la relación entre lo visible y lo no invisible, entre lo imaginable y lo no imaginable”. Esa cualidad psicoanalítica de la razonabilidad viste de un ropaje de verdad a la pobreza social y ética de nuestras sociedades. En términos de democracia, nos encontramos lejos de las olas democráticas advertidas por Huntington, y nos enfrentamos, más bien, a un reflujó de aguas que anuncia en su lugar un tsunami civilizatorio.

En este contexto, uno de los pilares de este régimen moderno es el Derecho moderno, el cual ha sido presentado como un producto terminado, fruto de la razón. Pero no es cualquier mojón demarcatorio de los actos humanos, sino el eje vertebrador de toda la vida moderna, pues casi no hay hecho social que no tenga una significación jurídica. En consecuencia, la certidumbre social, en gran medida, tiene que ver con la certidumbre del derecho en la vida social. Sin embargo, esta certidumbre es relativa. Sino miremos la cantidad de fisuras que a diario presentan las cuestiones jurídicas: el heredero que es despojado de sus bienes por no cumplir con las formas, el trabajador que debe aceptar las condiciones del empleador en un tiempo de más de cinco años, el familiar de alguien que fue asesinado, pero cuyo caso se archiva porque el Estado no tiene adecuados mecanismos de investigación del delito. Pero además ocurre algo más grave, tal como lo establece Cárcova, el Derecho no es un cuerpo visible con nitidez para los ciudadanos. En sus palabras, el Derecho “es opaco”, por lo que aquella máxima de que el Derecho se presume conocido por todos del Derecho Civil resulta realmente insultante.

¿Sin embargo, qué mantiene la validez jurídica del Derecho moderno y qué hace que obligue? Ha habido muchos intentos por solucionar esta interrogante, pero se han impuesto las teorías formalistas que se expresan en el hallazgo supuestamente científico de Kelsen, de que di-

cha validez y obligatoriedad están aseguradas por el procedimiento de formación de las normas y la legalidad de la autoridad que lo realiza. Tal legitimidad estaría refrendada por una norma fundamental o de origen, la cual simplemente fue decidida por autoridades legitimadas. Esta solución es genial por su simplicidad, pero asusta por su cinismo y circularidad. Al otro extremo, Marx afirmaba que el Derecho no es sino un instrumento al servicio de la dominación de una clases sobre otra, y que formaba parte de una superestructura que devendría en inútil una vez que el proletariado se apropiara de las condiciones reales de poder (infraestructura).

Tal como se puede ver, esta respuesta invoca el realismo político, pero le suma al fenómeno jurídico un determinismo paralizante o lo politiza hasta el paroxismo totalitario. En el medio, varias teorías dan cuenta de otras posibilidades entre muchas: que existe un imperativo moral en los seres humanos para obedecer, que hay mandatos anteriores al ser humano (Kant) y toda organización política, que son las condiciones sociales las que prefiguran las normas (Durkheim) o que su cumplimiento responde a la necesidad de supervivencia (Comte) y a la organización racional humana (Weber y Hegel).

A pesar de los esfuerzos teóricos rápidamente descritos todas son explicaciones internas sobre la obligatoriedad del Derecho y todas, de alguna manera, caen en lo formal o en una materialidad decisionista y casi schmittiana que desdibuja el Derecho. Asumir así el análisis cuenta como un esfuerzo por naturalizar el derecho y no para ver su utilidad, pues de acuerdo a lo descrito, el Derecho es un sistema cerrado y autorreferente, en palabras de Lhumann, “autopoyético” (que se da origen a sí mismo). Ese onanismo de las teorías tradicionales cubre al Derecho con un manto de invisibilidad como el de Harry Potter, impidiendo que podamos ver sus formas externas, su utilidad social y su potencial emancipatorio-civilizadorio.

Fue en este contexto en el que apareció en septiembre de 1986 la obra de Pierre Bourdieu que, como parte de un curso sobre el L'État en el Collège de France en 1991, se tituló “La forcé du droit. Eléments pour une sociologie du champ juridique”. Este trabajo se editó dentro del volumen 64 de la revista “Actes de Recherches en Sciences Sociales” que tomó el título general de “De quel droit?”. Esta revista había

sido fundada por Bourdieu en 1975 con un grupo de investigadores del Centro de Sociología Europea.

La primera edición sistemática en lengua española de este trabajo se realizó dentro de un compendio que se tituló “Poder, Derecho y Clases Sociales” que compiló varios artículos de Bourdieu por parte de la editorial Desclée de Brouwer de Bilbao (España) en dos ediciones en 2000 y en 2001 y que fueron dirigidas por Andrés García Inda.

Por último, la editorial Siglo del Hombre Editores y la Universidad de los Andes de Bogotá en 2002 publicaron en Colombia “La Fuerza del Derecho”, donde se recogen dos trabajos que critican racionalidad clásica del Derecho. Por una parte, Gunther Teubner y por la otra, Pierre Bourdieu con un trabajo titulado “Elementos para una Sociología del Campo Jurídico”.

El libro contiene un estudio preliminar de Carlos Morales De Setién Ravina. El texto de Teubner busca explicar el Derecho desde la teoría de sistemas (Luhmann), donde el Derecho es un sistema autorreferente y cerrado, y donde el ser humano no participa de esta dinámica; mientras, que Bourdieu requiere un análisis desde la aplicación de campo jurídico, de tal manera que dentro de él existen reglas para el ingreso, mantenimiento y salida de acuerdo a la capacidad de los actores políticos de acumular capital simbólico y construir desde allí la hegemonía. En ambas opciones teóricas, el Derecho obliga por ser un sistema de relaciones internas de racionalidad o porque existe un *habitus* particular que se construye dentro del campo político que delimita las interacciones de reglas de la lucha por la hegemonía. En ambos casos la fuerza del Derecho sigue siendo un problema externo.

A pesar de la lucidez de estas explicaciones, quedaron algunas interrogantes que resolver. ¿Cuál es el mecanismo que se mueve dentro del Derecho para dotar de fuerza a sus efectos sobre los ciudadanos?, ¿puede la violencia natural del derecho usarse para algo más que para la dominación?, ¿tiene esa violencia usos emancipatorios o civilizatorios? Para responder a esto, necesitamos realizar un análisis interno al Derecho.

La obra de Andreas Fischer-Lescano parece ser un puente para avanzar en este anhelo.

II

La fuerza del Derecho y la fuerza en el Derecho

Fischer-Lescano nos muestra un Derecho encapsulado por las normas y la racionalidad plana y casi mítica del Derecho. El autor en su análisis demuestra la insuficiencia de la explicación racionalista-normativa del Derecho a partir de la lógica tradicional de la cosa juzgada. Al parecer, la violencia del Derecho es sofocada por la fría racionalidad normativa, la cual tiene como justificativo la necesidad de presentar los conflictos sociales como soluciones simplemente jurídicas, sin que importe el debate sobre si son justas o socialmente útiles. El Derecho se presenta como el discurso de la “no violencia”. Lo espectral es que nada justifica esta naturaleza, sino su propia existencia. Casi como que el Derecho en sí mismo fuera una garantía de no violencia. Pero eso no logra sofocar la violencia natural del Derecho, sólo muestra una fachada no violenta que oculta su posible malignidad.

Un ejemplo de esto lo podemos ver en el uso del poder punitivo. Uno de los avances de la modernidad de la mano de Hegel y Feuerbach es la idea del monopolio de la fuerza por parte del Estado. Antes de esto, la aplicación de las penas y la coerción directa a los trasgresores del orden estaban privatizados y se hacía, ya sea por una corporación social como la Iglesia o directamente por varios grupos organizados. A aquello se le ha llamado justicia inquisitiva que operó formalmente en América Latina hasta los años noventa y que se mantiene aún en los patrones culturales de juzgamiento penal en la Región.

Este monopolio, sin embargo, no supone una eliminación de la violencia, sino sólo su racionalización, que quiere decir que se aplica de acuerdo a reglas socialmente conocidas. Pero esta violencia no deja de ser tal para una parte enorme de la población cuando se criminaliza a los más pobres, a los extranjeros, a las mujeres o a todo aquel que sea socialmente diferente. Esto quiere decir, que tampoco logró racionalizarse, sino que se volvió selectiva y discreta. La violencia del Derecho muestra su rostro sólo a los descalzos y sin oportunidades, y lo esconde, incluso, para quienes se benefician de este orden injusto en su moral en nombre de la seguridad, civilización y valores familiares.

Fischer-Lescano propone un enfoque innovador a la clásica sobre “la fuerza del Derecho” que ya se comentó líneas atrás. Busca explicar nuestro autor “la fuerza en el Derecho”, es decir en las relaciones internas que contienen la violencia natural del Derecho y evidencia su potencial emancipatorio y contrahegemónico. Así, el trabajo del autor descubre que las relaciones derecho-racionalidad y no racionalidad, y violencia-no violencia del derecho moderno esconde un origen realmente mítico, y propone el horizonte ideal tomado de Walter Benjamin: promover una “cultura del corazón” que genere un consenso sobre la violencia para transformar el Derecho, puesto que no es posible superar el derecho con su propia clausura. Una construcción social del Derecho más democrática necesita un nuevo consenso y eso se lograría con el uso instrumental del derecho para los cambios sociales, lo cual haría de éste una tribuna de disputa por la hegemonía al igual que las calles y la resistencia política histórica en todas sus formas.

El mensaje importante del autor es que la potencia del Derecho no está solamente en su instrumentación política posterior, sino además en su propio contenido liberador. Si bien es cierto esta obra fue escrita para el contexto europeo, tiene un enorme valor para la reflexión universal y para la instrumentación de sus ideas hacia la emancipación social y la liberación de los pueblos excluidos en América Latina.

III

Breve reseña del autor

Andreas Fischer-Lescano estudió Derecho y filosofía de 1994 a 1999 en la Universidad de Tübingen, la Universidad de Göttingen, la Pontificia Universidad de Comillas en Madrid y la Universidad de Frankfurt am Main. Después de haber aprobado el primer examen de ley estatal en 1999, completó su pasantía legal en Frankfurt am Main y en São Paulo y fue miembro de la firma de abogados Hengeler Mueller. En 2004 fue galardonado con un grado suma cum laude por la Universidad de Frankfurt am Main.

De 2001 a 2004, Fischer-Lescano trabajó como investigador asociado en los profesores Michael Bothe y Thomas Vesting en la Universi-

dad de Frankfurt. En 2002 y 2003 estudió en el Instituto Universitario Europeo de Florencia, donde obtuvo una maestría en derecho. De 2003 a 2004, fue también investigador asociado al proyecto en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional en Heidelberg. Desde 2004 hasta 2006, fue investigador asociado en el Instituto de Derecho Comercial de la Universidad Goethe de Frankfurt am Main con Gunther Teubner y miembro de la Fundación Hessian para la Investigación de la Paz y los Conflictos (HSFK). En 2006 fue parte del Consejo Académico en la Universidad de Frankfurt. En 2007 obtuvo la habilitación y la concesión de los permisos de enseñanza para el derecho público, el derecho europeo, el derecho internacional y la teoría jurídica.

En 2008 ocupó una cátedra sustituta de derecho público en la Universidad de Bielefeld y en el siguiente semestre de verano, profesor suplente de derecho público, derecho europeo y derecho internacional en la Universidad de Bremen. Desde esa época es profesor titular en la Universidad de Bremen y Director Ejecutivo del Centro de Política Jurídica Europea de la Universidad de Bremen (ZERP). Desde 2015 preside el comité de doctorado del departamento. Fischer-Lescano fue uno de los miembros fundadores del *think tank* político Institut Solidarische Moderne (ISM) y pertenece a la Asociación de Profesores de Derecho del Estado de Alemania. Al mismo tiempo, también participa como profesor de enlace de la Fundación Friedrich Ebert y es coeditor de *Critical Justice*, *Journal of Aliens Law and Foreigners Policy*.

Al mismo tiempo, Fischer-Lescano es un activista, lo cual lo llevó en febrero de 2011 a acusar al Ministro de Defensa Karl-Theodor Guttenberg de plagiar su tesis doctoral, quien se vio obligado a renunciar el 1 de marzo de 2011; y, finalmente apoyó las reclamaciones de reparación de Grecia contra Alemania en 2015 por una deuda de 1942, las cuales estaban perfectamente justificadas desde la perspectiva del derecho internacional.

Con estos antecedentes, quiero presentar este libro en nombre de la Editorial El Siglo. Este importante libro inaugura la colección “Pensamiento Jurídico Popular”, y que creo que marca la senda de los libros futuros en su carácter crítico y socialmente útil. Nuestra Editorial tiene el honor de contar con este valioso libro, cuya primera versión en

español ponemos al alcance de todos los países de habla hispana. Su traducción fue realizada por un alumno de Fischer-Lescano, quien además forma parte de nuestra editorial: Alex Valle. La importancia de esto es la posibilidad de comunicar a comunidades académicas antes separadas por las barreras idiomáticas y culturales, y compartir ideas para que otro mundo desde el derecho sea posible. “Habent sua fata libelli”: todo libro tiene su propio destino.

Luis Fernando Ávila Linzán
Gerente General
Editorial El Siglo

Prólogo

Uno de los conceptos más discutidos en la teoría jurídica y en la sociología del derecho ha sido el del racionalismo jurídico, dado que este se concentra en el mundo de lo ininteligible (nomos/normas) y no en el mundo de lo sensible (sentimientos). El exacerbado racionalismo jurídico ha conducido a que el Derecho sea usado como contingente, lo cual impide en virtud de su propia forma dominante/universal, dar respuestas a los conflictos sociales que hoy en día se presentan. Textos como el de Pierre Bourdieu y Gunther Teubner sobre la “Fuerza del Derecho” han dado ciertos elementos para entender de forma reflexiva los contenidos materiales del Derecho en la actualidad. Sin embargo, no analizan de forma precisa el fundamento y los orígenes de la fuerza material de ese Derecho o de sus fuerzas externas, ni tampoco se piensa en ese Derecho como una fuerza emancipadora. Es por eso, que toma mucha importancia el libro “La fuerza del Derecho” del autor Andreas Fischer-Lescano¹ que originalmente fue publicado en Alemán en el 2013, posteriormente en portugués en el 2017, y que ahora es traducido al español en la presente obra de editorial El Siglo. El autor en su libro promueve el pensamiento crítico relativo a las condiciones sistémicas de los marcos normativos vigentes en la sociedad mundial. Fischer-Lescano busca romper con la hegemónica forma de pensar el

1. Andreas Fischer-Lescano, es profesor de Derecho Internacional Público de la facultad de jurisprudencia de la Universidad de Bremen-Alemania. Es director del centro de estudios políticos-jurídicos europeos ZERP.

Derecho, únicamente desde la racionalidad normativa, e incluye en la reflexión términos como: “fuerza/violencia”, “sentimientos”, “crítica”, “estética”, “singularidad”, “totalidad”, “fuerza humana”, “fuerza social”, “emancipación”, entre otros.

Una discusión teórica, apasionante y controvertida se encuentra en el momento en que el autor discurre como el Derecho gana su fuerza de ley, su vigencia, y su fuerza de cosa juzgada, a tal punto de que esta cosa juzgada, puede prevalecer en caso de injustos promulgados a través de sentencias válidas en el mundo jurídico. Por otra parte, se discute la teoría del Derecho no solo desde el punto de vista normativo sino desde su ambiente social y humano, es decir desde un campo de fuerza plural, en el que se generan colisiones y fricciones que no siempre se resuelven desde el positivismo normativo. En ese sentido, el autor señala que para un derecho mundial hegemónico puede existir un derecho contra hegemónico, que para un derecho que oprime puede construirse un derecho que libera, que para aquellas fuerzas que canibalizan el Derecho desde arriba se constituyen otras fuerzas desde un constitucionalismo desde abajo, que para aquellas fuerzas que oprimen también existen fuerzas que generan un Derecho de los oprimidos. Así, el autor nos da la posibilidad de trascender a través del derecho mimético como una herramienta subversiva de realización de la justicia que permite pensar en un porvenir más justo. Las intrincadas relaciones del Derecho y su fuerza son pensadas desde el ámbito filosófico, la teoría del derecho, la teoría crítica, la filosofía de la estética, la crítica del juicio, el análisis de la tragedia, la sociología jurídica y los sistemas sociales, es por eso que la obra en algunos párrafos se vuelve un poco abstracta, no obstante, no deja de atraer al lector precisamente por la agudeza del análisis y la precisión de la terminología utilizada.


A pesar de ser un libro no muy extenso, este se caracteriza por la densidad, amplitud y alta abstracción teórica que muestran un Derecho mucho más humano, mucho más sensible, desde un análisis de su propia tragedia por medio de la estética sociológica muy bien utilizada. Aquí se incluye un análisis de la teoría crítica de las sociedades y de su relación con el Derecho, para ello se apoya en autores como Adorno, Benjamin, Derrida, y Luhmann, para finalmente terminar el debate con Menke sobre las formas de pensar una teoría crítica acerca del

Derecho como una posibilidad de trascendencia del Derecho como una utopía que plantea la necesidad de la emancipación humana, para ello el autor plantea más que una reflexión de tipo Kantiana sobre la racionalidad. El autor afirma que la teoría y la filosofía del derecho deben ser capaces de desarrollar esquemas argumentativos que este fuera del típico *logos* socrático occidental. Es decir, que se plantea una salida al discurso occidental del racionalismo puro con la cual se han desarrollado muchas bases teóricas del siglo XX, que han permitido justificar la violencia estatal y la implantación de un *modus operandi* conformado por fuerzas racionales desde diferentes dimensiones, siendo esta racionalidad cartesiana la que ha excluido del Derecho el mundo de lo sensible. Es por eso que plantea el autor con gran decisión, la inclusión de la estética en el mundo del Derecho, para que este se desarrolle con sensibilidad-humanidad. Con este debate, el discurso provocador del autor pone en tela de juicio al derecho tradicional y su discurso hegemónico-racionalista. Sin duda esta obra es de obligada lectura para todos quienes transitan por la vereda de la crítica jurídica y quieren trascender de profanos del Derecho a juristas entendidos y reflexivos.

El presente libro ha sido traducido por un ex-alumno de doctorado del autor en la Universidad de Bremen-Alemania, a quien se le ha encomendado la responsabilidad y el honor de realizar el presente prólogo. Para conseguir este propósito, también me apoyé en la versión del libro en portugués realizada por los profesores Pedro Henrique Ribeiro y Mauricio Palma, pues la complejidad y abstracción de la obra original así lo exigieron. La numeración de las notas originales fue mantenida conforme consta en la obra en alemán, pero adicionalmente he considerado valioso y pertinente incluir las notas aclaratorias y explicativas que los traductores Ribeiro y Palma han realizado en portugués y que han sido señaladas con el signo * o con NT. Esta aclaración la debo hacer por honestidad académica con los colegas que han realizado esta importante contribución.

Anhelo que con la presentación de la obra se reflejen las ideas principales del autor, y que con éstas, se genere un profundo interés del lector por descubrir más del trabajo del profesor Andreas Fischer-Lescano, y sobre todo se despierte el espíritu reflexivo y crítico que todo gran jurista tiene dentro, para desarrollar mecanismo de contrapoder

y contrahegemónicos que nos permitan vivir en un mundo más justo y con un Derecho más humano y menos racionalista.



CAPÍTULO I

**Derecho — Fuerza del Derecho
(Rechts — Kraft — Recht): Seis Tesis**

Las leyes y los contratos, una vez que entran en vigor tienen fuerza normativa; los actos administrativos son vinculantes y forzosamente ejecutados conforme los términos legales; las decisiones judiciales procesadas en los juzgados causan efecto de cosa juzgada definitiva de carácter material y formal.^{NT}

Aunque esta fuerza es omnipresente en el derecho, no hay una reflexión sobre la fuerza en su interior. En general, la fuerza del derecho (Rechtskraft) es tematizada sólo en un sentido técnico y restringido en la forma de *res iudicata* (es decir, como cosa juzgada), el instituto de la cosa juzgada (Rechtskraft) presupone la irrecurribilidad de sentencias judiciales y se diferencia en dos dimensiones, una material y una formal.

Esta figura dogmática de la fuerza del derecho como cosa juzgada (Rechtskraft) unifica las normas que estipulan la extensión de los efectos vinculantes (temporal, material y personal) de las decisiones judiciales; y, en ese sentido, revela fantasías jurídicas de omnipotencia.

Friedrich Savigny, por ejemplo, escribe que “el instituto de la cosa juzgada (Rechtskraft) se destina a asegurar la eficacia futura del

NT En el texto original, el autor establece las referencias relativas a fuentes y lenguaje jurídico alemán al final de la obra. El término relativo a la palabra Kraft, literalmente es traducido como “fuerza”; sin embargo, su alcance pleno no es posible reproducirlo en castellano. “Gesetze und Verträge treten in Kraft. Verwaltungsakte werden bestands-künftig, gerichtliche Urteile erwachsen in formelle und materielle Rechts-Kraft”. En alemán, la expresión “entrar en vigor” corresponde a in Kraft treten, y la atribución de la calidad bestands-künftig, en actos administrativos significa que se vuelven imperativos y ejecutables. La mayor dificultad reside en el

contenido de las sentencias”.¹ La fuerza del derecho (Rechtskraft) se convierte así, en el signo fantasmagórico que garantiza la eternidad de sus decisiones.

El derecho muestra una doctrina de infalibilidad que es análoga a un dogma religioso; sin embargo, ha desarrollado una noción de sus fundamentos *no racionales*. Este punto ciego aparece de manera contundente en Adolf Merkl, que, dentro de la tradición de la Escuela de Viena de la Teoría Pura del Derecho, ofreció un extenso estudio sobre la fuerza de cosa juzgada (Rechtskraft). Para el autor, “la fuerza” es una característica del derecho y de la validez jurídica específicamente”.²

1. La *vis formae* (la fuerza de la forma) como Pierre Bourdieu ha denominado a la energía generadora del campo de fuerza jurídico, permanece sin tematizar. El derecho no refleja, por lo tanto, la manera en que las leyes y los contratos entran en vigor (In-Kraft-Setzung) y adquieren su fuerza de ley (Gesetzes-Kraft); cómo se genera la ejecución forzosa de los actos administrativos, la fuerza del derecho en las decisiones judiciales (gerichtliche Rechts-Kraft). El derecho desconoce, así, que la fuerza humana funda y limita la fuerza social del derecho.³
2. Las teorías sociológicas del derecho que comprenden el concepto de fuerza como concepto de eficacia (Wirkung) desarrollan apenas la noción del ejercicio de la fuerza. Aun estas, no van más allá de las atribuciones epifenoménicas de causalidad. En ese caso, la fuerza normativa es opuesta como fuerza contrafactual de la “fuerza nor-

término Rechts-Kraft o Rechtskraft-, que agrupa las palabras “Derecho” y “fuerza” y que, en alemán, puede poseer tanto un sentido amplio para expresar obligatoriedad, coercitividad y ejecutoriedad jurídica, y un sentido específico para designar al instituto de la cosa juzgada, que será objeto de análisis del autor específicamente en las próximas líneas. También se puede entender como adquirir “fuerza de ley” o carácter de “Derecho en vigor”. Además, el libro refleja el alcance de Rechtskraft como “fuerza”, “energía”, “impulso”; o también como “fuerza del Derecho” o “fuerza de Derecho” en comparación con la fuerza de la estética, emociones, psique, otros sistemas sociales, etc.

1. Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, p. 300.
2. Merkl, *Rechtskraft*, p. 171 y ss; ver, también, sobre la cosa juzgada como vigencia, p. 12 y, sobre dogma de la infalibilidad, p. 297.
3. Bourdieu, “The Force of Law”, p. 848.

mativa de los hechos”⁴ y definida como la “capacidad de una norma para generar efectos”⁵. Tal perspectiva, que combina facticidad y validez, aparece tanto en Jürgen Habermas, cuando describe la “fuerza fáctica contrafactual”, como en Herrmann Heller, que define el efecto del derecho como “fuerza normalizadora de la normativa”⁶. En ambos modelos, la fuerza sigue siendo externa al derecho. Para ellos, la pregunta acerca de la fuerza jurídica se presenta meramente como una pregunta sobre la relación entre lo jurídico y lo no jurídico, es decir, como un problema de influencia del derecho en un espacio más allá del derecho. Se abre, con ello, un amplio campo para investigaciones empíricas sobre la observancia de las normas y para investigaciones que, en el marco de la tradición de Judith Butler, examinan profundamente los efectos dañinos de una “fuerza corporal del lenguaje” en las relaciones limítrofes entre lenguaje del derecho y los cuerpos.⁷ En tales investigaciones, la fuerza no es, por lo tanto, inmanente al derecho, pero emana del derecho a la sociedad.

3. Aunque las teorías que conciben el derecho como expresión de relaciones de fuerzas sociales investigan la relación entre tales fuerzas y un derecho relacional autónomo, éstas han desarrollado un agudo sensor para percibir el juego de las respectivas fuerzas y han convocado a la lucha por el derecho,⁸ pero no han avanzado mucho en lo que se refiere al reconocimiento de los centros de fuerza del propio derecho. Las teorías jurídicas realistas y críticas, y el análisis de las relaciones limítrofes entre derecho y ambiente y el de la co-evolución entre el derecho y otros subsistemas sociales funcionales, de hecho, abordaron de modo preciso el tema de la integración social del derecho. Sin embargo, el desencaje del derecho objetivo y la revelación de sus condicionantes económicos,

4. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, p. 337. La misma formulación se encuentra también en Carl Schmitt, “Das Problem der Legalität”, p. 446.

5. Müller-Mall, “Normative Kräfte”, p. 19.

6. Habermas, *Der philosophische Diskurs der Moderne*, p. 242; Heller, *Staatslehre*, p. 253 y ss.

7. Gehring, “Über die Körperkraft von Sprache”, pássim.

8. Ver Jhering, *Der Kampf um’s Recht*, pássim; Fish, „Force“, pássim.

políticos, racistas, sexistas, policéntricamente diferenciados, etc., que resultan de las relaciones entre las fuerzas sociales, permanecen estancados al lado de la descripción de los factores sociales que, obviamente, siempre ejercerán su fuerza sobre el derecho. Con ello, estos enfoques consideran la fuerza en el derecho apenas como fuerza social que tienen efecto sobre el derecho.

4. Al derecho le falta sensibilidad con relación “a aquella fuerza activa, que determina que todas las leyes y disposiciones jurídicas vigentes en el país no puedan ser diversas de lo que realmente son”⁹. Lo que constituye una fuerza, que Ferdinand Lassalle comparó con la “fuerza de gravedad del sol”¹⁰, es decir, ¿cómo ésta se vuelve válida en el derecho? y en él es traducida, aparece de manera insuficiente en análisis crítico-social. Para que el derecho sea capaz de diferenciar normativamente la “fuerza en el derecho”¹¹ de la “fuerza externa al derecho”, éste necesita encontrar un fundamento normativo que, en palabras de Rudolf Wiethölter, establezca “la fuerza de validez del derecho por el derecho”¹². Las teorías jurídicas económicas, políticas, científicas, religiosas y biológicas fracasan en determinar los centros de fuerza de la sociedad, pues no desarrollan un sensor para percibir la fuerza de derecho. Ellas se someten sólo superficialmente a la relación entre la fuerza jurídica y la humana, pues conciben el derecho como un “otro” de la fuerza (ein Anderes) –algo que se encuentra al otro lado de ella–. La fuerza, por lo tanto, es parte del derecho; y está en el derecho. Para el Digesto, ambas se aplican conjuntamente en la fórmula *vis ac potestas*: “Conocer las leyes no significa atenerse a sus palabras, sino a su fuerza y capacidad”.* El derecho, sin embargo, tornó esta referencia de fuerza en un tabú. La arrastró, como el postulado

9. Lassalle, *Über Verfassungswesen*, p. 15.

10. *Ibid.*, p. 14.

11. Sobre este tema, Metternich cita la (“*recta tueri*”), por la cual trató de legitimar la existencia de su voluntad de conservación, ver al autor en “*Mein politisches Testament*”, p. 639.

12. Wiethölter, “*Kirchmann*”, p. 52.

* “*Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*” (D. 1. 3. 17 - Celsus).

de Jacques Derrida en su crítica al estructuralismo, “bajo la forma del silencio”¹³ y transformó el *vis ac potestas* en una fórmula vacía y completamente instrumental de sentido y finalidad.¹⁴ El *vis ac potestas* pierde, así, su fuerza y se reduce a un medio de transmisión de sentido, que debe posibilitar la representación de las intenciones (como quiere que sean organizadas) de los sujetos de derecho-sujetos, además, generadores de derecho. Como en la filosofía moral clásica, el derecho se entiende a la luz del sujeto. Por lo tanto, este se mueve en un juego recíproco entre razón y sentimiento, guiado, sin embargo, sólo por el lado de la razón, o mejor, de la racionalidad de las relaciones sociales. El Derecho no posee ojos para el otro de la razón; para lo que se encuentra al otro lado de ella. El no mantiene correspondencia con manifestaciones de fuerza, con sentimientos, energías, instintos o cualquier tipo de carencia de la vida humana. El opera normativamente cerrado y cognitivamente abierto; se cierra para las emotividades. Hasta hoy el Derecho se define como personificación de la racionalidad, de la razón y de la objetividad.¹⁵ Con todo, el Derecho no se agota con la no violencia en la interacción de los sujetos de derecho que se reconocen mutuamente como iguales. El Derecho constituye los sujetos de derecho que lo constituyen. Al principio, se observa una tautología: “la firma la crea el firmante”¹⁶ el sujeto de derecho crea el derecho. Este acto fundador místico del Derecho es el resultado del desdoblamiento de la fuerza.

Tal desdoblamiento parte de hombres de carne y sangre, no de sujetos de derecho. Se manifiesta en la forma de interacciones, que no son sólo acciones conscientes, sino también actos inconscientes. El Derecho necesita desarrollar un sensor para percibir el grito que expresa el dolor, “el llanto en el tribunal”^{*} que transmite el

13. Derrida, “Kraft und Bedeutung”, p. 47.

14. Ver la crítica formulada por Fögen, *Das Lied von Gesetz*, p. 83.

15. Ver Buckel & König, “Die Desymbolisierung des politischen Körpers”, p. 217-287.

16. Derrida, “Otobiographien”, p.14.

* “En el Derecho, no hay seguridad para los cuerpos y para la naturaleza material, su eco, sin embargo, puede ser escuchado. En Gunther Teubner, esto puede ser constatado cuando él habla sobre el ‘grito’ jurídicamente sentido; en Christoph

sufrimiento. Necesita comprender el instinto inconsciente y los sentimientos como el miedo, la codicia y la venganza como formas de expresión de la fuerza y, por consiguiente, partes de sí misma. También para el Derecho se aplica lo que Christoph Menke formuló sobre el arte: la relación jurídica es una relación de transferencia de fuerzas. En el Derecho, se desarrolla una fuerza “que conduce al sujeto hacia fuera de sí y, de la misma manera, retorna tras de sí y va más allá de sí, una fuerza que es, por lo tanto, inconsciente”.¹⁷

5. Es necesaria una comprensión del Derecho, capaz de reflejar las relaciones de reciprocidad entre racionalidad y no racionalidad, razón y sentimiento, poder y fuerza. Sólo así se puede pensar en un Derecho que sea humano. El humano es la unidad de la diferencia entre sistema de conciencia y cuerpo, capacidad (Vermögen) y vida, autoconciencia y actividad inconsciente, acción y forma lúdica. Esta unidad, con todo, nunca fue llevada a consideración por el Derecho, cuya teoría de la validez se estancó unilateralmente en torno a la idea de razón y de convicción normativa, generada por el proceso social comunicativo, además de excluir el ámbito de lo no racional. A pesar de ello, las teorías racionales del Derecho no pueden ocultar la vacancia de la fuerza: la historia nos ha enseñado una lección sobre el “modelo jurídico del tribunal de la razón”.¹⁸

Las teorías del derecho pretendieron concebir la fuerza del Derecho (Rechtskraft) equivocadamente como fundamento de validez vinculado a todos los puntos de referencia externos posibles: las hipótesis de Kelsen y Merkl sobre la norma fundamental la relegaron a la ciencia y comprendieron el Derecho como teoría del conocimiento; las doctrinas del derecho racional buscan el derecho de la razón; el concepto de derecho moral se externaliza en la moral; las teorías iusnaturalistas, en la naturaleza; el concepto de derecho

* Menke, cuando se refiere a los gritos de dolor de Filóctetes. Benjamin escucha la denuncia de la naturaleza. Luhmann reconoce el potencial de producción de ruidos de las protestas en la periferia del sistema jurídico. Esto también sería una oportunidad para oír el lamento en el tribunal. Después de esos ecos, la distancia ya no sería posible” (Hensel, “Klangpotentiale”, p. 92 y ss).

17. Menke, *Die Kraft der Kunst*, p. 12.

18. Wiethölter, “Ist unserem Recht der Prozeß zu machen?”, p. 812.

religioso, en la religión, y el concepto de derecho intersubjetivo, en la convicción compartida por los sujetos racionales. Ninguna de estas teorías comprende la fuerza en el derecho. La no racionalidad (Arationalität) es parte del Derecho como energía, emoción e instinto. Así como el mercado (social) personifica la fuerza de trabajo (individual), la fuerza (individual) también es transportada hacia el derecho por medio de una abstracción real.

La fuerza del Derecho no es absorbida por la validez jurídica. Por eso, la formulación del concepto de derecho legítimo exclusivamente a partir de la razón y del sujeto es insuficiente, y la modalidad de desdoblamiento de la fuerza se entiende como el hecho de que “el Derecho puede transformar la fuerza frágil de convicciones intersubjetivamente compartidas y constituidas sin coerciones en un poder socio-integrativo, capaz de subyugar la violencia en cualquiera de las máscaras que ella pueda asumir”.¹⁹ Este movimiento que va de la fuerza a la subyugación de la violencia por el poder, se basa en falsos puntos de partida, a saber, la intersubjetividad y el consenso de sujetos. La fuerza ilocutiva, que Habermas desarrolla como fuerza comunicativa desde Austin y Frege, permanece subjetivista, desconoce las relaciones recíprocas de constitución de fuerzas humanas y sociales (ya central para el modelo durkheimiano de instituciones sociales)²⁰ y, en lugar de situarla en la transformación total de la fuerza, la localiza en los fundamentos racionales de los discursos intersubjetivos.

La fuerza socializable no parte, en el entramado del sujeto, sino de los seres humanos. La normativa jurídica no nace de la convicción racional, sino de la simultaneidad entre racionalidad e irracionalidad del derecho, La fuerza no se expresa en el consenso de la razón, sino en el disenso de corazones.²¹ Sólo la inclusión de lo no racional abre los ojos a “las formas de interacción que se mueven contra el consenso social del inconsciente”.²² Para que el Derecho

19. Habermas, “*Faktizität und Geltung*”, p. 471.

20. Durkheim, *Die elementaren Formen des religiösen Lebens*, p. 304.

21. En ese sentido, ver Opitz, “*Eigensinn der (R)Evolution?*”, p. 283-292.

22. Lorenzer, *Die Sprache, der Sinn, das Unbewusste*, p. 157.

pueda abarcar la vida, no le es permitido ser reducido a una unión de relaciones intersubjetivas. Como sistema social, él necesita tematizar lo social en lo social, lo no racional en la racionalidad jurídica. El Derecho es racionalidad no racional (arationale/Rationalität) y una no racionalidad (rationale/Arationalität) racional. La no racionalidad (Arationalität) del derecho es más que sólo lo irracional opuesto a la racionalidad jurídica. Es el *unmarked space* de la racionalidad jurídica: el “otro” del derecho.

6. Por consiguiente, es necesario reconocer la “fuerza o instinto de justicia”²³ como la fuerza normativa del Derecho en la contingencia²⁴ y concebirla como presupuesto de la fuerza del Derecho. Solamente un Derecho que se comprende como unidad de la diferencia entre fuerza y validez jurídicas y como presupuesto constitutivo de sí mismo puede perfeccionar un sensor adecuado para percibir las fuerzas humanas y sociales.

El Derecho debe sensibilizarse para las situaciones en que la fuerza jurídica se transforma en violencia, en la que él mismo subyuga a las fuerzas humanas y obstaculiza violentamente su desenvolvimiento. Como denuncia Friedrich Schiller en la obra *Los Bandidos*, “el derecho vive en aquellos que subyugan [los otros], y los límites de nuestra fuerza son nuestras leyes”.²⁵ Para que el Derecho pueda reconocer el papel de la forma jurídica en el proceso de subyugación de tal fuerza, éste debe reflexionar sobre la relación entre fuerza del Derecho y fuerza humana.

Sólo así el Derecho podrá oponerse a las violencias que, en su nombre, “arruinaron a pasos de caracol lo que habría sido el vuelo del águila”.²⁶ El derecho debe comportarse responsablemente en relación a la fuerza para poder entender y modificar el mecanismo por el cual la reprime. Sólo si libera las fuerzas normativas y se asienta sobre ellas, la fuerza del derecho tendrá una oportunidad. Esta posibilidad puede surgir sólo de un Derecho que no subyugue la

23. Menke, “Subjektive Rechte”, p. 106.

24. Ver Bonacker, *Die normative Kraft der Kontingenz*, pássim.

25. Schiller, *Die Räuber*, Primer Acto, Primera Escena, p. 500.

26. Schiller, *Die Räuber*, Primer Acto, Segunda Escena, p. 504.

fuerza, sino que posibilite su desenvolvimiento. Esto presupone un derecho de la fuerza, un derecho a la fuerza. El derecho de exigir judicialmente derechos al desarrollo de fuerzas naturales, humanas y sociales es el supuesto del derecho. El derecho fundamental a la fuerza asegura el fundamento del propio derecho.



CAPÍTULO II

La Tragedia del Derecho

1. Razón y violencia del Derecho

“¿Deben existir la razón y la violencia?”.¹ Razón y violencia son los dos polos entre los cuales las teorías tradicionales acerca de la fuerza de la cosa juzgada (*Rechtskraft*) regularmente oscilan. Por esto, la mayoría de las veces, tales teorías enfocan sólo uno de los dos extremos, lo que hace que se desvinculen, cada cual, a su forma, la fuerza de derecho (*Rechtskraft*) de su otro. Tal postura, se expresa ejemplarmente en la teoría racional del derecho de la teoría pura del derecho, como ha defendido Adolf Merkl, así como en el entendimiento de Giorgio Agamben acerca de la violencia jurídica soberana.

El mérito de Adolf Merkl es reunir las teorías jurídicas formal y material, civil, penal y pública de la cosa juzgada en una teoría general de la cosa juzgada (fuerza de Derecho-*Rechtskraft*). Para Merkl, no sólo las sentencias adquieren carácter de fuerza del Derecho (cosa juzgada-*Rechtskraft*), sino también todos los “fenómenos jurídicos” que transfieren el símbolo de la validez jurídica, que permiten, por lo tanto, cambiar el Derecho. Merkl reúne en una gran sistematización la cosa juzgada-la fuerza normativa (*Rechtskraft*) de las leyes, de los actos administrativos, de los contratos etc. e investiga la regla del Derecho que establece los supuestos y los límites de la fuerza del Derecho (*Rechtskraft*) de estos fenómenos.

La respuesta de Merkl a esta cuestión es, brevemente, la típica respuesta de la teoría pura del Derecho: así como para Hans Kelsen,

1. Luhmann, *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, p. 84.

para Merkl, una norma originaria hipotética e inaccesible a la fuerza del Derecho (*Rechtskraft*) se da como fundamento de validez de todo derecho y está entronada en su cumbre. Hay con ello, dos categorías normativas: por un lado, la hipótesis normativa de la norma originaria; de otro, un derecho positivo derivado de ella. La norma originaria –a diferencia del derecho derivado y modificable– no está sujeta a la cosa juzgada, al vigor del Derecho (*Rechtskraft*). En cuanto “símbolo y agregado (*Klammer*) del sistema jurídico”, ella se aleja de la fuerza del Derecho (*Rechtskraft*).² Todo el sistema está anclado en esta norma jurídica: según la teoría pura del Derecho, la validez de la hipótesis originaria provoca la completitud, el aislamiento y la impenetrabilidad del orden jurídico. Mientras todo derecho positivo es cambiante, la hipótesis originaria no lo es. La trazabilidad de la hipótesis normativa, ese conjunto delegante de todas las normas de partida, que separa entonces la cizaña del trigo, las normas de las proposiciones normativas, lo jurídico de lo no jurídico.³

Merkl concibe las reglas de la cosa juzgada (*Rechtskraftsregeln*) como normas derogatorias. A diferencia de Savigny, la cosa juzgada (*Rechtskraft*) no es considerada una garantía de inmutabilidad de las decisiones jurídicas, sino exactamente lo opuesto: es la expresión de la alterabilidad autorregulada del Derecho. La cosa juzgada relativa a las decisiones legislativas, económicas o burocráticas puede, en determinadas circunstancias, sucumbir después de que se hayan comprobado errores de evaluación específicos. Las leyes pueden cambiar; las decisiones administrativas pueden ser revocadas, los contratos pueden ser anulados; las decisiones judiciales pueden revisarse. Todo acto jurídico puede encontrar su *actus contrarius*. La cosa juzgada (*Rechtskraft*) designa, así, la derogabilidad de todo derecho positivo. La única excepción es la hipótesis originaria. La cosa juzgada (*Rechtskraft*) sería entonces definida como un período de validez específico, es decir, como una relativa inmutabilidad de lo jurídico”.⁴

2. Merkl, *Rechtskraft*, p. 239.

3. Ver, ídem, p. 234 y 238.

4. Ver, ídem, p. 243.

Los límites de tal configuración de la teoría de la cosa juzgada se vuelven visibles en el punto en que Merkl se enfrenta al problema de la fuerza de cosa juzgada del ilícito jurídico (cuando el derecho contrario al derecho entra en vigor). En ese punto, se abre el agujero negro de las paradojas de la indiferenciación entre lícito e ilícito. Merkl busca suavizar la *contradictio in adiecto* al atribuir a la ciencia jurídica (Jurisprudencia) la tarea constructiva, a través del establecimiento de una referencia a la totalidad de las normas, “hacer superflua la noción del derecho ilícito (des rechtswidrigen Rechtes) noción que es auxiliar y provisional, y asimilar los fenómenos dudosos, de forma constructiva, hacia el derecho lícito (des rechtmäßigen Recht) o bien desterrarlos a la mies del no-derecho (Nichtrecht).⁵ Así, para Merkl, el derecho ilícito no es una categoría jurídica, sino sólo una tarea laboral, es decir, que éste debe una vez más trabajar jurídicamente de forma limpia y *lege artis*, como separar lo lícito del ilícito. En consecuencia, y de acuerdo con la lógica, en la estructura escalonada merkleniana del derecho, el derecho ilícito no puede verificarse.

La teoría pura del Derecho no se deshace tan fácilmente de la violencia por la figura de la forma jurídica: para el bien y para el mal, según esa teoría, el sistema jurídico depende completamente de la conectividad de las proposiciones jurídicas a la norma originaria hipotética. Su referencia a la conformidad con el Derecho es tomada indiscutible por la arquitectura conceptual de la teoría pura del Derecho. Tal teoría tiene que dejar abierta la cuestión de “si la norma que posibilita cambios jurídicos sería ella misma la hipótesis originaria o si sería, antes, una norma jurídica basada en esa norma originaria (o formada por la costumbre)”.⁶ La hipótesis originaria tiene por lo tanto una pseudo-validez jurídica, una validez jurídica presupuesta, a fin de que se pueda insertar una interrupción reflexiva en el regreso infinito de reglas sobre reglas.

5. Ídem, p. 278. Véase también la discusión de Kelsen sobre la noción de actos estatales viciados de Walter Jellinek. (Kelsen, “Über Staatsunrecht”, p. 851 y Jellinek, “Der fehlerhafte Staatsakt”, p. 102 ss.).

6. Kelsen, *Problem der Souveränität*, p. 115, Comentario 1.

En ese sentido, una teoría normativa de la teoría pura sería imposible, pues la hipótesis originaria simplemente vale, sin que existan los presupuestos normativos de la normatividad. Una vez que Merkl reúne en el instituto de la cosa juzgada (*Rechtskraft*) todos los fenómenos jurídicos sin estatuir un presupuesto normativamente comprobado de la cosa juzgada, un acto judicial violento e injusto –si simplemente puede ser conectado de alguna forma a la hipótesis originaria– también adquiere fuerza de cosa juzgada.

Merkl es consciente de este problema y, a partir de su debate con Fritz Sander, introduce un giro decisivo en su teoría. Paralelamente a Hans Kelsen, quien también conecta la validez jurídica con la efectividad⁷ del Derecho y diagnostica que “de hecho, son válidas sólo las normas cuyas representaciones sean efectivas”.⁸ Merkl vincula el Derecho a algo más allá de la validez: “es sabido que el último inapelable acto se implementa a pesar de su deficiencia, pero la posibilidad de que un acto deficiente sea reconocido como un acto aparente a pesar de su concretización, así como el poder etiquetar una sentencia por homicidio aplicada a un inocente como un acto de violencia, significa la revocación de su autoridad, la cual no deriva de la efectividad, sino de la validez. La posibilidad de que ese conocimiento es el último pilar del individuo de frente a la autoridad jurídica del exorbitante Estado, y frente al derecho aparente (*dem scheinbaren Recht*)”.⁹ Merkl ve la consecuencia extrema de esa concepción, a saber, que “toda injusticia estatal” puede ser traducida como “ilicitud”, y asevera que esa referencia del Derecho al nivel individual presenta para él consecuencias de un fenómeno deseado ética-políticamente, oponiéndose y apoyando la

7. (Al no distinguir no-apelaciones de efectividad) Lippold señala que, en derecho, la efectividad real corresponde a la efectividad normativa (por ejemplo, actos administrativos).

El autor, sin embargo, no extrae la conclusión, sino que hace una analogía: “la ‘consecuencia legal’ se dice por analogía la consecuencia causal, en ‘necesidad moral’ por analogía la necesidad causal o finalmente, en ‘fuerza legal’ por analogía la fuerza psíquica”. (Lippold, “Geltung, Wirksamkeit und Verbindlichkeit”, p. 469 y Nota 18).

8. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, p. 18.

9. Merkl, *Rechtskraft*, p. 284, Nota 1.

autoridad del individuo contra la autoridad estatal”.¹⁰ A través de ese razonamiento de conectar el sistema de deber-ser de la teoría pura del Derecho con el ser del “tornarse efectivo en el individuo”, se indiferencia, para Merkl, el Derecho y el Derecho aparente en el interior del individuo. La decodificación de un acto judicial en la “sentencia errónea por homicidio es un acto de violencia” y no es atribuido aisladamente a la estructura escalonada del orden normativo, sino que es atado al individuo al convertirse en efectivo del Derecho. La inefectividad se sitúa al frente de la validez. Los actos judiciales violentos pueden clamar validez, pero no tienen efecto dentro del individuo. Así, cuando la cuestión se refiere a la diferenciación entre Derecho y Derecho aparente, la inefectividad compromete la validez jurídica. Non Compliance (La no-conformidad) se convierte en una regla fáctica y, al final, puede –en cuanto desuetudo social– refutar la validez.¹¹ La fuerza cognitiva del individuo es decisiva para la separación entre Derecho y el Derecho aparente (Scheinrecht) en el proceso de producción de inefectividad. En la teoría de la fuerza jurídica (Rechtskraft) merkleliana, la fuerza cognitiva (Erkenntniskraft) como facultad del sujeto es el factor decisivo para la diferenciación entre Derecho y violencia.

La referencia a la fuerza cognitiva demuestra la herencia kantiana de la teoría pura del Derecho. La razón, la facultad subjetiva y la capacidad de cognición son las respuestas ofrecidas por esta teoría de la fuerza jurídica (Rechtskraft), la cual entiende la derogabilidad como proceso racional en el seno del sistema jurídico y presenta, a través de la fuerza cognitiva, la diferenciación entre Derecho y Derecho aparente como una doble prueba. En primer lugar, desde la perspectiva sistémica, la fuerza para la cognición del Derecho conforme a la hipótesis originaria debe asegurar la cadena normativa de delegación y con ello separar el mundo del Derecho del mundo del no-Derecho.

En segundo lugar, cuando no se asegura y se verifica una decisión injusta, los individuos afectados por la decisión jurídica deben poder diferenciar, con su fuerza cognitiva, el Derecho del Derecho aparente; la violencia del Derecho.

10. Ídem.

11. Véase Kelsen, *Reine Rechtslehre*, p. 215 s. [Teoría Pura del derecho]

Sin embargo, Merkl no diferencia nada más. Se limita a confrontar el efecto extremo de ese concepto, a saber, que “toda injusticia del Estado” puede ser transpuesta “en ilícito.” Sin embargo, el autor no analiza la problemática de que tales injusticias pesan tan severamente que llegan a oponerse a la fuerza de Derecho (Rechtskraft).¹² Aunque Merkl no entre en especificaciones de ese punto, sigue surgiendo ante él un “otro” de la validez jurídica. En el programa de la teoría pura del Derecho, Merkl llama a ese fenómeno el devenir efectivo el Derecho. Sin embargo, la teoría pura del Derecho comprende la tesis de la efectividad sólo con la fuerza cognitiva, con la razón, con la facultad de los sujetos, pero no con la fuerza energética, con la fuerza de la fantasía, con el sentimiento, con las fuerzas de la fantasía, la vida. La grandeza decisiva en la teoría pura del Derecho es la razón, lo que a su vez nos lleva a la siguiente pregunta: ¿Si no es toda violación de la justicia la que conduce a una injusticia, cuál es entonces?

Mientras que la teoría pura del Derecho identificó de manera unilateral la fuerza jurídica con la validez jurídica y con la fuerza cognitiva (sin embargo, dispone teóricamente un lugar analítico razonable para la fuerza y la violencia), Giorgio Agamben comete el error opuesto, al insistir en la dimensión de la violencia de toda fuerza jurídica (sin intentar su relación con la razón). En efecto, enfatiza que la diferenciación del Derecho no puede conducir a la unidad libre de violencia entre soberanía popular y derechos humanos, ni a la realización del

12. Se podría pensar en una limitación de las evidencias por la fórmula de Radbruch. Fue tan débil tal fórmula que el Tribunal Federal de Justicia alemán negó que un comando militar de muerte proferido por un nazi poseía fuerza jurídica de la cosa juzgada en su forma de fuerza de ley bajo el fundamento de la justicia. Si el principio fundamental de la igualdad es, de algún modo, renegado de la posibilidad del derecho, entonces la ley carece del derecho natural, y, en ese caso, no se trata, de ningún modo, de derecho. (Radbruch, *SJZ* 1946, 105 [107]). Pertenece a los derechos inalienables de un hombre el hecho de que no pueda ser privado de procesos adjudicatarios relativos a su vida. [...] En ese sentido, el así llamado comando militar catastrófico no posee ninguna fuerza de ley. No se trata de norma legal; su cumplimiento sería objetivamente contrario al derecho. “(BGHZ 3, 94[107], mi resaltado). Vea también la limitación en Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, p. 201: el derecho es un sistema de normas que [...] consiste en una totalidad de normas que pertenecen a una constitución con eficacia general y que no son extremadamente injustas”.

ideal pacifista-jurídico de una relación social libre de violencia. Con eso, Agamben —el schmittiano de izquierda— se distancia de la filosofía del derecho inspirada en Kant. Exagera, sin embargo en su objetivo al identificar de manera total al derecho y la violencia. Agamben identifica el derecho y la violencia a través del instituto de la cosa juzgada (Rechtskraft): “Como los juristas saben muy bien, el derecho no tiende, en última instancia, al establecimiento de la justicia, ni siquiera al de la verdad, busca únicamente el juzgamiento, eso se aplica también a una sentencia injusta. La producción de *res iudicata* por la cual la sentencia sustituye a lo verdadero y lo justo, valiendo como verdadera, a pesar de su falsedad e injusticia sería el último fin del Derecho. Es esa criatura híbrida, respecto de la cual no es posible decir si es hecho o norma, allí el Derecho encuentra paz. Más allá de eso, no puede ir”.¹³

Este análisis deja de reconocer el hecho de que el Derecho de la justicia, no es indiferente a aquello que lo circunda: el Derecho no trata de nada, sino de la justicia. El derecho quiere ser justo. El Derecho quiere ser “él mismo, en cualquier caso, justo”.¹⁴ La justicia es la fórmula de contingencia del Derecho. Nada en el Derecho espera aparecer como injusto. La cosa juzgada (Rechtskraft) es justamente la expresión de la demanda del Derecho de operarse como justo y excluir la violencia. En la tradicional expresión de la cosa juzgada, esto tiene por efecto el desdoblamiento de las circunstancias de la justicia, ya que la indiferencia de sus fronteras transfiere al Derecho en un “benéfico estado de inquietud”.¹⁵ No sólo la cosa juzgada formal, sino también la no disponibilidad (Nichtbereitstellung) de otros procedimientos recursales está conectada a límites jurídicos, los cuales poseen en sus raíces fundamentos de justicia. Existen posibilidades de revisión y de restauración por modificación de la situación jurídica o por el conocimiento de nuevos hechos.

Hay excepcionales soluciones jurídicas de emergencia, como por ejemplo el recurso constitucional (Verfassungsbeschwerde), lo cual hace posible la corrección de decisiones con fuerza de cosa juzgada

13. Agamben, Giorgio. *Was von Auschwitz bleibt*. p. 28.

14. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, p. 217.

15. Dalla Bontá, “Eine ‘heilsame’ Unruhe”, p. 95, Nota de pie 3.

precedentes de otras instancias. También en lo que se refiere a lo que comúnmente se designa como cosa juzgada material, es decir, el efecto conectivo de decisiones jurídicas en términos personales, materiales y temporales, hay limitaciones de la jurisprudencia (*Präjudizienbildung*) y de la prohibición de doble sanción de una conducta viene un mismo hecho (*ne bis in idem*).

El instituto jurídico de la cosa juzgada manifiesta precisamente el esfuerzo de reaccionar ante posibles injusticias. La función de la figura jurídico-dogmática de la cosa juzgada tampoco es, así, la aplicación de la sentencia sin consideración de la justicia.

La cosa juzgada (*Rechtskraft*) debe evitar meramente una repetición del examen jurídico bajo las mismas premisas.¹⁶ Con ello, el Derecho norma la forma de sus programas jurídicos cuyas decisiones pasadas poseen o no relevancia futura, lo que hace que justamente que las consideraciones de justicia sean englobadas. Agamben no tiene razón cuando describe la producción de cosa juzgada como fin del derecho. El derecho quiere la justicia. Y eso quiere decir, para iniciar el diálogo: todas las decisiones con fuerza de cosa juzgada están sometidas a las exigencias de la justicia. Todas las decisiones deben estar de acuerdo con una complejidad adecuada de un decidir consistente y el Derecho debe comportarse responsablemente mientras sea un Derecho para la sociedad.¹⁷

Cuando también el Derecho fracasa constantemente en tal pretensión: la fórmula de la contingencia, es decir, la justicia, apunta siempre a la fórmula operativa y concomitante del Derecho, de que una decisión jurídica es posible. La justicia es la espina en el Derecho que lanza en toda operación la cuestión de la indecidibilidad de la violencia jurídica (*Rechtsgewalt*) y de la fuerza de cosa juzgada (*Rechtskraft*), de la violencia de justicia y del Derecho aparente y del Derecho, como Adolf Merkl formuló.

Agamben y Merkl fracasan, cada cual, a su manera, en la delimitación de la frontera entre racionalidad y no racionalidad (*Arationalitat*) del derecho. Mientras que la teoría pura del Derecho

16. Véase Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, p. 182.

17. Véase *idem*, p. 225.

entiende el Derecho como el “otro” en relación a la violencia (Gewalt) (y no es capaz de discriminar cuando el Derecho se convierte en violencia), Agamben identifica el Derecho con la violencia (y no es capaz de discriminar cuando la violencia se convierte en Derecho). Ninguna de las teorías ofrece criterio para la diferenciación entre cosa juzgada y violencia jurídica ilegítima. Ellas, representan paradigmáticamente el Derecho oscilante entre razón y violencia.

2. La fuerza del Derecho en la constelación transnacional

¿Dónde entonces termina la fuerza de Derecho (Rechtskraft), dónde comienza la violencia jurídica? Al elegirse tal cuestión, no se obtiene ninguna respuesta fácil y no se la evita, tal como Florian Klinger lo hace sobre la oscura figura de los “Respectivos”,¹⁸ tematizando la indistinguibilidad (Un-Unterscheidbarkeit) de la cosa juzgada y de la violencia jurídica, sin con ello mezclarse una con la otra. Este es el camino tomado por Jacques Derrida. Derrida asume, así como Agamben, que una forma jurídica diferenciada es violenta con el ambiente social y que retrocede a una “violencia (o acto violento) sin fundamento”.¹⁹ También para Derrida la violencia actúa como potencialidad en el Derecho. Para él, la justicia no se produce a través de la cognición jurídica y nunca es alcanzable en cuanto estado de un orden justo: permanece siempre como una justicia “por venir”.

Aunque también Derrida marque una diferencia entre Derecho y justicia, él no la identifica, tal como Agamben lo hace apresuradamente con el derecho y la violencia, pero sí diferencia entre una fuerza y una violencia, la cual siempre “es tomada por injusta”.²⁰ Derrida ve el peligro de una interpretación sustancialista y ocultista-mística del concepto de fuerza, el cual podría abrir camino hacia una “fuerza vio-

18. Klinger, *Urteilen*, p. 473 ss. Klinger no diferencia entre fuerza y violencia al permanecer vinculado, en última instancia, sólo a una forma de manifestación (Erscheinungsform) de la fuerza, sin discriminar exactamente en qué composiciones esa forma de manifestación debe ocurrir. (ídem, p. 203 y 479).

19. Derrida, *Gesetzeskraft*, p. 29; Véase También “Violence and the Word”, 1601.

20. Derrida, *Gesetzeskraft*, p. 12.

lenta, una violencia injusta, arbitraria” en el Derecho.²¹ Esta potencialidad se daría en cada decisión jurídica, pues *force* (fuerza / Gewalt) y *violence* (violencia)^{NT} son indiferentes en la ejecución de la decisión. En el lugar ocupado por la teoría pura del Derecho con una hipótesis originaria y con una reflexión cognitiva-teorética, allí, donde Agamben responde con la identificación entre dirección y violencia, Derrida posiciona la pregunta abierta de la fuerza del Derecho (Rechts-Kraft).²²

Esta pregunta se plantea de una manera aún más urgente en relación con la constelación transnacional. El modelo de justificación del Estado nacional, con sus ingeniosas jerarquías entre cortes y pirámides normativas, inmoviliza la cuestión de la fuerza del Derecho (Rechtskraft) al referirse regularmente al monopolio estatal de producción legal (Rechtssetzung), y perdió su plausibilidad en la constelación transnacional. Los fenómenos jurídicos con fuerza de cosa juzgada en términos nacionales desde hace mucho tiempo no reconocen el reconocimiento universal en el raciocinio *par in parem non habet iudicium*, sino que se someten a las exigencias jurídicas transnacionales. En relación a aquellos fenómenos nacionales con fuerza de derecho, no hay más que responder aisladamente en términos nacionales-estatales, sino en una perspectiva integrada interlegal, en confluencia como derecho transnacional. En el derecho transnacional la cuestión de la fuerza / violencia del Derecho se presenta en una nueva forma.

El derecho transnacional decide en relación con aquellos fenómenos jurídicos nacionales que sean sopesados a la luz de la fuerza jurídica transnacional. Se puede apuntar que la fuerza de cosa juzgada nacional ya no es el punto final de la comunicación jurídica —como Agamben aproximadamente colocó—, sino genuinamente una condición de la apelabilidad transnacional.

En la jurisprudencia transnacional, las decisiones de última instancia y, por lo tanto, en sentido estricto, las decisiones, con fuerza de cosa juzgada, son presupuestos, de autorización para el inicio de un camino jurídico. Así pues, se constata, por ejemplo, el artículo 34 de la

21. Ídem, p. 14. En el francés original el único sustantivo usado es “fuerza”: “force violente, injuste, sans règle, arbitraire” (Derrida, *Force de loi*, p. 928).

22. Véase también ídem, p. 33.

Convención Europea de derechos Humanos, que dispone, que todos los recursos jurídicos intraestatales necesitan ser agotados antes de invocar el Tribunal Europeo de derechos Humanos, este tipo de disposición existe para todas las cortes internacionales y los comités, desde la Corte Internacional de Justicia hasta el Comité de derechos Humanos de las Naciones Unidas. Decisiones jurídicas nacionales injustas pueden deslegitimarse en las redes del derecho transnacional. Con la transnacionalización del Derecho, no hay más decisiones judiciales pasadas, apenas penúltimas.

Sobre las reglas del proceso de la jurisdicción transnacional, una decisión del “tribunal yugoslavo” trae al punto la condicionalidad de los fenómenos jurídicos nacionales en relación a lo que es transnacional. Cuando se trata de violación de normas imperativas del derecho internacional, el tribunal generalmente rechaza el reconocimiento del derecho nacional al hacer referencia al artículo 53 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados como expresión del derecho consuetudinario internacional: “El hecho de que la tortura esté prohibida por una norma común del derecho internacional posee en una relación interestatal y otras consecuencias que las observadas en un ámbito individual. En el ámbito interestatal significa que toda acción legislativa, administrativa o judicial que haga legal la tortura es ilegítima. Sería absurdo argumentar que, por una parte, en razón del carácter de *jus cogens* de la prohibición de tortura, tratados o costumbres jurídicas internas que fuesen contradictorios con tal prohibición, serían nulos e inválidos desde el principio, por otra parte, justamente el principio del *jus cogens* se tornarían sin efecto, en el caso de un Estado que implementase medidas nacionales que autoricen la legalidad de la tortura, o que protegiera al perpetrador a través de una ley de amnistía. Al constatar tal situación, tales acciones nacionales no pueden obtener reconocimiento del derecho internacional”.²³ Con ello, la organización de los poderes estatales está ligada a una red jurídica transnacional, en la que emerge un nuevo concepto de fuerza de cosa juzgada (*Rechtskraft*).

23. ICTY, *Furundzija*, ILM 38 (1999), 349 ss. Puntos 153 ss. [NT: La traducción de este pasaje fue hecha a partir del original en inglés, comparado con la traducción realizada en el libro por el Prof. Dr. Fischer-Lescano.]

¿Sería la transnacionalización la mano invisible que abre el camino hacia un Derecho desprovisto de violencia y que posibilita cada destitución del Derecho, tal como Walter Benjamin poseía en mente, habiéndola descrito como la “fuerza expiatoria de la violencia”²⁴ como expresión de la violencia divina?

Si se siguen las indicaciones de Benjamin, la primera etapa de desestimación del Derecho reside en la abolición del acoplamiento entre violencia jurídica y violencia estatal (*Rechtsgewalt und Staatsgewalt*). “En la desestimación del Derecho y de todas las violencias de las que depende, y que dependen de él, en última instancia, la desestimación de la violencia del Estado, se funda en una nueva era histórica”.²⁵

Y cuando Benjamin, en un ensayo sobre Kafka, indica que “el Derecho que ya no es practicado, pero sólo es estudiado” es “la puerta de la justicia”, remite a esa posibilidad del Derecho como el no-Derecho desprovisto de violencia (*gewaltloses Nichtrecht*) que se encuentra más allá del contexto de la violencia del Estado.²⁶ Un Derecho que puede renunciar a la disponibilidad de medidas violentas para su imposición²⁷ es, primero, un Derecho que renuncia al Estado, un orden sin Estado, sin el monopolio colectivo de la violencia.

En el Estado de Derecho, la síntesis funcional del Derecho con la violencia del Estado (*Staatsgewalt*), regularmente se funda en el sentido de que el Estado sustrae “el medio de poder físico de la violencia a través de una especie de expropiación primaria de la sociedad”. Este acuartelamiento de la violencia en el Estado encuentra su expresión en el monopolio de la violencia estatal, en la cual la prohibición de la autotutela se conecta con la disposición y mantenimiento de los medios de imposición de sanciones en el Derecho.²⁸

24. Benjamin, Walter. *Zur Kritik der Gewalt*. p. 156.

25. Sobre la desestimación del derecho, ver Menke “*Recht und Gewalt*”, p. 29 ss. y Hamacher, “*Afformativ, Streik*”, p. 345.

26. Benjamin, Walter. “*Franz Kafka*”, p. 437. Vea también la formulación de Rudolf Wiethölter: “*Sisyphos, nicht (mehr?) Prometheus, (noch?) nicht Cassandra*” in “*Ist unserem Recht der Prozess zu machen?*”, p. 812.

27. Para la corte (*Kappung*) la relación entre hacer (*Tun*) y promulgación (*Ergehen*), acto (*Tat*) y consecuencia jurídica –es decir, la programática condicional del derecho– en Benjamin. Ver Loick, “*Kontingente Konnektionen*”, *pássim*.

28. Ver Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, pp. 153 y 281.

Esta conexión se entiende a menudo como si no existiera derecho sin una amenaza física de imposición, como si fuese solamente esa dimensión física violenta la que produciría el derecho.²⁹ Sin embargo, esa es una representación del Derecho que no presta atención a las realidades del Derecho y con la que, el Derecho está conectado de forma muy cercana a la violencia física estatal, tal como Robert Cover señaló.³⁰ La capacidad de imposición modelada coercitivamente no forma la esencia del Derecho, y tampoco constituye el núcleo del problema de la violencia jurídica.

El potencial de la violencia del Derecho es fundamental, amplio, sutil: el Derecho funda, distribuye, limita competencias políticas y el poder económico. El Derecho constituye poderes (Gewalten) privados y públicos. El Derecho y sus instrumentos sancionadores, proveen apoyos simbólicos en caso de decepción de las expectativas normativas, están tan entrelazados en las relaciones sociales de poder (Gewaltverhältnisse).³¹

Solo cuando se desata el concepto de derecho de la violencia estatal (Staatsgewalt), este puede encarar fenómenos de la violencia social-mundial, dado que este no puede ser explicado a través de las categorías de unidad política, exigibilidad forzosa y comprobada, y de comunidad colectiva de ciudadanos.³² Por lo tanto, se entiende claramente que la sociedad mundial no está desprovista de normas jurídicas a nivel transnacional, a pesar de la falta de unidad política, de la presencia de escasos medios de coerción a través del Capítulo VII de la Carta de la ONU, así como ante la falta de una institución estatal en el sentido weberiano y de una estructura escalonada del derecho en el sentido kelseniano / merkliano. En el derecho transnacional, existe previamente la dificultad de ordenar diferentes ordenamientos jurídicos entre sí.

29. Ver Stammler, *Theorie der Rechtswissenschaft*, p. 117: “La validez del derecho es la posibilidad de su imposición”. Para eso vea Kelsen, “Geltung und Wirksamkeit des Rechts”, p. 12.

30. Ver Cover, *Nomos und Narrative*, p. 118 ss.

31. Ver Loick, *Kritik der Souveränität*, p. 310.

32. Ver Teubner, *Verfassungsfragmente*, p. 18 ss.

La superposición de jurisdicciones y el paralelismo de distintos modelos de orden, conduce a colisiones normativas en un pluralismo jurídico global y a una fragmentación del derecho internacional. Tales fenómenos no pueden ser pensados sólo desde la perspectiva de la comunidad internacional organizada políticamente. Por el contrario, en estos fenómenos domina un pluralismo jurídico global que provoca nuevas formas de colisiones normativas. Cada perspectiva oriunda de un orden normativo tiene aquí su propia pretensión de validez y fuerza de derecho (*Geltung und Rechtskraft*).

Las relaciones de filiación con relación a las instituciones del aparato europeo, la UE, así como con respecto a la OMC y la OTAN, entre otras, son asimétricas. No existe unidad en el sistema de la gobernanza global policéntrica y en el sistema del derecho global, se trata, ante todo, de organizar el pluriverso jurídico-político a través de obligaciones interconectadas y en consideración con los modelos de orden.³³ La fuerza de la cosa juzgada (*Rechtskraft*) ya no es el resultado de la jerarquía de la decisión estatal de última instancia, sino de un proceso comunicativo heterárquico en la red del derecho transnacional.

El pluralismo jurídico global no está limitado por regímenes plurales de regulación política. Además, las formas de violencia estatal, han desarrollado sus propias dinámicas de producción jurídica en la *lex mercatoria*, en el derecho de la economía globalizada desregulada y en la *lex digital* del ciberespacio.

La interrogante jurídica que se plantea es completamente análoga en términos estructurales a las cuestiones del Derecho nacional y del Derecho europeo, ya que también estos modelos normativos están muy lejos de la ausencia de violencia. Incluso en el Estado-nación la privatización de elementos centrales de su poder (*Staatsgewalt*) como la prestación de servicios vitales por parte del Estado (*Daseinsvorsorge*) condujo a tal situación, en que la compresión del poder público (*öffentliche Gewalt*) ya no puede ser pensada en su ámbito específico. También en formas privadas de organización se anidó el poder público. El cambio estructural de lo público se encuentra en pleno desarrollo. Por ejemplo, en este sentido, el Tribunal Constitucional Federal alemán aplicó la

33. Ver Viellechner "Berücksichtigungspflicht als Kollisionsregel?", pássim.

teoría estadounidense del *public forum* para casos de patrocinio privado en espacios públicos y determinó una vinculación inmediata de derechos fundamentales para sociedades anónimas.³⁴

Más urgente de lo que se percibe en un ámbito nacional está la interrogante de ¿cómo pensar el “poder público” más allá del Estado?³⁵ Justamente las amenazas a los derechos humanos por empresas transnacionales dejan en claro que el modelo de razonamiento dicotómico “privado / público” debe ser concebido de forma nueva, a fin de que busque una vinculación horizontal de los derechos humanos bajo caminos de la fundamentación.

La polución del medio ambiente causada por Shell en el delta del río Níger, las marcas mundiales que fabrican artículos con trabajo infantil, las organizaciones militares privadas como Blackwater, y otras formas privatizadas de ejercicio del poder son omnipresentes. El desarrollo de una vinculación de derechos humanos para entes privados reacciona a estas nuevas formas de violencia (Gewalt).

No es suficiente concentrarse en la “comunidad internacional de los Estados” como organización política con disposiciones de poder descentralizadas, conforme lo estipulado por la Carta de las Naciones Unidas, sino también en la parte centralizada, ya que no pueden ser representados los agregadores (Klammer) de todos los fenómenos jurídicos transnacionales. La descentralización del poder público en la constelación transnacional demanda aquí un nuevo concepto de Derecho que supere el reduccionismo estatal y que simultáneamente responda a los nuevos fenómenos de poder. Racionalidades parciales desreguladas se adentran en el Derecho. Los jugadores globales juegan con el Derecho.

Las corporaciones transnacionales se mueven en los mercados globales apoyados por tratados a nivel mundial. Ellas desarrollaron finas técnicas para que el Derecho les sirva, y para que puedan plasmar un mundo a su imagen: inmensas firmas de abogados globales ofrecen el *know-how* jurídico para la implementación de estos intereses. En la

34. Ver la decisión del Tribunal Constitucional Alemán en BVerGE 128, 226 ss; sobre la jurisdicción de tribunales arbitrales privados transnacionales, véase Renner, “Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft?”, *pássim*.

35. Ver Teubner, “State Policies in Private Law?”, *pássim*.

Organización Mundial del Comercio (OMC) y en el Banco Mundial se instalaron foros jurídicos en los que el derecho del libre mercado y los derechos de los inversores privados se imponen de manera jurisdiccional. La tendencia global de juridificación, en la que surgieron más de cien nuevas instituciones jurisdiccionales, posee un fuerte sesgo: las instituciones del derecho transnacional están comprometidas por encima de todo con la protección de los derechos de propiedad, con los derechos de inversión y con el derecho del comercio mundial. Hay evidentemente una juridificación no simultánea en los sectores aislados de la sociedad mundial y eso llama la atención: los derechos sociales y ecológicos se proveen con insuficientes mecanismos jurisdiccionales de control. Eso los tiene en desventaja. Es precisamente aquí que se establecen impulsos contra-hegemónicos que quieren transformar esta constelación socio-estructural.

La demanda por “derechos sociales globales”;³⁶ la batalla, por ejemplo, por una política jurídica (*Rechtspolitik*) transnacional que presente en primer plano aspectos sociales y ecológicos de la justicia y que explore con profundidad cómo pueden ser utilizados los potenciales de la sociedad mundial para que se implementen alternativas a las presentes relaciones socioeconómicas.

No obstante, tal movimiento contrahegemónico no está desprovisto de un potencial de violencia (*Gewaltpotenzial*). La sociedad civil —así designada por Antonio Gramsci como el Estado en un sentido más amplio— está por sí misma organizada por la forma de la violencia (*Gewalt*), ella misma es parte del ejercicio público de la autoridad y con ello parte del poder público. Incluso formas de protesta como el ejercicio de la opinión pública en forma de *scratch*, arte de calle, etc. pueden contener elementos de sanción por la forma de la violencia.³⁷

La disociación entre violencia estatal (*Staatsgewalt*) y el Derecho, entre violencia de imposición (*Durchsetzungsgewalt*) y fuerza de Derecho (*Rechtskraft*) en el concepto de derecho transnacional responde al desarrollo policéntrico del derecho. Ello supera la vinculación del

36. Fischer-Lescano/Möller, *Globale soziale Rechte*, pássim.

37. Gramsci describe la “opinión pública” como un elemento sancionable. (Gramsci, *Gefängnishefte*, H. 13, §II, 1549).

derecho al monopolio de la violencia estatal. En este sentido, un potencial anárquico para la práctica social de aprendizaje del Derecho hasta el momento no se ha agotado: Tribunales de Russell, cortes sociales, movimientos ligados a los derechos humanos, redes de abogacía, demostraciones de opinión espontáneas, *candy* y *shitstorms* pueden ser formas de socialización del derecho transnacional con una fuerza subversiva. Los actores sociales pueden entrar en el derecho a través de ellas.

Por tales razones, una teoría de la fuerza del Derecho (Rechtskraft) haría bien en posicionar la fuerza generativa del Derecho en la sociedad misma, y no en el monopolio de la violencia estatal. Jacques Derrida camina en ese mismo sentido al ver el compromiso intelectual, así: “hacer de ti para que el presente estado del derecho (...) sea cambiado, para descubrir nuevos derechos”, y cuando él piensa esa demanda como una “demanda transnacional, no meramente cosmopolita”: “precisamente el cosmopolítico presupone todavía siempre la instancia del Estado y del ciudadano, aun cuando él es un ciudadano del mundo”.³⁸ Derrida descifra esta transnacionalización de la ley al comprender el desencadenamiento del *modus operandi* subversivo de la fuerza jurídica de la sociedad como expresión de la solidaridad global y la humanidad y pidiendo a gritos el establecimiento de “ciudades de refugio” (Fluchtstädte). “Ciudades-refugio” son los medios por los que se podría innovar en una nueva forma de solidaridad social y la aspiración de participación de los no representados y de los que no pueden ser representados.

Las dinámicas sociales locales se conectan globalmente a una nueva “hospitalidad de las ciudades” en la que debe emerger un nuevo derecho global de la hospitalidad que podría describirse como el núcleo de la libertad de movimiento, además de la hospitalidad (Hospitalität) kantiana, en cuanto derecho de acceso (Besuchsrecht), o al menos una “respuesta inmediata al crimen, a la violencia y a la persecución”. Derrida espera el establecimiento de un derecho universal de movilidad a través del “soñar con otro concepto, con otro Derecho”. Con ello, se

38. Derrida, *Nicht die Utopie, das Un-Mögliche*, p. 324.

busca abrir un espacio “que el derecho internacional estatal no ha sido capaz de abrir”.

El surgimiento de ese Derecho subversivo a la movilidad global sería un “experimento de un futuro Derecho y de una futura democracia”. “Este sería un venir (porvenir) en un camino caótico” ese camino caótico es inseparable del remolino que afectó a los axiomas de nuestro derecho internacional durante mucho tiempo”.³⁹

El Derecho contra-hegemónico venir (porvenir) como un Derecho anárquico y subversivo, con el cual las fuerzas sociales desapruaban jurídicamente tanto la burocracia ministerial global como los reproductores mundiales y se reconocen así mismas como legisladores, sería en efecto la renuncia a la inmadurez auto-culpada de la sociedad mundial en la cuestión de la producción del Derecho. El desacoplamiento del Derecho en relación al poder de imposición (Durchsetzungsgewalt) político-sistémico abre un horizonte para las prácticas jurídicas sociales y para nuevas formas de posibles espacios de generación de la fuerza del Derecho (Rechtskraft). Sin embargo, no cabe aquí la ingenuidad: el pluralismo de la sociedad mundial está involucrado en una penetración hegemónica del derecho transnacional. También la producción del Derecho de la sociedad civil permanece presa en un esquema de violencia (Gewalt). El círculo de violencia y contra-violencia, hegemonía y contrahegemonía, cálculo y contra-cálculo, de éxito, concesión, compromiso, lucha, etc. no puede ser quebrado por sí solo a través de un desacoplamiento entre Derecho y poder estatal (Staatsgewalt) nacional / supranacional / internacional / transnacional.

3. Ajax: la intrusión de la obra en el tiempo

La transnacionalización del derecho no resulta, por sí sola, en un orden libre de violencia (gewaltlose Ordnung). Para represar la violencia del derecho (Rechtsgewalt) y favorecer la fuerza del derecho (Rechtskraft), ella necesita un paso subsiguiente: el Derecho –y con él también el derecho transnacional– necesita reflejar su propio modo de ser violento

39. Derrida, *Weltbürger aller Länder, noch eine Anstrengung*, p. 1.

(Gewaltförmigkeit).^{*} El Derecho debe reconocer la tragedia de sí mismo.⁴⁰ Cuando el Derecho reconoce que es esencialmente fundado en violencia, que tiene un potencial generador de violencia, puede al menos hacer valer condiciones atenuantes de su culpa.

En ese sentido, Adorno atribuye a la reflexión de la violencia un efecto de “absolución” (“entsühnende Wirkung”) y, al hacerlo, se refiere a la crítica de la moral nietzscheana. Nietzsche habría fallado en reconocer que la moral del esclavo –tan agudamente criticada por él– es moral del señor, “o sea, aquella que es impuesta a los oprimidos por el señorío”. “Habría una percepción verdadera también en la brutalidad de la filosofía moral nietzscheana”: que una sociedad que está esencialmente basada en la violencia y la explotación, que mira constantemente a su propio rostro de forma confesional –y, si así lo desean, por medio de “violencia de género absolución”– es siempre más inocente que aquella sociedad que se racionaliza con sentido del Bien”.⁴¹

La culpa, al leer a Adorno aquí, nunca se vuelve inocencia, pero puede transformarse en menos culpable. La disolución de la violencia del orden capitalista es en el momento imposible, pero un trabajo de reflexión puede actuar como atenuador de la culpa. En efecto, el presupuesto es: acabar con la mentira. El Derecho debe someter a terapia sus represiones patológicas de la violencia y de lo irracional; aquellas represiones que llevaron a la libertad de la violencia en la racionalidad del Derecho.

¿Cómo puede el Derecho mirar en el rostro el fundamento de su violencia? Es posible decir con Walter Benjamin (y contra Carl Schmitt): que la trama entra en el tiempo. Cuando el derecho autónomo se refleja sobre sí mismo estéticamente, sin que se convierta en estética, puede emerger de ahí un Derecho que es humano.

Una estrategia de humanización se sitúa en la reflexión de la tragedia del Derecho para hacer visibles sus fuerzas demoníacas. El Derecho es como el “vestigio del ámbito existencial demoníaco de lo

* “Si la conciencia de la presencia latente de la violencia en un instituto jurídico suma, entonces se desmorona.” (Benjamin, *Kritik der Gewalt*, p. 190).

40. Ver Menke, *Die Gegenwart der Tragödie*, p. 13 y ss.

41. Adorno, *Probleme der Moralphilosophie*, p. 258.

humano” –que Benjamin separó, en su “Schicksal und Charakter” (“Destino y Carácter”) del reino de la justicia⁴² no se escapó de lo demoníaco.

El Derecho es, aquí, cosificación; el Derecho es una matriz anónima, parte de un “mundo pantanoso”,⁴³ derecho y culpa. El derecho enmaraña a los ignorantes (Unwissende) en un mundo invisible de albedrío de la hiper-normalización; algo descrito por Franz Kafka en la violencia tediosa del mundo.* El Derecho es un infortunio: “Tal como las leyes del destino –el infortunio y la culpa– elevan el Derecho a la medida de la persona, sería incorrecto asumir que sólo la culpa se encontraría en conexión con el Derecho, es mucho más susceptible de comprobación que toda y cada atribución de culpa no sea nada más que un infortunio”.⁴⁴

Eso es diferente con la tragedia. En primer término, la experiencia de la tragedia es la que hace posible la libertad humana. Este es el pensamiento central presente en el libro de Benjamín sobre el drama barroco alemán (Trauerspielbuch), en el que este autor toma una decisión de proceder de forma fundamentalmente opuesta a Schmitt en todo y cualquier paralelo en el que se encuentran sobre el tema. Benjamin está en oposición radical al entendimiento fundamental de la teoría de la soberanía de otro autor: no es el tiempo que irrumpe en la trama (Schmitt),⁴⁵ sino la trama la que invade en el tiempo (Benjamin). Para Schmitt, hay que entender el propio tabú de la culpa en la trama de las leyes de la soberanía política. Benjamin, al contrario, piensa que no es a partir de la soberanía, sino a partir de la trama que se va en dirección el tiempo.

El autor concibe la trama y el orden jurídico como campos autónomos entre sí. La forma de contemplación del orden por la trama no es

42. Benjamin “Schicksal und Charakter”, p. 174.

43. Benjamin, “Franz Kafka”, p. 412.

* “¡Ah, claro!” y acentuó con la cabeza. “ Los libros son el mismo código de leyes y ellos pertenecen a esta especie de uno de esos entes judiciales, bajo los cuales alguien es juzgado no sólo siendo inocente, sino también de forma desinformada.” (Kafka, *Der Prozeß*, p. 46).

44. Benjamin, “Schicksal und Charakter”, p. 174.

45. Ver Schmitt, *Halmet oder Hekuba*, pássim. Para una comparación entre Schmitt y Benjamin, ver, Bredekamp, “Von Benjamin zu Schmitt”, pássim, y Weber, “Taking Exception to Decision”, pássim.

predeterminada al juego por ese orden. No es el soberano quien decide sobre el estado de excepción (Schmitt); la tarea de esa soberanía es más bien evitar tal condición de excepción (Benjamin).⁴⁶ La abstención sobre la interrogante de la culpa en la tragedia no es una referencia de sumisión a la soberanía, no es una doctrina de las preguntas políticas del arte (Schmitt). La tragedia es la posibilidad de la liberación de lo demoníaco; es la opción por el perdón. No se trata de afirmar que la autonomía del arte es el fin de la tragedia (Schmitt), sino que la autonomía del arte es la condición para la tragedia (Benjamin).*

El contenido de experiencia de la tragedia confronta el Derecho con su fracaso; fracaso que es inherente al éxito: la ironía trágica de la praxis del Derecho es que la racionalidad jurídica –debido al éxito– produce, por sí misma (y, por eso mismo, necesariamente) su ruina, o sea, su violencia jurídica⁴⁷ (Rechtsgewalt); o infortunio. Para Benjamin, la tragedia demanda del Derecho que éste se perciba como violencia, como ámbito “en el que valen sólo la culpa y el infortunio, una balanza en la que dicha (Seligkeit) e inocencia (Unschuld) son demasiado leves, de modo que a su lado la balanza se eleva”.⁴⁸ Si el Derecho se postra delante del espejo de la tragedia, si el Derecho se libera como tragedia, la redención sería posible. Para ello el Derecho necesita alcanzar el nivel de reflexión de la tragedia. “Porque no fue en el Derecho, sino en la tragedia, que la cabeza del genio se destacó por primera vez en la niebla de la culpa, porque fue la tragedia la que rompió el destino demoníaco ... [...]. Ella no pone la culpa y la expiación de forma serena en los platos de la balanza, pero las bate, y las mezcla. No se trata de restaurar el “orden ético del mundo” (sittliche Weltordnung), sino de

46. Benjamin (en Benjamin, *Ursprung des deutschen Trauerspiels*, p. 245) “... hace que la función más importante del Príncipe sea la de excluir [el estado de excepción]”, y, contra la *Caesar est dominus et supra grammanicam* decisionista de Schmitt, se argumenta de forma basada en la política real: “el Príncipe, en el que se reposa la decisión sobre el estado de excepción, demuestra en la mejor de las situaciones, que una decisión le es casi imposible” (ídem., p. 250).

* “De forma semejante, la tragedia –de la que se podría abstraer la idea de autonomía estética– era una copia de acciones culturales entendidas como interconexiones de efectos reales” (Adorno, *Ästhetische Theorie*, p. 17).

47. Ver Menke, *Die Gegenwart der Tragödie*, p. 7.

48. Benjamin, “Schicksal und Charakter”, p. 174.

un intento por parte del hombre moral enmudecido, aún inmaduro – que así mismo se llama héroe– para levantarse en la agitación de un mundo torturado.

“El carácter sublime de la tragedia está en la paradoja del nacimiento del genio en el contexto de la estupefacción moral y de la infanilidad moral”.⁴⁹ Después del desmontaje de un orden místico de la cosmovisión de mundo, fuentes externas de fuerza ya no están disponibles para el Derecho, es el Derecho el que se torna en la tragedia visible.⁵⁰ El Derecho debe encontrar por sí mismo su fundamento de fuerza. En ese sentido, para que el Derecho manifiesto no se tome en violencia manifiesta, el Derecho tiene que reflejar que se construye sobre la violencia.⁵¹

El camino de salida hacia el Derecho sólo puede consistir en que lo demoníaco sea removido por un Derecho que se conozca a sí mismo: un Derecho que sabe que se funda en la violencia y que puede, en cualquier momento, transformar su fuerza de Derecho (Rechtskraft) en una violencia jurídica (Rechtsgewalt). Así, la tragedia puede romper el mundo ambiguo y demoníaco del Derecho: “lo trágico se relaciona con lo demoníaco así como la paradoja (Paradoxon) lo hace con la ambigüedad (Zweideutigkeit).⁵² La ambigüedad del derecho, las contingencias del decidir normativo, son para Benjamin expresión de lo demoníaco del mundo jurídico; un portal de entrada para decisiones arbitrarias que producen un sufrimiento en el Derecho.

La tragedia puede apuntar un camino emancipatorio, alejándose de esa ambigüedad, cuando el paradigma de la ambigüedad se sustituye por una reflexión de la paradoja. Si el Derecho reconoce su violencia, algo nuevo puede surgir; la emancipación es mucho más posible de ser pensada.⁵³ Por tanto, presentamos el Derecho a su propia tragedia: Ajax de Sófocles.⁵⁴ Dos errores de juzgamiento que llevaron a cabo por decisiones jurídicas que marcan la trama: una decisión errónea en el marco de un litigio para saber a quién deberían asignarse las armas

49. Benjamin, *Ursprung des deutschen Trauerspiels*, p. 288.

50. Ver Lehmann, *Theater und Mythos*, p. 193.

51. Ver Menke, *Recht und Gewalt*, p. 7 ss.

52. Benjamin, *Ursprung des deutschen Trauerspiels*, p. 288.

53. Ver Sagol, “Recht und Gerechtigkeit bei Walter Benjamin”, pássim.

54. Sophokles, *Aias*, pássim.

que quedan del combate, y una decisión que prohibió, contrariamente a la ley, la realización de una decisión la ceremonia fúnebre de enterramiento. En ambos casos, Ajax es la víctima. Ajax es afectado por una doble violencia decisoria (*Entscheidungsgewalt*).

Heiner Müller se refiere a eso en su poema “Ajax zum Beispiel”⁵⁵ (N.T. “Ajax por ejemplo”). Ajax se convierte en uno de nosotros, En Müller, Ajax es una víctima del poder estatal moderno. Una “mezcla de violencia y olvido”—en otras palabras: la cosificación— habría posibilitado la traición en el orden de los hombres. Esta es la acusación:

En el Hotel en Berlín, de la capital irreal
 Mi mirada atravesará la ventana
 Y recae sobre la estrella de Mercedes
 Que gira melancólica en el cielo nocturno
 Sobre el oro de los dientes de Auschwitz y otras filiales
 Del Deutsche Bank en el Europacenter.^{NT}

El poder del Estado (*Staatsgewalt*), escribe Müller, no emanaría del pueblo—como expresa el artículo 20 de la Constitución alemana de forma pseudo-racionalista y que oculta la violencia (*Gewalt*), sino que: “el poder del Estado emana del dinero”. El Derecho es parte de los poderes de orden demoníacos. No hay capitalismo sin violencia del Derecho (*Rechtsgewalt*). No hay medios de producción sin propiedad garantizada jurídicamente, no hay fuerza de producción sin contratos de trabajo, no hay política de intervención militar-policíaca sin el manto del Derecho y el manto del olvido.

¿Cómo es posible un Derecho democrático después de Auschwitz?
 ¿Cómo se puede pensar en una Corporate Social Responsibility de empresas transnacionales sin pensar⁵⁶ en la línea que lleva

55. Müller, *Ajax zum Beispiel*, p. 292.

^{NT} Müller refiere las coronas dentárias de oro. En campos de exterminio como Auschwitz, los nazis arrancaban y derretían las coronas dentárias de los presos. La estrella de Mercedes y Europacenter se encuentra en el *Kurfürstendamm*, una de las avenidas más ricas de Berlín, sugiriendo que el oro de los reclusos se habría utilizado para financiar la fortuna de los bancos alemanes.

56. Spivak, “Alte und neue Diasporas”, p. 21.

del colonialismo al “imperialismo, al neocolonialismo, a la transnacionalidad”?⁵⁷ El poema de Müller expone la farsa de la orden. ¿Cómo puede una empresa como Deutsche Bank AG basarse en informes de negocios que respeten los derechos humanos de acuerdo con el Global Compact y al mismo tiempo participar en todo el mundo de ilicitudes, siendo corresponsable por las irresponsables especulaciones de productos alimenticios que, a su vez, arrojan a los cielos los precios de los alimentos y arrojan a los hombres al acantilado, dejándolos a la ruina? Si el Derecho ya no puede reconocer que los derechos humanos se ha desviado para ser instrumento de la mercantilización (Merchandisinginstrumenten), entonces debe al menos lograr desarrollar repulsión (Ekel); repulsión contra sí mismo y contra las fuerzas demoníacas que dominaron sus propias fuerzas.⁵⁸

El demonio está en el orden del Derecho. El politeísmo social de los dioses de la economía, política, derecho, religión, ciencia, que también Max Weber describió,^{*} aliena, demoniza y forma un fundamento duradero de la violencia (Gewalt). La tragedia hace visible la potencialidad de la violencia (Gewalt) del Derecho; un potencial que es inevitable, como quiere que el Derecho esté organizado, siempre que las normas de protección procedimentales estén siempre insertadas. La estetización del orden en la escena visualiza lo invisible, muestra contundentemente el sufrimiento en el derecho.⁵⁹

Como persona dramática, Ajax personaliza ese sufrimiento. El reconoce a los demonios en acción—él percibe “si un Dios favorece las sombras” (Ajax, 455). Ajax es abogado por el demonio del derecho. Él no muere en la lucha en el campo de batalla, sino en la lucha contra el

57. Buckel (*Welcome to Europe*, passim) habla aquí de un modo de vida imperial como momento constitucional de la transnacionalidad.

58. Para la articulación de la repulsión, ver Derrida “ECONOMIMESIS”, p. 21.

* “Como en el viejo mundo, todavía no desencantado de sus dioses y demonios, pero en otro sentido: así como Helena una vez sacrificó a Afrodita, y después también a Apolo y sobre todo a todos los Dioses de su ciudad, entonces es esa la plástica desencantada y desnuda de lo místico, pero internamente verdadera a cada relación, aún hoy. Y sobre esos dioses reina el destino, pero con certeza no la ciencia” (Weber, *Wissenschaftslehre*, p. 605).

59. Una estética del derecho hace pensable una perspectiva de la liberación. Heiner Müller desistió de la esperanza de la tragedia: “Escribir una tragedia: ingenuidad sagrada”. (Müller, Ajax, p. 292).

derecho. Ajax, el “ejemplar ante los hombres”, “grande en el carácter y grande en sus actos”, el más bravo después del impecable Aquiles —así es como lo describe Homero en la *Iliada* (II.768, XVII.279)—,⁶⁰ “tiene todo aquello que caracteriza a un héroe trágico.” Ajax, por tener un Dios se te ha conferido fuerza y grandeza, y el entendimiento, en la lanza tú eres mejor “(II.VII 288). En cuanto a las armas de Aquiles, que murió en la guerra de Troya, resulta del derecho de Ajax el más competente y habilidoso en el campo de batalla después de la muerte de aquel, así los jueces declararon a Odiseo el más habilidoso, y se ganó el derecho de quedarse con las armas. En el caso de Ajax, eso fue un error de juzgamiento:

“Aiai! ¿Quién diría que mi nombre tendría tal correspondencia con mi penar?

Ahora es tiempo de gritar dos veces: aiai

Y tres veces; el tamaño es el penar en que me encuentro.

Yo, cuyo padre, aquí de esa tierra de Ida,

El más bello de los premios que recibí de héroe,

Es el regreso a casa, llevando la más alta gloria;

Yo, sin embargo, el hijo, que vino del mismo lugar de Troya,

que luché con fuerza no menor, y realicé hechos

no menores con mis propias manos;

Sigo completamente deshonrado por los agravios.^{NT}

Sin embargo, creo saber al menos lo siguiente,

Fue Aquiles vivo y, disponiendo de sus propias armas,

Quien pudo otorgar el premio del héroe a alguien,

Ese alguien no sería otro que yo. (Ajax, 430-443)

Ajax no es un Kohlhaas de las Átridas^{NT} ni un “Don Quijote de la rigurosa moralidad burguesa”,⁶¹ que violentamente busca justicia por una pequeñez de derecho de propiedad—aunque Kohlhaas y Ajax estén

60. Homer, *Ilias. Odyssee*, pássim.

^{NT} Provenientes de la ciudad griega de Argos.

^{NT} Referencia al personaje del romance *Michel Kohlhaas*, de Heinrich vom Kleist.

61. Segundo Ernst Bloch sobre Kohlhaas, in: Bloch “Über den Begriff Weisheit”, p. 376.

unidos por sus desgracias, productos de un error de juzgamiento en una disputa por bienes (Vermögenswerte). Para Ajax, no se trata de actuar “por principio”. Se trata de su propia grandeza, o mejor: de su honor. Ajax no se interesa por la propiedad de las armas. La parte positiva de la decisión le es indiferente. Para él, importan los motivos de la decisión, que habrían dejado de reconocer su ida a Troya “con fuerza no menor” (Ajax, 437) que la fuerza del más fuerte: Aquiles. Sófocles relata sólo por insinuaciones como tal decisión injusta pudo ocurrir.

Si se escucha a Menelao, se puede aproximar a una perspectiva sesgada de que los jueces serían víctimas de una campaña militar de Ajax (Ajax, 1066 y ss.). Sin embargo, se podría suponer también, si se mantiene Ajax en la perspectiva, “que no encabezó una manipulación, sino que se encontraba en una situación de argumentación desigual” en la que se decidía no por la presión del mejor argumento, sino porque Ajax “estaba en posición de inferioridad para representar sus intereses ante el ágil Odiseo”.⁶² Sófocles no consideró el proceso en sí como relevante para ser representado en la tragedia. Sin embargo, nos indica que la decisión incurrió en un error de juzgamiento; en una injusticia. Al final, el propio Odiseo admite –según Sófocles– que Ajax habría sido “ampliamente el más bravo de todos los argivos que habrían venido a Troya, desconsiderando a Aquiles”. (Ajax, 1339-41). Las armas se debían a Ajax, pero su carácter no fue reconocido debido a un juicio erróneo.

La locura de Ajax es consecuencia de esa injusticia. “El tribunal” –así describe Deleuze esa escena– “irrumpe en el mundo y lo hace, en efecto, en la forma de un error de juicio que llega hasta llevar a la locura y al delirio: cuando el hombre es engañado por su fortuna y por su tribunal divino, cuando la forma de otra fortuna se impone”.⁶³

Ajax reacciona humillado, impotente en su ira como consecuencia del error judicial sobre las armas, y es golpeado con locura por Atena. El “ataque de fiebre”⁶⁴ la venganza de Ajax es una locura a causa del Derecho. Sófocles no deja claro si era o no posible atribuir la culpa a

62. Meier, *Die politische Kunst der griechischen Tragödie*, p. 197.

63. Deleuze, “Schluß mit dem Gericht”, p. 197.

64. Nietzsche, *Menschliches, Allzumenschliches*, p. 175.

Ajax en el momento del acto.⁶⁵ En sentido jurídico, tampoco está claro si en la ejecución del acto su estado fue de imputabilidad o inimputabilidad. Sófocles, Nietzsche destacan vivamente, no una estructura de tragedia como una trama sobre la culpa o la inocencia, sino sobre “vivir una aventura” que habla “a partir de un tiempo inquieto y lleno de fuerza: tiempo que está parcialmente embriagado y anestesiado por la superabundancia de sangre y energía”.*

Sófocles no plantea el esclarecimiento jurídico de la interrogante de atribución de la culpa en el centro de la trama, sino más bien la locura en el Derecho, a través del Derecho, tras un error de decisión. Sófocles no comprende la desgracia en el Derecho como una categoría jurídica de la culpa; el no legitima la tragedia, sino que se mide en la categoría de la *sophrosyne*: El derecho demoníaco impulsa Ajax al suicidio, pues él, “dotado de naturaleza humana, no actuaba de forma sabia, correspondiente a un hombre”. (Ajax, 758,762).

También el segundo juicio erróneo de Ajax se trata de la violencia del Derecho (*Rechtsgewalt*). Ajax se convierte en una víctima post mortem de una segunda traición del derecho: Agamenón decide, notoriamente por los más vulgares motivos, que Ajax no podría ser enterrado, contrariando las leyes de la Antígona. Estos eran los motivos de la acusación de Odiseo: “¡Y la violencia no debe prevalecer sobre ti / desde que tú, en tu ira, no pases por encima del Derecho!” (Ajax, 1334-5). La prohibición de la ceremonia fúnebre “violaría la ley de los Dioses” (Ajax, 1343-4).

Sófocles nos comunica esa decisión al oír-decir, que Menelao promulga la sentencia, (Ajax, 1050). Ajax es el objeto de la decisión. En los motivos de la decisión, Odiseo y Teukros, que querían considerar la decisión como ilícita, presentaban resistencia a ella, dejándola de lado. La “colisión entre el dispositivo jurídico (*Satzung*) místico y la subjetividad”, sobre la cual Adorno escribe en su teoría estética (*Ästhetische Theorie*),⁶⁶ se llega al encuentro de Odiseo y Teukros, esta interrogante

65. Ver Winnington-Ingram, *Sophocles*, p. 21, Nota al pie 30.

* “Sería muy fácil, en el caso en cuestión, hacer de la culpa el gran lema para promover el drama; en efecto, debe evitarse” (Nietzsche, *Morgenröte*, § 240, p. 201).

66. Adorno, *Ästhetische Theorie*, pp. 344 ss.

antagonista del Derecho se sitúa en el propio Derecho: la lucha por el ceremonial funerario de Ajax no es una lucha entre poder y derecho; no se trata de una lucha entre dioses, sino de un conflicto en el Derecho, una colisión de mundos jurídicos. Hegel describe esto en su fenomenología desde una perspectiva hacia Orestie: Agamenón y Odiseo, para aguzar la lucha por el Derecho (de realización de una ceremonia fúnebre) de forma agónica, tienen el “mismo derecho” (“gleiches Recht”) y la “misma” falta de derecho (“gleiches Unrecht”).⁶⁷

Diké se escinde. La Dike de Creonte (el derecho positivo) y la Dike de Antígona (el derecho natural) estarían en relación de conflicto y no habría una tercera vía.⁶⁸ No hay salida de esa indecidibilidad. La paradoja del Derecho, el espejo del Derecho en el Derecho (o en su ilícito (Unrecht) impulsa la lucha del Derecho por el Derecho, siempre en camino a lo nuevo. Agamenón intenta, además, inmovilizar el conflicto con política del poder y con la antigua referencia a la inmutabilidad de decisiones jurídicas; aunque sean manifiestamente ilícitas:

“De tal proceder,
jamás surgiría un orden firme para cualquier ley
si rechazáramos a los ganadores por derecho
y trajéramos delante a los que están por último”. (Ajax, 1246-1249)

Aquello que “agradó a la mayoría de los jueces” (Ajax, 1243), debería, según Agamemón, dar el punto decisivo. Se necesitaría imponerlo con toda la dureza y cero tolerancias. Y, en efecto, Menelao sostiene que el Derecho no prosperaría “si el miedo no tuviese lugar fijo” (Ajax, 1072-3). Sin embargo, su intento falló. La discusión sobre la violencia del Derecho (Rechtsgewalt) de las decisiones no se deja más inmovilizar, ella pasa a ser el terreno común de debates públicos.

La tragedia llega ahora, y sólo ahora, en su ápice. No es el sufrimiento de Ajax que constituye su núcleo, su objeto no es la lucha existencial de los sujetos, sino la lucha existencial del Derecho. Sófocles nos

67. Hegel, *Die Phänomenologie des Geistes*, p. 539; para un enfrentamiento instructivo con colisión, ver Trüstedt, “Nomos und Narrative”, p. 64.

68. Ver Lehmann, *Mythos und Theater*, p. 161.

lleva a una reflexión trágico-forme de la fuerza del Derecho (Rechtskraft), cuyo poder explosivo no se encuentra meramente en notar que el derecho (positivo) está postrado contrariamente al derecho (natural); la Dike de Creonte contra la Dike de Antígona, o *ius* contra *fas*. Para el Derecho, la situación es mucho más dramática: “El logos del derecho se vuelve, en la tragedia, problemático en su todo”.⁶⁹ El discurso de la tragedia, que es un discurso estético, suspende el discurso jurídico.

El suicidio trágico de Ajax, su conmovedor discurso de despedida, en el que acepta su destino, debilita el derecho demoníaco en su corazón. La muerte de Ajax es la salvación y la salida de la locura del Derecho. Benjamin describe ese momento en su Trauerspielbuch (NT “Origen del Drama Barroco Alemán”) como una crisis de muerte (Todeskrisis): “La muerte trágica tiene el doble sentido de debilitar el derecho antiguo del Olimpo y de sacrificar, como primera obra de una” la nueva cosecha de la humanidad, al Dios desconocido de los héroes. (...) La muerte se convierte, pues, en la salvación: crisis de muerte (Todeskrisis)”.⁷⁰

Ajax se retira de las consecuencias del ilícito jurídico (des rechtlichen Unrechts) por medio del suicidio. No se trata de un suicidio político como consecuencia de una protesta contra un orden injusto; no se trata de un acto simbólico que pueda cambiar el destino del mundo, sino que se trata de un hecho asocial en su esencia. Ajax se vuelve para sí mismo y hacia sus medidas de valores machistas-aristocráticos de la destreza y fuerzas puras. Como se encuentra en la autotematización de Heiner Müller “EU, AJAX, VICTÍMA DE UNA TRAICIÓN DOBLE”, se trata, en Ajax, del Yo, y no del “Nosotros”. Y, sin embargo, es precisamente ese suicidio que lleva a la confrontación del Derecho con su violencia.

Sin embargo, la crisis de la muerte no es la única posibilidad de reacción a la violencia del Derecho (Rechtsgewalt) que Sófocles presenta. El desastre del suicidio alcanza a Ajax; como dijo el Profeta de Kalchas, sólo en ese único día, en el que él «dotado de naturaleza humana, no actuaba de forma sabia, correspondiente a un hombre». (Ajax160-1). Con Odiseo fue diferente. También se enfrentó a la violencia del Derecho, sin embargo, reacciona “de forma sabia, correspondiente a

69. Ídem

70. Benjamin, *Ursprung des deutschen Trauerspiels*, p. 285 ss.

un hombre”. La prohibición de realización de una ceremonia fúnebre y entierro proferida por Agamenón prohíbe que Ajax fuera enterrado. En el caso de Odiseo, que desde la sentencia sobre las armas de Aquiles fue considerado “el mayor enemigo de todos los griegos” (Ajax, 1398), permitió la defensa del entierro de Ajax.

Sófocles presenta a Odiseo como un hombre honrado que es tocado por la destreza de Ajax, (“sí, para mí la destreza vence al odio”—Ajax 1357) quien toma, en el manejo con la injusticia judicial, un camino diferente de aquel elegido por Ajax. Él se contrapone al derecho de Agamenón. Agamenón, por su parte, resiste y defiende la decisión que él tomó en conjunto con Menelao, apela a la fuerza de la existencia (Bestandkraft) y apela a la necesidad de dureza política. “Harás que parezcamos cobardes en este día”, teme Agamenón (Ajax 1362). Sin embargo, sin impresionar, Odiseo responde: “No, sino como hombres justos ante todos los griegos” (Ajax, 1363). La justicia se convierte en la frontera de la fuerza del Derecho (Rechtskraft). El Derecho necesita inclinarse ante ella. Y en un último ápice, Sófocles deja claro que esa justicia no puede ser vivenciada por el orden cosificado, sino sólo contra tal orden. La justicia se encuentra en el cuidado de sí misma:

“Agamenón: Ordenas, entonces, que yo entierre al muerto?

Odiseo: Si, pues yo también iré para allí.

Agamenón. Siempre es lo mismo. Cada hombre se preocupa- de sí mismo.

Odiseo: Y por quien debería yo preocuparme mas que conmigo mismo?” (Ajax 1364-1367)

El *actus contrarius* de Agamenón crea nuevo Derecho al abrir un pasaje para la experiencia de la injusticia. Cada cual su manera, tanto Odiseo y Ajax, colocan la morada de la servidumbre del derecho demoníaco en cuestión. Sin embargo, la paradoja es: “la grieta monstruosa” que “se abre entre el derecho y la justicia”⁷¹, se necesita un medio jurí-

71. Benjamin, “Notizen zu einer Arbeit über die Kategorie der Gerechtigkeit”, p. 42.

dico para reducir dicho distanciamiento. Es sólo por tal medio que se hace posible una emancipación social de la locura del Derecho.

La violencia del Derecho (Rechtsgewalt) sólo puede ser despotencializada por un nuevo Derecho: el diablo debe ser exorcizado por Belzebu.⁷² La articulación de la injusticia no es suficiente, no crea otro mundo. No obstante, en la lucha de interpretación jurídica del Derecho es necesario postrar este ante el espejo de la justicia, espejo este que puede debilitar el viejo Derecho e insertar continuamente el nuevo orden en la forma del Derecho.⁷³ La referencia a la justicia no es, pues, la piedra angular en una pirámide de la argumentación jurídica racional. Ella no es suficiente para desarrollar una fuerza de juicio (Urteilkraft) reflexiva, que piense a partir de una dirección contraria del poder subsumidor de juicio de lo particular a lo jurídicamente general.⁷⁴

El juicio no es una cuestión singular del entendimiento. El llamado la justicia es mucho más que una articulación de sentimientos: el orden y humanidad están en relación mutua de contradicción. El mensaje de Odiseo es que, en esa contradicción, el bien social sólo puede surgir en sintonía con la humanidad. Odiseo se preocupa por su buena vida individual para alcanzar el bien social y acabar con la injusticia, singularidad y representación están apoyadas una en la otra. En el lugar del derecho demoníaco, que se mostró como inhumano y como violencia vestida de derecho, Odiseo coloca un orden demoníaco que se construye sobre el pensamiento de la humanidad. La demanda central de Odiseo apunta a la empatía:

“Escuche, por el amor de los Dioses, y no deje, de forma insensible en este caso, que ese hombre quede sin ser enterrado!”
(Ajax, 1332)

Sólo un derecho humano debilita el derecho demoníaco y pauta el camino hacia un nuevo orden. En primer lugar, esta enseñanza,

72. Ver Teubner, “So ich aber die Teufel durch Beelzebub austreibe...”, pp. 109-134.

73. Ver Teubner, “Selbstsubversive Gerechtigkeit”, p. 315-351.

74. En este sentido, ver Gabriel, “subsumierende und reflektierende Urteilkraft”, pp. 1-25.

aprendida de la tragedia del Derecho, es la que puede llevar a un orden que sea orientado por la humanidad. No se trata, aquí, de una ocurrencia meramente cognitiva: la acusación de Odiseo (¡"de manera tan insensible"!)" demanda que se considere otra racionalidad.

4. Derecho mimético

Esta es otra racionalidad, ese Otro de la racionalidad, que Adorno articula en el pensamiento de la mimesis como "el pre-mental (Vorgeistige) que, contrario al entendimiento (Geist), entre tanto, es aquello que lo incita".⁷⁵ Para Adorno, son precisamente los impulsos miméticos que permiten "algo que sería diferente de lo que existe de forma indescribible".⁷⁶ A partir de la tensión entre mimesis y racionalidad, Adorno busca inaugurar un proceso en el que la mimesis se convierte en un "correlato correctivo"⁷⁷ de la racionalidad.

La mimesis emancipatoria rompe con la primacía de la racionalidad intencional y establece una tensión en el sistema.⁷⁸ "El impulso, el miedo físico desnudo y el sentimiento con que, según las palabras de Brecht, cuerpos atormentados (quälbaren Körpern)"⁷⁹ se convierten en la contradicción del orden inhumano en sí misma: para Adorno, "en la época de la represión social universal, [la imagen de la libertad, contraria a la sociedad, vive] sólo en las fuerzas motoras del individuo maltratado y destrozado. Allí donde cada [libertad] puede tener un refugio dado históricamente, ella no se deja declarar de una vez por todas y de forma general. Concretamente, la libertad se transforma ante las formas cambiantes de la represión: en la resistencia contra ellas".⁸⁰

Por tanto, mimesis no es cualquier "retorno [inocente] a la naturaleza",⁸¹ sino un proceso histórico de luchas concretas por libertad. Una

75. Adorno, *Ästhetische Theorie*, p. 180.

76. Adorno, *Negative Dialektik*, p. 395.

77. Früchtel, *Mimesis*, p. 35.

78. Ver Zimmermann, *Der ästhetische Augenblick*, p. 28.

79. Adorno, *Negative Dialektik*, p. 281.

80. Ídem, p. 262.

81. Al contrario, su lema es "al frente, de la naturaleza!" (Adorno, "Der dialektische Komponist", p. 202).

mímesis arcaica que promete la salvación (das Heil) la emulación de condiciones pseudo-naturales no es una respuesta contemporánea a los desafíos de la sociedad moderna diferenciada. No hay ningún privilegio de un orden natural verdadero ante un “doble” mimético. El representado y la representación (Vorbild und Abbild) se desdibujan en el simulacro.⁸² Así que el “artefacto [social busca despertar] la ilusión del natural”, él falla; por lo que Adorno en su teoría estética (Ästhetische Theorie) resalta el carácter monodológico de la obra de arte (“centro de fuerza y cosa-en-uno-solo” (Ding in eins). Lo que es caracterizante de la mímesis emancipatoria no es el esencialismo de la fuerza, sino un proceso de apertura cerrada de formas sociales autónomas.

Para Adorno, se trata del establecimiento de un proceso inmovilizado, cristalizado e inmanente “.⁸³ La mímesis emancipatoria apunta al establecimiento de un proceso subversivo,⁸⁴ en el cual se abre la posibilidad de una vida reconciliada de personas libres “⁸⁵ en el que, la autonomía irreflexiva que “se retira de la adaptación al mercado y al consumismo, (...) [se transforma] involuntariamente en ataque “.⁸⁶

Con eso, Adorno atribuye “a aquellas fuerzas de impulso (Triebkräften) que estallan de forma eruptiva y se rebelan contra lo horrible como el sufrimiento de otros”, la fuerza de crear una vida en común en correspondencia con la dignidad humana.⁸⁷ El asume que el establecimiento de un orden social de dignidad humana “solamente sería posible si los impulsos de los hombres ya no se reprimieran, sino que sean satisfechos y liberados”.⁸⁸

Al aplicar esto en el caso de Odiseo, tenemos que: en la medida en que denuncia la insensibilidad, él contrapone lo demoníaco con el comienzo de un nuevo orden que, a su vez, no es sólo racionalidad fría, sino también es mimética. Lo que Adorno dijo sobre el arte vale también, correspondientemente, para el viejo Derecho, a saber, que él

82. Ver Jay, “Mimesis und Mimetologie”, p. 176.

83. Adorno, *Ästhetische Theorie*, p. 268.

84. Ver Cahn, “Subversive Mimesis”, p. 27-64.

85. Adorno, *Negative Dialektik*, p. 271.

86. Adorno, *Noten zur Literatur III*, p. 425. nt: El texto de Adorno citado es “Engagement”.

87. Ver Wischke, “Eine negativ gewendete Ethik des richtigen Lebens?”, pp. 34 ss.

88. Adorno, *Erziehung zur Mündigkeit*, p. 102.

“sería muy profundamente empapado con la racionalidad”. Sólo un derecho mimético puede acabar con este estado de cosas en “que ninguna racionalidad ha sido hasta hoy una racionalidad completa, que ninguna racionalidad, de manera irrestricta, haya venido al encuentro de los beneficios de los hombres, de su potencial, o incluso de su” naturaleza humanizada”.⁸⁹

En cuanto a la imagen direccionadora del derecho receptivo, está dirigida a una construcción adecuada de complejidad del Derecho – derecho que se comporta receptivamente en relación a los ámbitos de racionalidad de su ambiente social*–, la demanda por un derecho mimético apunta a un Derecho que no se agota en la administración de procesos fragmentados de aprendizaje de ámbitos sociales diferenciados; sino que se torne a la singularidad y amplíe su receptividad: él rompe las correas de la racionalidad en la medida en que aguza su propia mirada hacia lo irracional en las insurgencias sociales. El desarrolla un sentido para la racionalidad de formas sociales; arracionabilidad que es parte de un proceso de desarrollo de fuerzas e impulsos que parten a los seres humanos.

La experiencia de la tragedia del Derecho consiste en que tal estado mimético sólo puede alcanzarse bajo el precio de la destitución (Entsetzung) del Derecho.

La tragedia posibilita intuir que el abismo entre la forma abstracta y la justicia singular siempre persiste; i. e), “que no es posible decir en el presente: una decisión –o una persona– es justa”⁹⁰ –o mimética–. La tragedia hace que el Derecho se confronte con su violencia y se torne simultáneamente visible, la experiencia de la superación completa de esa violencia es imposible.

89. Adorno, *Ästhetische Theorie*, p. 487.

* “Por eso, sólo si es posible hablar de justicia en el sentido de una complejidad adecuada de la decisión consistente. La adecuación surge de la relación del sistema jurídico con el sistema social. En ese sentido, se ha hablado también de ‘responsabilidad’ del derecho” (Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, p. 225, énfasis del original).

90. *Derrida, Gesetzeskraft*, p. 48.



CAPÍTULO III

La Fuerza del Derecho



“La fuerza del derecho reposa en la sensación, así como en el amor; el entendimiento no puede sustituir el sentimiento cuando éste falta”

Así entendida, la demanda por justicia, apunta hacia un Derecho nuevo y distinto, para el establecimiento de un orden de dignidad humana, para un derecho mimético en el que la justicia como “principio de toda definición divina de metas (Zwecksetzung)” puede ser mantenida porvenir (Im Kommen).² El impulso de la justicia requiere el otro Derecho irracional-racional, pero lo contradice inmediatamente, sin caer en un nihilismo jurídico. Benjamin reconoce esta paradoja. El no reduce la crítica jurídica a una demanda por responsabilidad, ni a un mal entendido del nihilismo jurídico, que se opone al Derecho sin siquiera tener una concepción de Derecho; por el contrario, busca convertir el Derecho en un proceso jurídico, usando los medios del propio Derecho.³ Benjamin observa esta astucia en Karl Kraus: “Venerar la imagen de la justicia divina como lengua –como la propia lengua alemana– es el verdadero salto mortal judío, con el que busca romper el hechizo del demonio. Al final, este es el último acto oficial de este fanático: denunciar el propio orden jurídico. Y no con revueltas pequeño burguesas contra la esclavitud del ‘individuo libre’ a través de ‘fórmulas muertas’. Aún menos con la posición de aquellos radicales que

1. Jhering, *Der Kampf um's Recht*, p. 45.

2. Benjamin, *Zur Kritik der Gewalt*, p. 198.

3. Al establecer una relación entre la violencia divina de Benjamin y el terror, Slavoj Žižek muestra no comprender esta reentrada (re-entry) en el Derecho (Žižek, *Violence*, p. 151 ss).

atacan los artículos de ley sin dar ninguna satisfacción a la justicia. Kraus denuncia el Derecho en su sustancia no en su efecto. La acusación es de alta traición del Derecho frente a la justicia”.⁴ En la noción de proceso por alta traición conducida en nombre de la justicia contra el Derecho, una trama mesiánico-marxista se condensa en los trabajos benjaminianos. Benjamin demanda una nueva legalidad que sólo se puede realizar como negación de la legalidad antigua. Ella instaurará un nuevo orden, una era post-demoníaca, que dejará atrás la violencia capitalista. El ángel de la historia observará sus ruinas detrás de sí.

El enfoque elegido por Benjamín para una diferenciación –inicialmente sólo analítica– entre la violencia divina y la violencia mítica, por medio de la cual él diferencia el derecho revolucionario, descosificado y humano (derecho divino) del derecho cosificado de la alienación (derecho mítico), está sujeta a diferentes interpretaciones. En primer lugar, se puede proyectar la violencia divina en la violencia mítica, concebir la destitución (*Entsetzung*) propuesta por Benjamin como domesticación de la violencia mítica y assimilar así la violencia divina a la mítica. En una segunda variante, contra la cual Derrida advierte enfáticamente, que la violencia divina aniquila la violencia mítica. En este caso, la huelga general proletaria se vuelve indistinguible de la violencia totalizadora y antijurídica de la destrucción o de la crítica exterminadora de derechos hecha por los fascistas. Con base en esta concepción, Derrida acusó a Benjamín de complicidad como “el peor de los peores”.⁵ En la tercera lectura, sugerida por Camelia Vismann, el discurso mesiánico-marxista de Benjamin tiene como objetivo la “anhelo por el Otro, más allá de la violencia jurídica”,⁶ una nueva legalidad que no puede ser realizada como negación de las antiguas legalidades, sino por medio de una nueva forma del Derecho que reconozca la diferencia entre las violencias divina y mítica, pero combina las dos formas, sin permitir que una se superponga a la otra.

Una sugerencia de cómo esta combinación podría ser realizada es dada por Benjamin, en la línea de Sorel, a través de la diferenciación

4. Benjamin, “Karl Kraus”, p. 349

5. Derrida, *Gesetzeskraft*, p. 123.

6. Vismann, “Das Gesetz ‚DER Dekonstruktion’”, pp. 259 ss. y 261.

entre la huelga general política y la proletaria. Benjamín insiste en que la huelga general política sirve como marco de una lucha que desemboca en una acción instrumental estratégica, desarrolla formas político-jurídicas y necesita adherirse a las formas político-jurídicas para obtener éxito. Por otro lado, la huelga general proletaria, siendo la expresión de una violencia que reina, es la ruptura con el círculo de la violencia, de cálculo es contracálculo, de éxito, concesión, compromiso, lucha, etc. Ella no tiene forma y anticipa el comunismo.

El desafío es combinar en la praxis ambos momentos: el político y el proletario, de manera tal que la perspectiva de regencia (waltende) de la trascendencia del derecho, según lo esbozado por Benjamín, sea mantenida, aunque la huelga proletaria se consolida en las instituciones político-jurídicas. Esto presupone que las diferencias entre ambas formas sean reconocidas, aunque en el momento de regencia no sea transferido a las reflexiones de las instancias de decisión política, y sin que él justamente impida que la violencia política se comporte como proletaria. La posibilidad de trascendencia no puede ser triturada por los molinos del sistema. El remate de Benjamin es insistir en que el Derecho no es destruido por la apropiación proletaria del Derecho. Por el contrario: en la apropiación social de las instituciones, la perspectiva de una trascendencia del Derecho debe permanecer abierta para corresponder a las demandas trascendentales y transformar la inmanencia de la forma de violencia mística por el Otro del Derecho. Étienne Balibar describe en el diccionario de la crítica histórica del marxismo como la reacción trágica de la relación de la política y la violencia, el habla de la necesidad de que una “civilización de la política” sea acompañada por una “civilización de la revolución”^{*} en respuesta a la relación entre política y violencia, considerada trágica por el autor.⁷

En este momento, Balibar articula el pensamiento paralelo de que el círculo de violencia y contra la violencia debe ser interrumpido. En

* “La paradoja de la relación del marxismo con la violencia está en el hecho de que esta escuela dio una contribución crucial e indispensable para la comprensión del ‘papel de la violencia en la historia’ [...], pero desde el principio, en tanto, fue incapaz de pensar la relación ‘trágica’ [...] que conecta íntimamente la política y la violencia en una unidad de opuestos altamente ‘violentos’” (Balibar, “Gewalt”, columna 694).

7. Ídem, columnas 696, 1306 y s.

comparación con el llamamiento de Balibar por una política de no violencia en los moldes de Mahatma Gandhi, apostando por civilizar la política por medio de una auto-civilización de la sociedad civil, el enfoque benjaminiano es más radical. Al final, su punto de partida es tanto la calle como el interior de los sistemas problemáticos: ir, con el Derecho, contra el Derecho. El sistema necesita ser pacificado en su interior y sus propios recursos necesitan ser reinterpretados de manera emancipatoria para romper el círculo de la violencia que no se expresa sólo de manera psíquica. Eventualmente, esto trasciende el propio sistema. Por esta razón, Benjamín conjura una “cultura del corazón”, que debe poner a disposición, en el derecho trascendental, los medios para un acuerdo no violento.⁸ El objetivo es establecer un funcionamiento del Derecho libre de violencias. De esta manera, el Derecho ya no tomará decisiones violentas y se convertiría en un “civilizador gentil”⁹ a cuyo estudio Benjamín “asocia las promesas que la tradición vincula al estudio de la Torá”.¹⁰

Es grande la tentación de ignorar tal “delirio mesiánico”, pero esto no haría justicia a la complejidad del pensamiento benjaminiano, cuya exigencia por superación del derecho demoníaco como derecho capitalista está inserta en la tradición de la Escuela de Francfort. En cuanto a la superación del orden demoníaco a la orden capitalista, Benjamín y Adorno llegan a un consenso. Ambos creen que cuando las promesas mentirosas del orden demoníaco se toman como verdad, la trascendencia es posible en la inmanencia de este orden. Mientras Benjamín quiere someter el Derecho al proceso de la justicia, Adorno exige el cumplimiento de la promesa de la justicia conmutativa, para poner fin a la mentira: “Si simplemente se anulase la categoría de medida de la comparabilidad, aparecerían ésta, en el lugar de la racionalidad que reside ideológicamente, pero también como promesa en el principio de

8. Benjamin, *Kritik der Gewalt*, p. 47

9. La expresión fue acuñada por Martti Koskenniemi (Koskenniemi, *Gentle Civilizer of Nations*, pássim) y se refiere al Derecho internacional, lo que concuerda con el pensamiento benjaminiano de que justamente el Derecho global, con sus formas diplomáticas de solución de conflicto, estaría situado más allá de la violencia (Benjamin, *Kritik der Gewalt*, p. 195).

10. Benjamin, “Franz Kafka”, p. 473.

intercambio, en la apropiación directa, en la violencia y, hoy en día, en el privilegio desnudo y crudo de los monopolios y de los grupos de interés. La crítica al principio de conmutativo [...] busca la realización del ideal de un intercambio libre y justo, que hasta nuestros días no fue sino mero pretexto. Solamente eso sería capaz de trascender el intercambio”.¹¹

Esta formulación de Adorno encuentra su equivalente en la noción de Benjamín de que la violencia sistémica debería ser desarticulada por dentro. La crítica a la violencia jurídica tendría entonces que emplear las propias formulaciones de la violencia jurídica contra ella misma. Sólo la realización (imposible) del derecho justo puede trascender el Derecho. No se trata de un delirio mesiánico, sino de una utopía realista de la emancipación social. La sociedad no es redimida: se libera a sí misma al trascender el orden violento.

1. La fuerza expresiva en el Derecho

Pero, ¿qué surge desde una perspectiva que entiende la justicia como una fórmula de trascendencia y que asume la emergencia de sustentar el surgimiento de la justicia en el Derecho como porvenir? ¿Sería posible concebir una teoría de la fuerza jurídica que incorpore jurídicamente la posibilidad de someter el Derecho al proceso de la justicia? El Derecho puede incorporar “la fuerza o el impulso de la justicia”¹² en sus estructuras sistémicas, de tal manera que la fuerza se convierta en algo más que apenas una incomodidad para el proceso de racionalidad? ¿Cómo se puede imaginar una fuerza normativa?

La fuerza es ubicua. Las fuerzas de trabajo en el sistema económico, la fuerza espiritual en la religión, la fuerza artística, la fuerza política: la fuerza que se forma sin una sola forma toma muchas formas. El médico de Molière ironizó esta omnipresencia de la fuerza al relacionar incluso los efectos somníferos del opio a la *vis dormitiva*. La fuerza del Derecho necesita tener una fuerza específica. ¿Sería posible pensar como una forma socializada de las fuerzas normativas humanas, como

11. Adorno, *Negative Dialektik*, p. 150.

12. Menke, “Subjektive Rechte”, p. 106.

una fuerza normativa que establece una relación constitutiva entre la fuerza humana y la fuerza social?

En principio, este fue el punto de partida de Jürgen Habermas que, por medio de la teoría discursiva del Derecho, introdujo la fuerza como reguladora de la razón, para él, “las órdenes se deben a su autoridad vinculante y los comandos deben su fuerza jurídica, a un fondo normativo anteriormente establecido como válido. Somos capaces de comprender tales actos de habla sólo con el conocimiento de las razones autorizadoras que son establecidas por este telón de fondo. La dependencia contextual de las pretensiones de corrección normativa puede ser explicada por la hipótesis de que las energías de vínculo ritualmente producidas sólo se conectan secundariamente con el discurso resultante de los contextos cooperativos cotidianos.”¹³ Originalmente, Habermas reconocía aquí el funcionamiento de una fuerza sublimada elemental y originaria: “El aura de encantamiento y espanto irradiada por lo sacro, la fuerza fascinante de lo sagrado sublimado al mismo tiempo en que se cotidianiza al convertirse en la fuerza vinculante de pretensiones de validez criticables.”¹⁴ Lo interesante en esta tesis de sublimación es que Habermas no busca cortar la relación con el no-comunicable.

A diferencia de las teorías convencionales de la justificación, él contextualiza la totalidad de la racionalidad comunicativa y sitúa la comunicación “en el horizonte del mundo de la vida”¹⁵, que simultáneamente es “el lugar trascendental en el que hablante y oyente se encuentran”¹⁶ Con eso, Habermas mediatiza la “fuerza de lo sagrado” por medio de los discursos racionales, ya que éstos posibilitarían el encuentro de sujetos.

Por esta razón, Habermas establece en la teoría de la acción comunicativa un camino que conecta el derecho a diferentes fuerzas normativas: el Derecho aparece como medio de organización, como medium que “resulta del aumento de la complejidad de los sistemas económico y

13. Habermas, “Versprachlichung des Sakralen”, p. 13.

14. Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, vol. 2, p. 119 grifo no original).

15. Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, vol. 1, p. 107.

16. Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, vol. 2, p. 192.

administrativo”;¹⁷ aparece en co-evolución con las fuerzas sociales que se diferencian en sistemas de función. Al mismo tiempo, el Derecho estaría vinculado a las energías de vínculo ritualizadas en el mundo de la vida y se elevaría en estas instituciones jurídicas la interrogante de la justificación normativa de las decisiones del Derecho que co-evolucionan. Sin poseer una “fuerza constituyente”, la institución jurídica ligada al mundo de la vida confronta al *medium* jurídico con otra normatividad, que acentuaría la tensión entre institución jurídica y *medium* jurídico.¹⁸ En principio, Habermas tematizó conscientemente la diversificación de las fuerzas normativas en las formaciones sociales diferenciadas funcionalmente y su interacción con las fuerzas normativas del mundo de la vida. Sin embargo, no dio continuidad a esta idea. Para ello, sería necesario rastrear exactamente cómo la normatividad se genera en el mundo de la vida. Sería necesario reconstruir el concepto de mundo de la vida de Husserl, considerar atentamente las fuerzas normativas de la corporeidad primordial y observar los procesos socializantes de estas fuerzas. Habermas optó por no seguir este camino y se alejó cada vez más de tal programa, a punto de distanciarse explícitamente de sus trabajos iniciales: “En la Teoría de la Acción Comunicativa, yo partí apresuradamente del supuesto hiperinclusivo de que la fuerza de enlace racionalmente motivadora de los buenos fundamentos, que es crucial para la función de coordinación de la acción de comprensión lingüística, podría en general estar relacionada con la verbalización de un consentimiento originario, asegurado inicialmente de manera ritual.”¹⁹

Al disolver el nexo entre la comunicación jurídica discursiva y el mundo de la vida, Habermas radicaliza su modelo de la intersubjetividad, convirtiéndolo en un modelo de intersubjetividad jurídica. En la combinación específica entre las libertades subjetivas de acción (tal como están constituidas por el Estado de derecho) y el derecho objetivo, el busca normas que realizan adaptaciones comportamentales fácticas, pero al mismo tiempo desarrollan “una fuerza social integradora,

17. Ídem, p. 537.

18. Ídem.

19. Habermas, “Versprachlichung des Sakralen”, p. 13.

en la medida en que imponen las obligaciones a los destinatarios, lo que, según nuestro supuesto, sólo es posible en la base de pretensiones de validez normativas y reconocidas intersubjetivamente”²⁰ La propia legislación se convierte en un “lugar de integración social”, de modo que “la pretensión de legitimidad de un orden jurídico construido por derechos subjetivos sólo puede ser efectuada a través de la fuerza socialmente integradora de la voluntad unida y coincidente de todos los ciudadanos libres e iguales”.²¹ A partir de la sublimación de la fuerza humana en discursos intersubjetivos se observa la sustitución completa de la fuerza por los discursos en el Estado de derecho.

De esta manera, Habermas priva al mundo de la vida humana de fuerza normativa. Al final, él piensa el derecho exclusivamente desde el punto de vista de la intersubjetividad jurídica. Su impulso es democrático: todo debe estar abierto a la configuración política.

Quod omnes tangit debe poder ser decidido por procedimientos democráticos. Sin embargo, el perímetro de exclusión de este enfoque es demasiado grande. En la identidad entre creadores y destinatarios del Derecho, el modelo de intersubjetividad de Habermas no deja espacio para el no representable y los no representados. Los derechos procesales de los inmigrantes clandestinos (que Derrida analiza desde la perspectiva del derecho transnacional subversivo), lo incommunicable, lo arracional y la dimensión mimética tampoco encajan en la definición habermasiana. La democracia de Habermas es una democracia consensuada racional. Para él, procedimientos democráticos no tienen el objetivo de posibilitar la resistencia, la articulación de un disenso emocional o la toma de una decisión democrática relacionada a tal disenso. Por el contrario, el objetivo de tales procedimientos es promover un consenso entre sujetos racionales. En esta totalidad de la razón, el punto de referencia no es el ser humano, sino el sujeto como entidad jurídica. Para Habermas, el momento crucial no es el de la empatía humana, de la imaginación, sino el de la interacción comunicativa, del intercambio de pretensiones de validez y de la justificación de normas capaces de alcanzar un consenso. Es verdad que Habermas supera una

20. Habermas, *Faktizität und Geltung*, p. 43 y ss.

21. Ídem, p. 50.

epistemología basada en el sujeto, lo que representa una importante socialización de la teoría jurídica. El monólogo interno del sujeto kantiano se convierte en un diálogo intersubjetivo, en el cual es necesario encontrar reglas discursivas procedurales en la situación ideal de habla para poder reivindicar una validez normativa. Sin embargo, esto resulta en un regreso infinito de discursos, en el cual la fuerza vinculante de las reglas discursivas sólo puede derivarse de discursos. La circularidad de las fuerzas discursivas no puede ni explicar ni asegurar la fuerza vinculante de las pretensiones de validez. En el flujo de los discursos, no hay espacio para la conexión entre fuerza jurídica social y fuerza humana, porque el fuego de las energías de conexión es apagado por las aguas impetuosas de los discursos intersubjetivos.

La sustitución de la fuerza ritual por un discurso desprovisto de soberanía no deja ningún resquicio de la fuerza normativa. Es la confirmación y el fortalecimiento de la tesis benjaminiana de que “con el paso de los siglos a la fuerza mimética, y con ella el don de la aprehensión mimética, abandonó ciertos espacios, tal vez ocupando otros.”²² En ese sentido, Habermas comprende mal la versión intersubjetiva de la fuerza normativa, permaneciendo externamente a ella. Su interpretación sólo puede fundamentar la normatividad por medio de un retorno infinito a la no normatividad.

Mientras los trabajos iniciales de Habermas aún tenían una mirada a la “paradoja de estas estructuras jurídicas”,²³ que él considera justificado en el vínculo particular entre instituciones jurídicas (relacionadas con el mundo de la vida y la fuerza) y un medio jurídico (que coevoluciona con esferas funcionalmente diferenciadas), sus trabajos más tardíos pierden la conexión con las contradicciones reales y, consecuentemente, las fuerzas normativas. De esta manera, su kantianismo tardío y discursivo ético no perdió sólo el contacto con Marx, Adorno, Horkheimer, Benjamin, Abendroth, Kirchheimer y Neumann,²⁴ perdió también la conciencia de las paradojas del Derecho, para los cuales no

22. Benjamin, “Lehre vom Ähnlichen”, p. 205.

23. Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, vol. 2, p. 539.

24. Ver también la crítica en Honneth, *Pathologien der Vernunft*, p. 44, para quien el desarrollo habermasiano de la teoría crítica “básicamente no puede ser conciliado con las cuestiones originales de la tradición”.

están disponibles fundamentos finales entre alteridad y singularidad, entre el mundo de la vida y los sistemas funcionalmente diferenciados. En el discurso filosófico de la modernidad, cuando se critica la primera generación de la teoría crítica que se encontraba en torno a Adorno y Horkheimer, “que persistían en la paradoja, allí donde la filosofía mantuvo ocupada con sus fundamentos últimos”,²⁵ Habermas marca su ruptura con una tradición cuyo objetivo es conseguir articular las contradicciones de las condiciones cosificadas con el bien vivir y desacreditar a las fuerzas liberadoras humanas, posicionándose contra la cosificación. La teoría jurídica de Habermas no apunta más a la posibilidad de un orden sin violencia, su “objetivo como tal ya no es la abolición de un sistema económico capitalista independiente o de un sistema de soberanía burocrática independiente, sino un represamiento democrático de los derechos de abusos colonizadores de los imperativos sistémicos en ámbitos del mundo de la vida.”²⁶ Una ética discursiva del derecho tan desilusionada considera imposible la democratización interna de las distintas esferas funcionalmente diferenciadas y apuesta por la “fuerza socialmente integradora de la solidaridad”, que Habermas a diferencia de Rousseau no sitúa en el “consenso de los corazones, sino de los argumentos”.²⁷ Habermas piensa que los procesos del Estado de derecho derivan de la razón. La democracia, sin embargo, es más que eso. Una decisión democrática también es una decisión sobre las modalidades y posibilidades del desarrollo de la mimética en “una armonía de los contrarios”²⁸ (Heráclito).

Los procedimientos democráticos no pueden limitarse a la emancipación del sujeto político racional. La emancipación sólo puede ser concebida como emancipación humana. Cuando la teoría jurídica de la democracia radical corta relaciones con las fuerzas humanas, menosprecia la dimensión arracional en los procesos de comprensión discursiva. Ingeborg Maus criticó exactamente este punto ciego en Jürgen Habermas. El concepto habermasiano de procedimiento esperaría una

25. Habermas, *Der philosophische Diskurs der Moderne*, p. 155.

26. Habermas, “Vorwort zur Neuauflage 1990”, p. 36.

27. Ídem, pp. 36 y 38.

28. Heráclito, *Fragmente*, pássim.

“actitud cívica” de los creadores del Derecho, lo que sobrecargaría los procedimientos democráticos con expectativas morales.²⁹ Para Habermas, “el proceso legislativo democrático necesita confrontar a sus participantes con expectativas normativas de orientación al bien común, porque él mismo tiene que extraer su fuerza legitimadora del proceso de un entendimiento de los ciudadanos [...]”.³⁰ Esta procedimentalización vincula el proceso democrático a una orientación al bien común, lo que significa que “el derecho es llevado a explorar fuentes de legitimación de las cuales no puede disponer”. Es verdad que el Derecho, al contrario de la moral, no puede “abrigar a un empleo comunicativo de derechos subjetivos”.³¹ Sin embargo, según Habermas, existen buenas razones normativas para exigir tal empleo. Maus critica con razón el hecho de que Habermas introduzca las “virtudes ciudadanas exigentes” como correctivo de la legitimación del procedimiento, de modo que no es la estructural procedimental que sirve como legitimación, sino el carácter de los procesos de comprensión discursiva, a esa perspectiva Maus opone el concepto de procedimiento de Rousseau y Kant. Para Rousseau, sería necesario considerar “los hombres tales como son”³², lo que acarrearía una concepción de procedimiento que evitaría justamente una sobrecarga de virtudes. Cuando en los Escritos Políticos Rousseau afirma que la tradición jurídica judía es el prototipo de todas las legislaciones, no indica la razón, sino, por el contrario, pregunta sobre “qué fuerza debe poseer una legislación capaz de tales milagros?”³³ También Kant probó su modelo de procedimiento no en ciudadanos racionales y morales, sino desde el principio, en un caso extremo de un “pueblo de demonios”. El remate de la teoría kantiana de la democracia es exactamente la formulación en los escritos sobre la paz que permite a los humanos “oponer sus fuerzas entre sí, de manera que una contenga los efectos destructores de la otra”.³⁴ Kant busca formas democráticas de organización que lleven a los propios hombres, en la

29. Maus, “Freiheitsrechte und Volkssouveränität”, p. 561.

30. Habermas, *Faktizität und Geltung*, p. 111.

31. Ídem, p. 165.

32. Rousseau, *Vom Gesellschaftsvertrag*, p. 5.

33. Rousseau, *Politische Schriften*, p. 231.

34. Kant, *Zum ewigen Frieden*, p. 224

“oposición de sus instintos no apasionados”, a una “situación de paz en que las leyes tengan fuerza y estén en vigor”.³⁵

Con esta crítica, Ingeborg Maus llega al problema central de la teoría discursiva del Derecho de Habermas, que no pensaría la democracia desde el punto de vista del hombre, sino desde el punto de vista de los sujetos de ciudadanía virtuosos y racionales, rompiendo el vínculo con las fuerzas sociales del mundo de la vida no-subjetivo. Al fin y al cabo, para Habermas, la fuerza jurídica social sostendría sólo contactos indirectos con el mundo de la vida intersubjetivo. La fuerza humana como energía de conexión no aparece ni siquiera de forma sublimada.

Mientras que Habermas separa la creación jurídica de las fuerzas normativas humanas y transfiere la fuerza socio-integrativa exclusivamente a la intersubjetividad, las teorías del sentimiento jurídico cometen el error opuesto, es decir, incurren en una esencialización de la fuerza al entender los sentimientos jurídicos como fuente del Derecho.³⁶ La máxima kantiana de que “la violación del Derecho en un determinado punto de la tierra repercute en todos los demás”³⁷ sujeta la teoría jurídica de los sentimientos en una falacia vitalista-mecanicista al afirmar que es posible comprender los sentimientos jurídicos directamente como fuentes del Derecho.

De manera similar, la filosofía moral escocesa de Adam Smith y David Hume había intentado situar las normas en los sentimientos de simpatía humana o en una filantropía consensuada, apostando por una relación de causalidad entre sentimientos y normas. Sin embargo, para “una norma socialmente válida, que viola prohibiciones estatales, pueda considerarse una norma jurídica en el sentido sociológico”, no basta que esta norma “suscite sentimientos propios de norma jurídica, la opinión necesitada de juristas del derecho común”.³⁸ Al contrario de lo que sugieren trabajos del derecho natural, los valores de la vida

35. Ídem.

36. Ver Isay, *Rechtsnorm und Entscheidung*, p. 88 y ss.

37. Kant, *Zum ewigen Frieden*, p. 216 y ss; Richard Rorty habla de un “progreso de los sentimientos”, basado en el cual se justificaría la esperanza de que violaciones a los Derechos humanos disparasen una “fuerte reacción” (Rorty, “Menschenrechte, Rationalität und Gefühl”, p. 166 y ss.).

38. Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, p. 150 y ss.

no contienen en sí el programa normativo de imperativos morales supremos que bastarían ser reconocidos.³⁹ La vida y el Derecho están sistemáticamente separados. Ni el Derecho adentra la vida, ni la vida adentra el Derecho. No existe ninguna relación directa entre sentimiento y norma jurídica.

El sentimiento jurídico como fuerza energética “no es subjetivo, no es mecánico, ni biológico, sino estético”. La reconstrucción de Christoph Menke de la fuerza energética como concepto fundamental de una estética antropológica explicita una construcción fallida de la teoría jurídica del sentimiento: el sentimiento como fuerza humana no lleva directamente a la fuerza jurídica social. El sentimiento jurídico humano la fuerza jurídica social (*gesellschaftlichen Rechtskraft*) no son idénticos. La “fuerza pre-subjetiva e incluso contra-subjetiva que caracteriza a los seres humanos”⁴⁰ no sólo en el conocimiento de los sujetos jurídicos; no puede reconocer la norma en la intensidad de los sentimientos. Al final, la fuerza energética es inconsciente, delirante, indeterminada. Ella es sentimiento, afecto. Esta fuerza inconsciente no es mecánica, es expresiva y produce lo nuevo. La fuerza no es directamente accesible a las facultades (razón pura y práctica) que proporciona la base para la acción de sujetos. La fuerza puede estimular las facultades, pues ambas están estructuralmente acopladas de la misma forma que la fuerza está acoplada a la comunicación y puede en ella desarrollarse. El sentimiento jurídico como fuerza energética “no es subjetivo, no es mecánico, ni biológico, sino estético”. La reconstrucción de Christoph Menke de la fuerza energética como concepto fundamental de una estética antropológica explicita una construcción falla de la teoría jurídica del sentimiento: el sentimiento como fuerza humana no lleva directamente a la fuerza jurídica social. El sentimiento jurídico humano y la fuerza jurídica social (*gesellschaftlichen Rechtskraft*) no son idénticos. La “fuerza pre-subjetiva e incluso contra-subjetiva que caracteriza a los seres humanos.

El llanto que proviene de la empatía como forma de expresión más pura del desarrollo de fuerzas humanas es un ejemplo de la fuerza nor-

39. Ver Moser, *Die Rechtskraft der natürlichen Lebenswerte*, p. 92.

40. Menke, *Kraft*, p. 58.

mativa articulada comunicativamente, una comunicación más allá de los signos, un acto reflexivo de comunicación en el que la participación de la conciencia no está clara. Incluso en casos así, no existe una relación determinante e inmediata entre la fuerza y la norma jurídica. No se puede reconocer el Derecho en el llanto.

Formulado de acuerdo con la teoría de los sistemas, se puede hablar en continuo de materialidad entre cuerpo, conciencia y comunicación^{*}; las esferas que están entrelazadas, pero al mismo tiempo separadas. Para la fuerza jurídica, tiene, así, tres sistemas cerrados operativos que se observan y se perciben mutuamente, sin que uno se imponga sobre el otro:

comunicación jurídica –sujeto de derecho– fuerza jurídica
facultad/conciencia –sujeto– fuerza cognitiva
fuerza/sistema psíquico (psique) hombre corporal
fuerza imaginativa

La fuerza jurídica, la fuerza cognitiva y la fuerza imaginativa no se perturban mutuamente, pero están conectadas. De esta manera, se forma primero una combinación entre la fuerza imaginativa y la facultad de constituir la fuerza cognitiva: “Para que exista conocimiento, la fuerza imaginativa debe traer diversidad de perspectivas a aquellas unidades a las que se pueden emplear los conceptos de la comprensión (Verstand). Fuerza imaginativa y comprensión son tipos operativos categóricamente distintos cuya conexión es la condición para posibilitar el conocimiento. Por lo tanto, ambas fuerzas deben poder ser conectadas”⁴¹ Dicho de otro modo, en términos sistémicos, el acoplamiento estructural entre el sistema psíquico (psique) y el sistema de la conciencia es un presupuesto para el cobro, y ambos afluyen independientemente en la comunicación. Los tres sistemas operan, sin embargo, de acuerdo con sus propias reglas.

* O, dicho de otro modo: “toda construcción y mantenimiento de los límites de un sistema y eso, naturalmente, también es válido para los seres vivos presupone un continuo de materialidad que no conoce ni respeta tales límites” (Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, p. 100).

41. Menke, *Kraft*, p. 95.

El hombre es la unidad de la diferencia entre hombres hechos de carne y hueso, y hombres como titulares de un sistema de conciencia. La fuerza jurídica social como comunicación no está relacionada sólo con el consciente (de la fuerza cognitiva), sino también con el sistema psíquico (relativo a la fuerza imaginativa). En esta conexión, no existe ninguna posibilidad de reconocer el Derecho por medio de un sentimiento, ni siquiera por medio de un sentimiento corporal colectivo⁴². Al final, el Derecho es comunicación. Incluso el intento de establecer una gradación de sentimientos normativos, como pensó Durkheim,* fracasa en la diferencia entre las fuerzas operativas de los sistemas del cuerpo, de la conciencia y de la comunicación –sin hablar del supuesto *Volkgeist*–, el más conservador de los fantasmas. La inocencia de la teoría jurídica de los sentimientos –que afirma convertir el no mensurable en medible por medio de la escala de tonos de sentimiento– falla en reconocer la compleja interacción entre las fuerzas normativas. No existe un camino inmediato que lleve de la fuerza humana concreta por la fuerza cognitiva formadora de la conciencia a la fuerza jurídica comunicativa.

En última instancia, ambos abordajes–tanto el debilitamiento habermasiano de la fuerza jurídica como la equiparación de la fuerza humana (sentimiento) al Derecho por la teoría jurídica del sentimiento– son incapaces de entender que las fuerzas normativas humanas, así como las percepciones de los pensamientos y los pensamientos del sistema de conciencia, estos son sometidos a una abstracción real al adentrarse en la comunicación jurídica. El lenguaje medio “se utiliza como una abstracción real [...] por no contener nada de aquello sobre lo cual se permite hablar.”⁴³ En este caso, se trata de una abstracción doble: el consciente y el inconsciente, la fuerza energética y la razón

42. Ver Rümelin, *Rechtsgefühl und Gerechtigkeit*, passim, e sua crítica à atribuição do direito ao “sentimento idêntico presente em um povo” na escola da história jurídica.

* Los sentimientos colectivos a que corresponde el crimen deben, pues, singularizarse de los demás por alguna propiedad distintiva deben tener una cierta intensidad media. No sólo se registran en todas las conciencias: se gravan fuertemente. (Durkheim, Émile. *Über sozialen Arbeitsteilung*, p. 126 - NT. Aquí se cita a partir de: De la División del Trabajo Social, Sao Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 47).

43. Fuchs, *Die Psyche*, p. 92.

no son transportados inmediatamente al medio del lenguaje, pero simplemente se instalan en él. De esta manera, el lenguaje es portador no sólo de un sentido semántico, como también de sentimiento, empatía, o sea, fuerza. “Todo lo que es mimético en el lenguaje puede –como la llama de fuego– aparecer sólo en la forma de soporte”⁴⁴ Por medio del lenguaje, la fuerza energética se transforma en comunicación, en el caso específico, en comunicación jurídica: “la fuerza es el Otro del lenguaje,”⁴⁵ esto es análogo al proceso descrito por Marx como la conversión de la fuerza de trabajo concreta en abstracta, alienada, transformada en mercancía. De todos modos, se trata de comprender la interacción entre el desarrollo de fuerzas concretas, pertenecientes al mundo de la vida, y la fuerza socialmente mediatizada: así como la fuerza de trabajo concreta e individual es convertida y socialmente realizada en la fuerza de trabajo abstracta, también la fuerza normativa concreta e individual se convierte en fuerza jurídica. La fuerza jurídica social es lo que Marx llamaba el *quid pro quo* para expresar la relación entre fuerza de trabajo concreta y abstracta:⁴⁶ ella refleja el carácter de la fuerza jurídica del mundo de la vida que fue socialmente formada. La socialización de la fuerza jurídica se consume en un “juego de espejos anormales”, en el cual la fuerza humana y concreta es alienada y se convierte en una fuerza jurídica social en la forma jurídica social.⁴⁷

¿Cómo debe ser imaginado ese juego de espejos? En el proceso de socialización del sentimiento jurídico no-social, el mundo energético (vida, cuerpo-fuerza imaginativa) se centra en el mundo consciente (observación por el sistema de la conciencia-fuerza cognitiva) y por fin con la comunicación social (fuerza jurídica). La fuerza humana es socializada. En esta trinidad de fuerzas, las tres arenas están entrelazadas:

- 1) *Fuerza imaginativa*: El sentimiento jurídico como fuerza expresiva no es biológico, no es mecánico ni subjetivo. El desarrollo del Derecho como tal puede ser vivenciado, pero no conscientemente

44. Benjamin, “Über das mimetische Vermögen”, p. 213.

45. Derrida, Jacques “Kraft und Bedeutung”, p. 47.

46. Marx, *Das Kapital*, p. 86.

47. Derrida, *Marx' Gespenster*, p. 247.

controlado por el sujeto. Las fuerzas espontáneas sólo se ejercen de forma inconsciente, y aún su desarrollo puede ser vivido como propio. Por supuesto que este desarrollo no acelera en un vacío social.⁴⁸ Así como “el hombre es socializado en el trabajo [...] este no cae del cielo en el lugar de trabajo como un producto final de la fuerza de trabajo”,⁴⁹ el sentimiento normativo tampoco es independiente del contexto social. La proposición que conecta mundos distintos al afirmar que no existe “vida cierta en la falsa”⁵⁰ articula bien el entrelazamiento entre el hábitat social y lo humano. El sentimiento normativo e individual está íntimamente ligado a la normatividad social; de lo contrario, “el individuo por sí solo [sería] una abstracción vacía”, las categorías sociales se extenderían hasta las entrañas del ser humano.⁵¹ Lo social se refleja en el ser humano;⁵² esto es “momento, instancia y representación de una praxis social”.⁵³ Consecuentemente, el sentimiento moral es el resultado de vínculos intrincados entre el sistema del cuerpo y la conciencia con las prácticas sociales comunicativas. Quien determina el tamaño de la fuerza normativa en esas conexiones no es el consenso intersubjetivo, sino el disenso en el plano del inconsciente. Con base en Alfred Lorenzer, quien analizó las conexiones entre subconsciente y sociedad desde una perspectiva materialista, puede decirse que esa fuerza forma la capacidad normativa de resistir (*Widerständigkeit*) en la existencia humana. Al final, “la base de la resistencia está justamente en el inconsciente, en las formas de interacción que confronta el consenso social a partir del inconsciente”.⁵⁴ La fuerza se convierte en el mundo de la vida del Derecho. Ella no es la intersubjetividad para el resto de

48. Ver Menke, *Kraft*, p. 83. En su reconstrucción de la jurisprudencia de los sentidos de Josef Kohler, Rainer Maria Kiesow describe de manera plástica el entrelazamiento entre la conciencia y la sociedad (Kiesow, “Josef Kohlers Poesie”, pp. 297-318).

49. Lorenzer und Görlich, “Sozialität der Natur”, p. 347.

50. Adorno, *Minima Moralia*, p. 43.

51. Adorno, *Probleme der Moralphilosophie*, p. 34 y ss. y 205.

52. Ver Lorenzer und Görlich, “Sozialität der Natur”, p. 347.

53. Menke, *Kraft*, p. 38 y ss.

54. Lorenzer, *Die Sprache, der Sinn, das Unbewusste*, p. 157.

ritualidad civilizadora en un mundo demoníaco, sino una fuente emancipatoria de esperanza en un mundo cosificado.

- 2) *Fuerza cognitiva*: No existe un camino directo que ligue el centro de la resistencia humana a la fuerza jurídica. La conversión de la fuerza individual en fuerza social es el resultado de un proceso transformador que recorre un camino tortuoso de la autopercepción (fuerza imaginativa) a la comunicación, pasando por la auto-observación (facultad = razón pura y práctica). Solamente cuando la fuerza, “aun adulterada, encuentra acceso a la comunicación, tiene un cierto potencial para la auto-limitación humanizada de esa última, es decir, para la limitación del propio respecto al otro”. El factor decisivo es el momento “... el grito que expresa el dolor. De allí se deriva la proximidad de la justicia a las espontáneas indignaciones, tumultos, protestas y su distancia de los discursos filosóficos, políticos y legales”.⁵⁵

La sensibilidad hacia tales injusticias es el supuesto para la conciencia de la situación forzada en la que vivimos y de la que hay que liberarse. La esperanza de desnudar a la cosificación conduce al hecho de que “incluso la más simple demanda por integridad y decencia resulte necesariamente en la protesta de casi todo ser humano”⁵⁶ se basa en esas fuerzas de resistencia que deben ser liberadas. Sin embargo, el factor decisivo es la comunicación sobre el ilícito.

Sin esta comunicación, presente en la fuerza sólo como abstracción real, el dolor y el disenso permanecen desarticulados e interiorizados, y la mimesis social sigue siendo imposible. La fuerza emerge sólo cuando se descarga en la comunicación-consciente o inconscientemente.

El Fausto de Goethe representa esta línea de desarrollo de la fuerza a la acción,* El juicio debe convertirse en acción.

55. Teubner, „Die anonyme Matrix“, p. 187.

56. Adorno, *Probleme der Moralphilosophie*, p. 248.

* “Escrito está: “Era al principio el Verbo!” ¡Comienzo sólo, y ya me exacerbo! ¿Cómo he de al verbo dar tan alto aprecio? De otra introspección carencia; Si el espíritu me deja esclarecido, Escrito está: Al principio era el Sentido! Pesa la línea inicial con

- 3) *Fuerza jurídica social*: Sólo por medio de este proceso (sentimiento) socialmente responsivo [sistema psíquico, psique / cuerpo] y comunicación del sentimiento (sistemas sociales), la fuerza humana desarrolla su efecto social.

El sistema de conciencia como reflexión del sentimiento no está necesariamente involucrado en esa articulación al final, la comunicación impensada y reflexiva del dolor y del sufrimiento también es comunicación. Fuerza, sentimiento jurídico, sensualidad y cuerpo no sólo forman la interferencia sensorial de la comunicación. También están vinculados a las prácticas normativas de la sociedad y fluyen como abstracción real. Aquí surge la dinámica que parte de la fuerza de la vida y, combinada a las prácticas sociales, puede bailar al sonido de la resistencia de la forma normativa.* Sonja Buckel formuló esa idea de manera concisa: “Los conflictos entre las normas sociales y los deseos personificados son el motor de posibles cambios y resistencias. Al final, incluso la práctica fetichista autónoma reposa sobre una experiencia de vida precaria, vulnerable y personificada. Esto, sin embargo, no dice nada sobre la ‘resistencia emancipatoria de los cuerpos martirizados’, pues tal posibilidad no se limita a una práctica emancipatoria.”⁵⁷ En la tragedia, Ajax y Odiseo incorporan el espectro de resistencia de los cuerpos oprimidos por la violencia.

Para que este proceso subversivo avance, la fuerza jurídica (social) necesita posibilitar a las fuerzas normativas individuales para que puedan desarrollarse como fuerzas humanas y sociales. Cuando esto no es posible, esta se convierte en violencia jurídica. La fuerza

calma plena, ¡No te apresures en tu pena! ¿Es el sentido entonces, que todo funciona y crea? ¡Deberá oponerse! ¡Al principio era la energía! Pero, ya, mientras así lo retifico, Dice algo que tampoco en eso me quedo. Del espíritu me vale la dirección y escribo en paz: ¡Era en el inicio la Acción!” (Goethe, Johann Wolfgang von Faust, Erster Teil, Studienzimmer, p. 44. Aquí citado como en Fausto. Edición bilingüe de editora 34, 2004, de J. K. Segall p. 130-131).

* Para poder mantener su función ordenadora, la ley debe aceptar ser subvertida por estas fuerzas y por las resultantes protestas contra el dolor y la injusticia, para que siempre pueda volver a ser lo que debe ser (Femia, “Infrasystemische Subversión”, p. 320).

57. Buckel, “Körper und Psyche in der Matrix des Rechts”, p. 30.

jurídica sólo es pensable cuando el orden cosificado no oprime la vida, cuando el orden puede ser emocionalmente estructurado y las fuerzas pueden ser democráticamente organizadas. La fuerza jurídica puede surgir sólo cuando las fuerzas individuales son capaces de transformar las articulaciones comunicativas. La fuerza cognitiva como unidad de la diferencia entre la facultad y la fuerza imaginativa, así como la fuerza energética en sí misma, debe ser convertida en fuerza comunicativa. La energía humana necesita poder ser energía social en curso y la fuerza individual, transformarse en *pouvoir constituant*.⁵⁸ Por lo tanto, no son los sujetos domesticados y la intersubjetividad comunicativa que constituyen el fundamento de una teoría normativa de la fuerza jurídica, sino las personas de carne y hueso. Pasiones, sentimientos, cólera, indignación, amor, odio por todas las banalidades de la vida forman la fuerza pulsante del Derecho. El mundo de la vida del derecho es la fuerza de la vida, sin la cual el Derecho es impotente: *dead letter law*. Sólo la fuerza da vida al derecho. De esta perspectiva, la tarea decisiva del Derecho es permitir el desarrollo de las fuerzas para que él mismo pueda convertirse en fuerza jurídica.

No se trata del “Derecho vivo”⁵⁹, que no traduce la vida al Derecho, ni viceversa. La fuerza jurídica social generada de manera autónoma es estructuralmente tan acoplada a las fuerzas humanas que ambas se condicionan, sin embargo, sin penetrarse mutuamente. Sólo un Derecho que posibilite y asegure la vida, que convierta las fuerzas de la abstracción real en fuerza jurídica, puede poseer tal fuerza. La cuestión de la vida cierta es, por lo tanto, una cuestión social una cuestión relativa a la política (jurídica) correcta.

2. La estética como reflexión jurídica

“En cuestión de gusto, ninguna preferencia, ninguna autocracia es tolerada [...] En el Estado estético, todo incluso la herramienta disponible es un ciudadano libre, que tiene

58. Ver Teubner, *Verfassungsfragmente*, p. 103.

59. Ver los ensayos en Ehrlich, *Gesetz und lebendes Recht*, pássim.

Derechos iguales al ciudadano más noble; y la razón que subordina violentamente la masa tolerante a sus propósitos necesita pedir permiso a esta misma masa.”⁶⁰

Si la fuerza se toma como punto de partida, es posible escapar de los modelos circulares de fundamentos y abrir el Derecho a nuevas formas de reflexividad. Cuando la reflexión y la estética jurídicas están conectadas, la “poetización” se convierte en equivalente (radical) de la paradoja gödelización.⁶¹ Para conectarlas, es necesario, sin embargo, superar la superficialidad de la estética jurídica tradicional que suele limitarse a una crítica de estilo⁶² y considerar las interacciones entre formas artísticas y jurídicas. Desde la perspectiva del arte, la estetización del Derecho es simultáneamente una confrontación del Derecho consigo mismo.

En términos de la teoría de los sistemas, formas de observación estéticas pueden ser integradas a diferentes esferas de racionalidad sistémica. En ese caso, “derecho como arte” no significa sustituir decisiones jurídicas por modelos de expresión artística. Se trata, mucho más, de posibilitar una reflexión estética de las decisiones jurídicas, para aprovechar un enfrentamiento estructural entre observaciones normativas y estéticas para promover ganancias reflexivas en el propio derecho. Estas ganancias suponen que, en la forma, en el discurso y en los programas condicionantes del derecho, las decisiones se toman (y no justificadas) de manera análoga a las decisiones estéticas: al final, ambas desembocan en una decisión normativa. Exponer la comunicación jurídica a una reflexión estética significa sacar provecho de esa equivalencia entre ambas decisiones. Con ello, es posible desvelar el punto ciego de las operaciones jurídicas a partir de un plan de observación de segundo orden. Con base en tal combinación entre auto y heterodescripción, las formas habituales de autodescripción del derecho pueden aprender a “reflexionar como autodescripción de un siste-

60. Schiller, “Ueber die ästhetische Erziehung des Menschen”, carta 27, p. 668.

61. Fögen, *Das Lied vom Gesetz*, p. 128 y Nota de pie 286.

62. Ver Triepel, *Vom Stil des Rechts*, pássim: véase también el inventario de Arnauld/Durner: “Heinrich Triepel und die Ästhetik des Rechts”, pp. V-XLII; además, Radbruch, *Rechtsphilosophie*, p. 205 y ss.

ma que se autodescribe”,⁶³ es decir, pueden aprender que la autodescripción puede también ser diversa de lo que es. Solamente cuando se combina el sistema jurídico con modalidades reflexivas de otro sistema funcional, se puede tematizar los propios puntos ciegos del Derecho. Mientras Luhmann sugiere como experimento un acoplamiento entre el sistema científico y la teoría reflexiva del derecho para llevar la gödelización al extremo,⁶⁴ la estética jurídica anhela conectar la reflexión jurídica a la estética con el propósito de tematizar los efectos de la fuerza. En este caso, la estética jurídica se convierte en una teoría de la fuerza del Derecho que puede iluminar la dimensión de la fuerza en el punto ciego de las decisiones jurídicas.

Hace tiempo la metodología jurídica sospecha de la existencia de una fuerza inconsciente en el derecho, que establecería “el juicio en lugar del entendimiento”.⁶⁵ O el decisionismo *ex nihilo* de Carl Schmitt, un pre-comprensión de Josef Esser,⁶⁶ todas las investigaciones socio-jurídicas buscan, de manera metódica, desentrañar el proceso irracional de toma de decisiones en la racionalidad jurídica. Todas quieren explicar por qué las mejores decisiones son, a veces, acompañadas de las peores justificaciones (y viceversa). Los resultados de estas investigaciones son, todavía, insatisfactorias. Ellas evidencian un espacio en blanco: la representación de los fundamentos decisorios pueden incluso ser un proceso racional, pero el proceso de toma de decisiones sigue siendo un misterio, un misterio, el cual es protegido por el secreto de las deliberaciones. El ámbito del sensorial permanece como un espacio del “no-sé-qué-es-eso”⁶⁷ en el campo de las distinciones normativas y, con ello, permanece básicamente inexplorado, aunque la “distinción entre lo correcto y lo incorrecto”⁶⁸ es inmanente a él. Ni siquiera las teorías reflexivas del Derecho, que no recurren al *ex nihilo* normativo para descartar lo irracional en la racionalidad jurídica o que tampoco se refugian en la falsedad de teorías de decisión clásicas, que embelle-

63. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, p. 538.

64. Ídem, p. 543.

65. Menke, *Kraft*, p. 19.

66. Ver Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl*, *pássim*.

67. Leibniz, *Neue Abhandlungen über den menschlichen Verstand*, p. 455.

68. Menke, *Kraft*, p. 29.

cen el Derecho como producto de la única decisión racionalmente justificable, se ocuparon sistemáticamente de la influencia del irracional en el proceso de toma de decisiones.

Las referencias esporádicas a lo irracional en el derecho se pueden encontrar al menos en la obra de Niklas Luhmann, que analiza sociológicamente los efectos de la fuerza no paradójica de la decisión. Luhmann justifica los espacios en blanco presentes en la investigación de la producción de decisiones jurídicas por el hecho de que la racionalidad no representa una alternativa decisoria. Después de todo, no sería posible decidir entre un *Cinquecento* y la racionalidad. Por esta razón, la contribución de las ponderaciones racionales en el proceso decisorio seguiría siendo incierta. Luhmann relaciona esto a la sospechosa de que “la suposición de la racionalidad sirve para el desarrollo de la paradoja [de la decisión-N.A.]: su invisibilización por medio de la mistificación y su disolución debido a criterios o reglas que a su vez podrían ser socialmente validados”.⁶⁹

Siguiendo tal concepción, la diferenciación normativa, es decir, toda comunicación que sirva para tomar una decisión normativa puede ser comprendida sólo como unidad de la arracionabilidad y de la racionalidad. El campo de los sentimientos, afectos, de la fuerza nativa y energética es parte de la producción de decisiones normativas. Por regla general, la insinuación de racionalidad forma parte del desarrollo de la paradoja: decisiones normativas deben ser racionalmente justificadas, haciendo referencia a la norma jurídica. Sin embargo, esto no significa que la decisión normativa fue efectivamente tomada de manera racional o que la *auctoritas intetposio* fue superada con justicia. Es justamente aquí que se hace la pregunta estética del derecho.

Luhmann observó ese momento de arracionabilidad de la racionalidad de las decisiones normativas. En cuanto a las violaciones flagrantes del derecho, acredita ser “de mal gusto” consultar textos o preguntar al ordenamiento jurídico local si tales atrocidades son permitidas. Para explicitar ese mal gusto, aclara: “Empleo esta expresión en el sentido kantiano de la Crítica del Juicio (*Kritik der Urteilkraft*), es decir, en el sentido de un llamamiento a criterios que no necesitan identificarse

69. Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, p. 832.

con los respectivos lugares de la razón ni de manera cognitiva ni de manera práctica. El llamamiento al buen gusto puede parecer cínico, pero no es no plausible ver aquí un problema abierto de criterios en lo que se refiere al sistema de los tres criterios. Al final, no estamos listos para deshacer el problema de la diferenciación entre ideas de la razón e ideas estéticas (Crítica del Juicio, §49) lo que traería el problema adicional de que ideas estéticas no reivindican una capacidad de consenso.”⁷⁰ En este caso, Luhmann deja abierta el estatus del mal gusto y, en nombre de la decisión normativa, apunta a la facultad del juicio (Urteilkraft) que Kant, a su vez, ve como mediador entre los mundos de las ideas. El movimiento de Luhmann no atribuye el mal gusto a la facultad ya la fuerza. Su estado sigue siendo un problema de criterios todavía abierto, lo que no debe oscurecer lo esencial: la flagrante violación de la ley, ante la cual “discusiones adicionales” serían “superfluas”, En el libro *Das Recht der Gesellschaft*, Luhmann reformula tal problema y apela “al juicio en cuestiones del gusto jurídico”, para “explicitar que aquí no puede tratarse ni de una cuestión meramente cognitiva, ni de una aplicación de la razón práctica en la forma de la ley moral”.⁷¹ Con razón, se acentúa la interconexión entre la toma normativa de decisiones y el espacio más allá de las facultades. En conexión con el concepto durkheimiano de cólera pública, Luhmann da un paso adelante y relaciona la facultad a la fuerza; la racionalidad a la arracionalidad. Cuando describe la paradoja de que “los derechos sólo entran en vigor cuando son violados y después de la indignación que de ello resulta (la cólera pública de Durkheim)”,⁷² Luhmann se refiere explícitamente a formas de emotividad normativa comunicadas en scripts específicos de la opinión pública. A diferencia de Durkheim, que apuesta en un singular colectivo, Luhmann identifica en la comunicación jurídica una modalidad específica de articulación de las emociones que presenta una fuerza creadora de justicia: *ex iniuria ius oritur*.

70. Luhmann, “Das Paradox der Menschenrechte”, p. 234 y Nota de pie 12.

71. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, p. 577, nota de pie 50.

72. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, p. 581; ver también Luhmann, *Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?*, p. 28.

En este proceso, Luhmann evita reducir la unidad de la diferencia entre la facultad y la fuerza de forma unilateralidad de juicio normativo: las decisiones normativas no son ni puramente racionales, ni puramente irracionales. Las decisiones normativas no son reglas ocultas de la intuición, sino establecidas a posteriori.⁷³ Al final, las decisiones normativas no son la concreción de una evidencia. Las decisiones no escapan de una distinción. “Sin distinciones, es decir, sin intuición, sólo se entienden ángeles y fanáticos, no artistas. Es por la facultad decisoria que surgen todos los otros inconvenientes, como en un deslizamiento de tierra: pecado, tiempo, trabajo, dolor, error y todo el resto”.⁷⁴ El dolor, que Luhmann considera formar parte de la facultad decisoria, apunta a la fuerza contenida en la facultad: dolores, sentimientos, afectos como el Otro de la facultad; la fuerza, que es parte del ejercicio de la facultad y cuyas reglas no son planificables o controlables, son un evento.

En otro momento, Luhmann habla de la aleatoriedad de la “fuerza de convencimiento” para resaltar la importancia del fenómeno como acontecimiento: “Por lo tanto, no se debe tener y querer ejecutar un plan. Debemos esperar por las ocasiones: cuando aparece un momento (que desaparece inmediatamente) en el que se quiere decir algo que nunca fue ni jamás sería dicho con la fuerza de convencimiento que resulta de este momento”.⁷⁵ Es la relación entre la facultad y la fuerza que determina la decisión normativa. El gusto no es la expresión ni de la razón cognitiva, ni de la razón práctica. Tratase antes de una forma de decisión estética.

Y luego pasa por Kant y va más allá de Kant. A pesar de pensar el juicio estético del gusto como “la combinación de dos fuerzas de imaginación, o sea, la fuerza de la imaginación y la fuerza del entendimiento”,⁷⁶ Kant subordina la imaginación a la lógica de las facultades. Para

73. En ese sentido, Hutcheson, “The Judgment Intuitive”, *pássim*, y, en última instancia, también Hänni, *Vom Gefühl am Grund der Rechtsfindung*, p. 168.

74. Luhmann, “Weltkunst”, p. 70; ver también Luhmann, *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, p. 122, Nota de pie 56: “Intuición siempre fue antes una calidad de seres superiores, de ángeles; hoy, de las élites”.

75. Luhmann, “Therapeutische Systeme”, p. 129.

76. Kant, *Kritik der Urteilskraft*, § 35 B, p. 145 ss.

Luhmann, el “gusto jurídico” es el Otro de la facultad no una cuestión meramente cognitiva, ni una cuestión de racionalidad práctica. Trátese, en fin, de una no-facultad. El dolor, la empatía, el afecto, los sentimientos, en fin, la fuerza de la imaginación son parte del proceso y de las decisiones normativas. Las disposiciones de la facultad y del sujeto se pueden emplear sólo en combinación con expresiones “fuerza” y “humano” (Mensch).⁷⁷

3. Derecho reflexivo

Los aspectos anteriormente citados cambian los presagios y posibilitan una crítica estética al derecho. El Derecho no es reconocido cognitivamente, ni sentido intuitivamente: el decidir jurídico, siendo un decidir estético, representa el desarrollo simultáneo de formas estéticas y normativas. La abstracción real de la comunicación jurídica convierte a ambas fuerzas en derecho. Toda decisión normativa está fundamentada por un desarrollo de fuerzas en el que se asienta la comunicación y del que se alimenta la red de comunicación jurídica. El Derecho como comunicación jurídica es un vínculo social de la fuerza. Al caracterizar la “formación del Derecho como un campo de fuerzas”,⁷⁸ Josef Esser va directo al punto: las decisiones jurídicas siempre tienen también una dimensión estética, porque siempre tratan también de un desarrollo de fuerzas. Los juicios jurídicos son juicios estéticos. Esto vale para todas las formas de decisión / juicios jurídicos, es decir, para todas las formas de comunicación jurídica que toman decisiones jurídicas independientemente de si pueden o no ser transferidas como símbolos de validez, si son o no capaces de promover cambios jurídicos inmediatos.

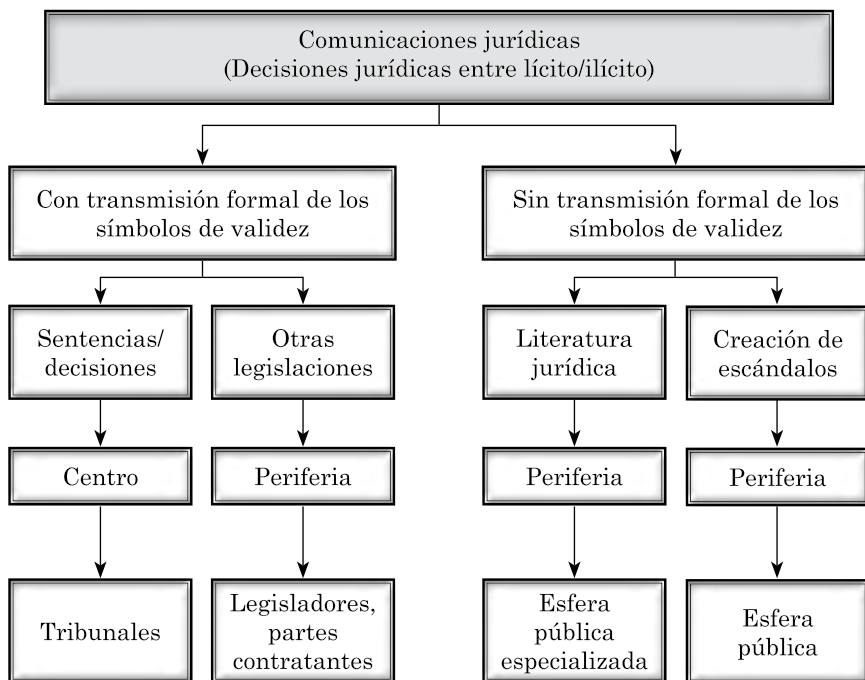
Tanto las decisiones en el centro del Derecho –es decir, a través de los tribunales, obligados a tomar decisiones*– como las comunicaciones en la periferia del Derecho (alteración de leyes, proyectos de ley, crea-

77. Ver: Menke, *Kraft*, p. 106.

78. Eser, *Grundsatz und Norm*, p. 14.

* Por lo tanto, la organización de la jurisdicción sería aquel sistema parcial sobre el cual el sistema jurídico tiene su centro [...]. Sólo la organización puede garantizar la universalidad de poder / tener que decidir todas las cuestiones jurídicas [...]. Para la periferia, no existe ningún tipo de coerción organizativa. Aquí, los intereses de

ción de escándalos, etc.) son decisiones normativas, ya que representan una diferencia en la codificación lícita / ilícita:



En todas esas comunicaciones jurídicas se toman decisiones normativas y, por lo tanto, estéticas, lo que inaugura un conflicto en el derecho. Un reconocimiento armónico del derecho correcto e intersubjetivamente consentido no es posible, tampoco una concreción colectiva de la justicia. Las decisiones estéticas –la formación de la unidad de la diferencia entre la facultad del juicio y la fuerza del juicio

todos los tipos pueden ser representados y ejecutados de acuerdo con las fuerzas (Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, p. 321).

(Urteilsvermögen und Urteilskraft)– están constituidas. La crítica estética de la fuerza del juicio apunta precisamente al desdoblamiento de esa diferencia entre la toma de decisiones cognitiva y estética: “La crítica estética del juicio representa, por lo tanto, una crítica mutua: la crítica a la concepción expresiva de percepciones estéticas sensoriales por medio del pensamiento racional [...] y la crítica a los juicios racionalmente superiores por medio de la visión estética momentánea [...] La crítica estética expone la aporía del juicio.”⁷⁹

Es en ese punto de la aporía es que Martti Koskenniemi aporta sus ideas. A partir de una perspectiva de los estudios críticos en el derecho internacional, Koskenniemi promueve una crítica estética de las decisiones normativas al exigir más arte y menos kitsch. Es necesario reconocer que las fuerzas jurídicas no son automáticamente universales, sino instrumentos en una lucha hegemónica: “Tan pronto olvidemos eso, las ideas caen en el kitsch. No podemos, pues, revertir tal situación tan pronto como recordemos lo que son estas ideas, como fórmula Kundera [... J. Necesitamos escoger nuestro derecho, necesitamos justificar una lectura, una inclinación, una preferencia particular ante inclinaciones y preferencias apuestas. No se trata de elegir entre derecho y política, sino entre una política jurídica y otra. Todo está en juego, pero para todos. ¿Entonces cómo diferenciar? Bien, de la misma manera que diferenciamos el kitsch del nokitsch.”⁸⁰ Esto está abierto al momento político al decidir la normativa.

Al final, sin embargo, se trata sólo de sustituir una indecisión jurídica por otra estética: ¿cómo diferenciar la fuerza jurídica legítima de la violencia jurídica ilegítima? ¿Cómo diferenciar el kitsch del no-kitschi? No existen criterios claros. El arte y el kitsch son indistinguibles esos confluyen. El kitsch goza de la imitación naturalista, “que ahora ya ha sido superada por el tabú, mientras que la fuerza de las obras de arte todavía es secretamente alimentada por la imitación.”⁸¹ La indistinción entre el kitsch y el arte es justamente el motor de la dialéctica para equilibrar la contradicción entre lo concretado y la ilusión del no

79. Menke, *Kraft der Kunst*, p. 70 (grifo no original).

80. Koskenniemi, “International Law in Europe”, p. 123.

81. Adorno, *Minima Moralia*, p. 257.

realizado. “Al final,” un peso de papel, cuyo formato hemisférico alberga un paisaje de píceas con los recuerdos de Bad Wildungen, no remite necesariamente a la *Die grüne Fichtau*, de Adalbert Stifter, tampoco el enano de jardín policromático es referencia de un personaje infeliz de Balzac o Dickens.”⁸²

¿Qué hacer entonces? La decisión estética comienza con un distanciamiento que hace ineficaz lo evidente.* Sólo cuando se elimina el objeto es que “se crean las condiciones necesarias para el apartidismo.”⁸³ Tal distanciamiento de las fuerzas de la imaginación es la condición necesaria para el decidir jurídico, que como decidir normativo también es siempre estético. Cuatro etapas son relevantes en el proceso normativo de decisión: primero, el distanciamiento por la estetización; segundo, el decidir normativo (estético); tercero, la comunicación de la decisión; y cuarto, las conexiones comunicativas sistémicas. Las dos últimas etapas no tienen más relación con la toma normativa de las decisiones que se refieren a la representación de la decisión.

Los requisitos de tal representación varían de acuerdo con el contexto sistémico: las decisiones artísticas deben estar justificadas (o mistificadas) por medios artísticos, la contextualización de las decisiones jurídicas son jurídicamente justificadas (o mistificadas). Las interferencias sistémicas no son excluidas. La comunicación artística puede ser objeto de una observación jurídica, la comunicación jurídica puede ser objeto de una observación artística. Las sincronizaciones también son posibles. Las dos primeras etapas del proceso se interesan por la estetización de la decisión jurídica, ya que son estas etapas que dan forma a la observación estética del decidir jurídico. El primer paso es, el distanciamiento como momento de alienación estética del objeto analizado es inmanente tanto al decidir artístico como al decidir

82. Idem. NT: Adorno hace un juego de palabras con “Fichte” (pícea) y “Die grüne Fichtau” (la región montañosa que da nombre a la obra de Stifter).

* “En realidad, la teoría de los sistemas de Niklas Luhmann no es una típica teoría social, sino una técnica de alienación que oscila entre el arte y la ciencia. [...] Se trata de arte porque la técnica de” la alienación de Luhmann lidia con sorpresas y anhela evidenciar las perspectivas ocultas y los correspondientes valores negativos (DiFabio, “Systemtheorie und Rechtsdogmatik”, p. 63).

83. Arendt, *Das Urteilen*, p. 104.

jurídico. Ambas formas normativas de decisión están precedidas por un movimiento que constituye el objeto de análisis de acuerdo con las reglas del arte correspondiente. En el caso del Derecho, el caso jurídico es producto del intercambio de perspectivas entre el Derecho y el caso. El Derecho construye un caso jurídico. Él aliena la diferencia social y la convierte en litigio jurídico. En el arte: “Hacer visible lo invisible [...] La magia de las cosas que son como son - se rompe de esta manera.”⁸⁴ Es en la alienación que está la plusvalía de las respectivas visiones de mundo - sea al producir la capacidad de decidir lo indecible (derecho), sea en posibilitar la representación de lo irrepresentable (arte).

Al final, ¿puede el Derecho aprovecharse de las formas de observación del arte y representar estéticamente el irrepresentable del derecho, para debilitar la violencia jurídica? Formulando de otra manera: ¿puede el derecho normatizar el decidir jurídico de manera tal que el derecho se comprometa a adoptar un paladar jurídico, un gusto jurídico de buen gusto? Emplear normas jurídicas para forzar el Derecho a un buen paladar jurídico es un movimiento autoreflexivo. Cuando se diferencia, como lo hace Luhmann, la autoreferencia basal (el derecho cambia el derecho) de la reflexividad (normas normalizan el normalizar) y de la autorreflexión (la reflexión de la propia diferencia como medio para la auto-selección), es decir, cuando se diferencian las tres dimensiones de la autoreferencia⁸⁵ entonces la aplicación de reglas jurídicas de buen gusto pasa a ser una operación intermedia. Sus impulsos provienen de la autorreflexión estetizante. En ese caso, la reflexividad como aplicación de un proceso sobre sí mismo no es un método inusual de fortalecimiento de procesos de selectividad social. Saborear el sabor, pensar el pensamiento, sentir el sentimiento, con estas técnicas de relevo, es posible fortalecer las fuerzas. Ellas permiten la construcción de complejidad más elevada.⁸⁶ Sin embargo, sentimientos y pensamientos sólo pueden ser comunicados en forma de no-sentimiento y no-pensamiento: sólo la comunicación comunica. La comunicación no puede, por sí sola, pensar y sentir, pero puede ajus-

84. Luhmann, “Weltkunst”, p. 65.

85. Ver Luhmann, *Ideenrevolution*, p. 136 y ss.

86. Ver Luhmann, *Macht im System*, p. 91.

tarse reflexivamente y estos procesos. Tal reflexividad es una manera común de potenciar procesos sociales: las normas son normalizadas en el Derecho, el amor es apasionado, el poder es empoderado, los valores son evaluados. La reflexividad está presente incluso en la estetización de las decisiones estéticas y permite aplicar el gusto al gusto para diferenciar juicios de buen gusto de juicios de mal gusto. La estetización libera la contradicción: “El gusto [...] reacciona contra sí mismo y se reconoce como mal gusto”.⁸⁷ Se trata de “transformar el gusto, por una cuestión de gusto.”⁸⁸ Cuando se transforma el gusto jurídico por medio del gusto jurídico, la estetización lleva a una reflexividad del decidir normativo. De manera reflexiva, el gusto jurídico se emplea sobre sí mismo. Sólo así es posible tematizar el mal gusto del Derecho, llevando el Derecho a desarrollar una aversión de sí mismo.

Es por medio de esa transformación reflexiva que la fuerza estética de juicio adentra el Derecho. El gusto jurídico deja de ser un evento sensual frenético en el ambiente del Derecho y se convierte en una cuestión de derecho. Tal forma de reflexividad socializa la fuerza de juicio individual en una fuerza jurídica: el juicio jurídico pasa a ser observado como juicio de gusto. No ser insípido se convierte en norma, mientras que la fuerza de juicio gana fuerza de Derecho. Esto, sin embargo, no da a la decisión ninguna medida. No es el sentimiento jurídico propiamente dicho que puede coordinar los programas de derecho en el cruce de la codificación lícita / ilícita.⁸⁹

Sin embargo, cuando el Derecho se compromete con el gusto, altera la tematización del no jurídico en el derecho. Una estetización establece hombres de carne y hueso como puntos de referencia del Derecho. Lo no jurídico pasa a ser comunicable en el Derecho. El Derecho se compromete reflexivamente a desarrollar tanto un sensor de sufrimiento como un acoplamiento estructural entre la comunicación jurídica y el “cuerpo vivo de los involucrados”. Tal comunicación es ordenada por

87. Adorno, *Minima Moralia*, p. 165.

88. Adorno, *Ästhetische Theorie*, p. 60.

89. “El mero sentimiento jurídico no es capaz de realizar las frases jurídicas que entallan la vida”. Por el contrario, movimientos sociales y presión práctica serían necesarios “para atender a las exigencias del sentimiento jurídico” (Jhering, *Über die Entstehung des Rechtsgefühles*, p. 50 y ss).

símbolos simbióticos que definen la manera como la “comunicación deja irritar por la corporalidad.”⁹⁰ Los símbolos simbióticos relacionan el cuerpo a los medios de comunicación: amor y sexo, poder y violencia física, dinero y necesidades, derecho y fuerza (y no más violencia).^{*} Sin renunciar a su cierre operativo, los sistemas ajustan, por medio de símbolos simbióticos, sus estructuras a las percepciones (sistema de consciencia) ya los sentimientos (sistema psicológico). En este caso, desarrollar un gusto jurídico significaría para el Derecho, adecuar sus propias estructuras a su acoplamiento no sólo con los sistemas de conciencia, sino también con los propios cuerpos. El Derecho y la comunicación jurídica deben desarrollar un sentido de sentido jurídico. Esto no significa que el Derecho deba sentir directamente en el sentido humanocorpóreo. En principio, la exigencia normativa de desarrollar un sentimiento jurídico lleva sólo a que el Derecho refleja sobre su punto ciego del arracional, usando el gusto jurídico para constatar “un exceso de percepción y una falta de comunicabilidad”.⁹¹ La referencia al “sentimiento” articula un malentendido en la comunicación, una inadecuación. La comunicación sobre el mal gusto del Derecho no es capaz de convertir lo irrepresentable de la fuerza en representatividad inmediata. La comunicación significa siempre enajenación. Decir que una decisión es de mal gusto, repulsiva o sin personalidad es en sí mismo deficitario; es decir verbalizar la violencia de manera inadecuada. Es justamente la divulgación de esa inadecuación que convierte el derecho del derecho en incierto y remite al incomunicable del ilícito en el lícito.

No se trata del tomador de decisiones. No es posible regular la emocionalidad en la toma de decisiones. La “investigación de los determinantes racionales” con simultánea eliminación de las facturas arracionales es una propuesta inapropiada para uniformizar la toma de

90. Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, p. 378.

* El empleo de la violencia [...] está a disposición del Derecho [...], en la condición de un mecanismo simbiótico (Menke, *Recht und Gewalt*, p. 9).

91. Fuchs, *Die Psyche*, p. 93., donde él prosigue: “decir que se ama a alguien, (“te amo!”) significa, por lo menos a más tardar desde el romanticismo, decir también que esta frase es real, no original, que no dice mucho”, Sobre la comunicación del incomunicable en el Derecho, ver Teubner, “Das Recht vor seinem Gesetz”, p. 277-296.

decisiones.⁹² Se trata antes de que el Derecho desarrolle una “cultura del sentimiento”, es decir, aprenda a reformular el mundo de modo más complejo, más adecuado, con “más finura”, y se posicione para su comprensión en relación a la fuerza, más no en relación con la razón.⁹³ El objetivo es desarrollar una sensibilidad del Derecho a las imposiciones de la fuerza jurídica. Aquí tampoco existe una medida predeterminada. Luhmann observa no sin ironía que “una mirada atrevida ya puede ser considerada el inicio de la violencia física, un día sin cerveza o tabaco puede ser considerado un estado de emergencia. Mucho depende de la sensibilidad entrenada.”⁹⁴ Ciertamente se puede discutir si el tabaco y cerveza son provisiones básicas, pero la cuestión de la soberanía alimentaria no debe ser ridiculizada. Los reguladores de la sensibilidad del Derecho deben ajustarse de tal manera que el Derecho desarrolle un sensor para la violencia que reside en la supresión del mínimo existencial socioeconómico, en la precarización de otras parcelas de la población, en la falta de esperanza de los Indignados. El Derecho no puede mostrarse frío en relación a eso. Es necesario desarrollar, en sus fronteras de inclusión y exclusión, un sensor para el sufrimiento y un criterio para la transmutación de la fuerza jurídica en poder jurídico. Es ante todo la posibilidad del Derecho de reflexionar sobre sí mismo de forma insípida y ultrajante de aquello que apunta a un Derecho o el camino “de la aversión contra sí mismo”.⁹⁵

92. Riezler, *Das Rechtsgefühl*, p. 190.

93. Fuchs, *Die Psyche*, p. 94, con referencia a Wegmann, *Diskurse der Empfindsamkeit*, pássim.

94. Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, p. 381.

95. Menke, *Recht und Gewalt*, p. 103.



CAPÍTULO IV

Derechos de Fuerza



Es la fuerza que, “como un Tertium que no se deja describir adecuadamente sea por el empirismo o por la metafísica”, ¿es materialización del fundamento del Derecho?¹ En el caso que se desarrollen las reglas jurídicas para el proceso estético del Derecho contra sí mismo a partir del programa ético-político que se somete al desdoblamiento de la fuerza, se debe escoger un camino diferente de aquel universalista, como lo hizo el pensamiento magnetizado por la moralidad* demoníaca. La reflexión estética del Derecho busca el desarrollo de reglas para “transformar estéticamente el mundo práctico”,² Esta estetización de la capacidad, de la acción, de la subjetividad, de la moralidad, confronta el Derecho con la lucha: no es el intercambio racional de buenos argumentos en discursos de fundamentación o de aplicación ni la paradoja de la coerción sin coerción para el buen argumento que componen el fundamento del Derecho. Los juicios de gusto (Geschmacksurteile) no aceptan ninguna prueba de validez. El acto de decidir normativo y estetizado “no es una ‘disputatio’, sino un acto de luchar, (...) casi una guerra. La cual será peleada”,³ La lucha por el Derecho en el Derecho es la “poesía del carácter”⁴: el Derecho no se funda en el consenso de los sujetos de derecho, el Derecho es el embate en la lucha sobre las categorías de la buena vida. Y también la justicia, parece, entonces,

1. Fögen, *Das Lied vom Gesetz*, p. 89.

* “Así la moral se adentra en el mundo como un caso de esquizofrenia” (Luhmann, “Weltkunst”, p. 98).

2. Menke, *Kraft*, p. 114.

3. Lyotard, *Die Analytik des Erhabenen*, p. 231.

4. Jhering, *Der Kampf um's Recht*, p. 45.

“no relacionarse con la buena voluntad del sujeto, sino que constituye una condición en el mundo, la justicia denota la categoría ética de lo existente”.⁵ Mientras el nacimiento de la moral a partir del espíritu del monoteísmo del entendimiento apuntaba al desarrollo de comandos de acción universalmente vinculantes, el programa de una estética jurídica camina en el sentido opuesto. La estética jurídica consiste en un desamordamiento de la pluralidad de fuerzas vivientes: “el contra-programa inmoral prescribe: discontinuidad, ruptura entre lo bueno del yo y lo bueno de la participación social, es él hacer-libre de criterios y de la perspectiva del bien práctico, es decir, “constituirse a sí mismo” (“sich zu schaffen”): traer a la superficie a sí mismo –el yo mismo– en oposición a aquel participante social que ya es desde el principio. El constituirse a sí mismo (Sichschaffen) no es, por lo tanto, lo mismo que crearse a sí mismo (Sicherschaffen) [...], significa aprender que lo bueno de la vida no es lo mismo que lo bueno del actuar: la buena vida no está compuesta de buenas acciones. La vida es buena en cuanto ella está viva”.⁶

La emancipación de la moral no lleva a la arbitrariedad normativa, sino a una normatividad de nueva forma. En su centro se encuentra el derecho de desarrollo de la fuerza, el derecho de tener fuerza, de poder desdoblarse la fuerza, el Derecho está vivo.

El derecho estético a la fuerza se convierte en un presupuesto de la fuerza del Derecho (Rechtskraft), pues es primera la posibilidad del desarrollo de la fuerza que puede llevar al “Otro, al más allá del Derecho-Violencia”⁷ Si el Derecho de la fuerza (Kraftrecht) –entendido como el Derecho a desarrollar fuerzas– es el supuesto de la fuerza del Derecho (Rechtskraft), entonces, el presupuesto del Derecho se torna en un derecho: el derecho a tener derechos de desarrollo judicialmente implementables.⁸ En esta concepción, el derecho fundamental a la fuerza no añade ningún nuevo párrafo al catálogo tradicional de dere-

5. Benjamin, “Notizen”, p. 41.

6. Menke, *Kraft*, p. 125 ss.

7. Vismann, “Gesetz ,DER Dckonstruktion”, pássim.

8. Hannah Arendt también establece un Derecho al Derecho como un Derecho basal, sin embargo, ella concibe esto como Derecho político de status de miembro (*politische Mitgliedschaftsrecht*). Ver Arendt “Es gibt nur ein Menschenrecht”, pássim.

chos fundamentales y humanos. El derecho a la fuerza no es el núcleo normativo —como se acusa en algunos modelos de la dignidad humana⁹— los cuales ejercen su efecto de forma continua en todo y cada uno de los derechos fundamentales individualmente considerados.

Este no es la cima de una pirámide de valores de los derechos fundamentales; no es el núcleo esencial a partir del cual un sistema jerárquico de valores fundamentales puede ser administrado por medio de garantías de esencia dudosas.* El derecho subyacente a la fuerza se torna perceptible mucho más por su función: el derecho fundamental a la fuerza asegura el fundamento del derecho. Fuerza y Derecho se constituyen mutuamente.

Para concebir el derecho fundamental a los derechos de fuerza (Kraftrechte) de forma más precisa, el derecho necesita completar el doble movimiento que vincula mutuamente fuerza y significado; la fuerza imaginativa y la capacidad (Vermögen), mimesis y racionalidad: el derecho fundamental estético sólo puede ser pensado en la combinación de satisfacer ambas exigencias de la justicia, así como de las exigencias de la ley general, de la igualdad, y ser justo, al mismo tiempo, singularidad. Si se disuelve una en la otra, la violencia del derecho se impone.

1. Singularidad y totalidad

Gilles Deleuze, al poner la facultad intuitiva de sentir en la posición del juez, una vez que el acto de sentenciar no puede abarcar lo nuevo en el ámbito de lo ya existente, comete precisamente ese error. “El juicio impide la llegada de cualquier nuevo modo de existencia, porque

9. De forma clásica: Dürig “Menschenwürde”, p. 122.

* “Incluso la propuesta de interpretación aparentemente tan persuasiva de Günther Dürig [...] de que una violación esencial estaría presente cuando el titular de direcciones fundamentales fuera tratado por el Estado como objeto, constituye una fórmula vacía, ya que los seres humanos sólo pueden ser tratados como objetos, ya que el trato presupone objeción. Queda abierto, para Dürig, y otros de esa línea, decidir cuando tal trato es tan escandaloso que se produce una violación de Derechos fundamentales esenciales. Las fórmulas vacías ocultan principalmente normas apócrifas o, lo que es peor, competencias de formación de normas” (Luhmann, *Grundrechte als Institution*, p. 60, Nota de pie 18).

éste se crea por sus propias fuerzas (...) Tal vez esté ahí el secreto: hacer existir, no juzgar”.¹⁰ “Tal” fin al juicio “(y conforme más cercano al original francés” fin al juzgamiento”)” (Pour en finir avec le jugement), el cual coloca la singularidad por encima de todo y suspende el derecho (außer Kraft setzt), cae en peligrosa aproximación con estrategias que disuelven las formas jurídicas: *Fiat justitia perat mundus*. La suspensión nazi de la fuerza del Derecho a través de una justicia al servicio de las ideas fascistas demostró las consecuencias inhumanas de una tal disolución del Derecho en la estética.¹¹ Autores nazis, cuando exigían “el derecho vivo, no el formal”, así como Carl Schmitt, cuando veía en la excepción jurídica “la fuerza de la vida real [que] transpone la corteza mecánica fijada en la repetición”, todos ellos ofrecen la forma jurídica en sacrificio en el altar de la singularidad.¹² lo que lleva a una totalización de la singularidad, solo restando de las formas sociales.*

Por otro lado, hay en el realce excesivo de la forma antes de la singularidad el peligro de que se subordine el “derecho a la fuerza” (“Recht auf Kraft”) a la totalidad de las formas sociales irreflexivamente, sin que los impulsos de la fuerza sean orientados contra tales formas y sean asegurados de modo normativo. En esas relaciones, entonces, el propio Derecho a la fuerza, fracasa.¹³ Reducido a un derecho de fuerza (Kraftrecht) individualista en una socialización capitalista, el efecto de la fuerza se agotó en implementar estímulos asimilatorios para que el sujeto pudiera ser considerado en el sistema de recompensa (Belohnungssystem) de las instituciones de felicidad en el trabajo, mientras que la resistencia contra tales prácticas ya bien establecidas y practicadas pasaron a ser patologizadas como una demanda incómo-

10. Deleuze, Gilles. “Schluss mit dem Gericht”, p. 183.

11. Ver Dickhuth-Harrach, *Gerechtigkeit statt Formalismus*, pássim.

12. Schmitt, Carl. *Politische Theologie*, p. 22. Véase, sobre esto: “Gehring, Kraft durch Form”, pássim; sobre el Derecho vivo: Frank, *Lebensrecht, nicht Formalrecht*, passim; sobre la justicia como expresión de la idea de un “Estado total”: Kreffft, *Rechtskraft und Gerechtigkeit*, p. 35.

* “*Fiat ars–perat mundus*”, dice el fascismo. Es la forma más perfecta del *art pour l’art*, (...) He aquí la *estetización de la política*, como la practica del fascismo. Benjamin, Walter. *Kunstwerk*, p. 508.

13. Sobre el Derecho a la libertad, ver Bloch, *Naturrecht und menschliche Würde*, p. 153.

da.¹⁴ Si el derecho a la fuerza (*Recht auf Kraft*) es sumiso a la lógica de las formas sociales, el potencial de violencia (*Gewalt*) del Estado activo sería entonces verdadero; y, primariamente desencadenado las sanciones sociales, se habrían hecho eufemismos como programa de desarrollo de la fuerza. El derecho a la fuerza quedaría entonces sólo un derecho a la autopreservación y de reproducción. Instituciones de la fuerza a través de la alegría cuidan la función no conflictiva de la máquina demoníaca en el parque humano. Si se subordina el derecho a la fuerza (*Recht auf Kraft*) a los imperativos funcionales de los sistemas, este degenera en un derecho a la asimilación a relaciones cosificadas.¹⁵ El derecho a la libertad se transforma en su apuesta. La caracterización de Peter Sloterdijk del pragmatismo de William James hace que esta tendencia aparezca aún más claramente. En ella se muestra cómo el uso del Derecho a la liberación que puede degenerarse en un sutil instrumento de opresión. Para Sloterdijk el pragmatismo se transforma en “la vigorosa doctrina de Nietzsche de la voluntad de poder de una sagaz teoría del derecho a la fuerza. James no pone en cuestión al titular de tal derecho humano energético como un súper hombre (*Übermensch*) de dominación mundial y que siempre y constantemente se supera y se eleva, sino el hombre medio burgués cotidiano que siempre está amenazado por sobrecarga y, desmotivación, cuyo heroísmo consiste en desplazar para el futuro su fracaso, en la medida en que éste le toca. Los héroes americanos o neo-americanos de James son, al igual que ellos mismos, héroes del aplazamiento del colapso. Para él es héroe quien está tratando de asumir diariamente, el reconocer su oportunidad”,¹⁶ El derecho a la fuerza se reduce en esa versión a un derecho a un crédito de bono de felicidad laboral y espiritual de un modo vegetativo. Esto no sirve a la emancipación del hornero y de la sociedad, sino al aparato de dominación. Las relaciones cosificadas permanecen intactas, la singularidad se adapta a la totalidad.

14. Ver Gaderer, *Querulanz*, pássim.

15. Así es la crítica al Pragmatismo de Adorno en “*Veblens Angriff auf die Kultur*”, p. 74.

16. Sloterdijk, “*Chancen im Ungeheuren*”, p. 27.

En contra de las dos posiciones que reducen el derecho fundamental a los derechos de fuerza (Kraftrechte) contra la disolución de la forma y contra la sumisión a la forma –vale insistir que la tensa relación entre la forma abstracta y la singularidad, entre la razón jurídica (Rechtsvernunft) la fuerza estética debe permanecer en la forma jurídica autónoma. No debe la referencia a la singularidad anular la forma jurídica autónoma, ni debe la fuerza social autónoma subordinar la fuerza singular. La fuerza y la forma jurídica se relacionan recíprocamente. La forma jurídica posibilita el desarrollo de la fuerza, desarrollo que es posibilitado por la fuerza de la forma jurídica. Sólo una orden que posibilita la buena vida es que el que hace un orden libre de violencia –este se torna en la fuerza de derecho (Rechtskraft)– pensable. La fuerza del Derecho (Rechtskraft) y la violencia del Derecho (Rechtsgewalt) son entonces opuestos: donde uno gobierna, y el otro no está presente. Sería un pleonasma hablar de una fuerza ‘no violenta’ (gewaltlose Kraft)*. La fuerza es el Otro (de las Andere) de la violencia del Derecho. La dominación sin fuerza es la dominación sin autorización-legitimada (Be-rechtigung). Richard Wagner, defendiendo a Michail Bakunin contra la crítica de Cosima Wagner, articula justamente ese pensamiento: “Legitimidad, ¿ahora el zar tiene legitimidad? Aquí se trata de fuerzas, de derecho como su fuerza, como los romanos los llamaron : no hay fuerza del lado de los dominadores, pero hay una fuerza del lado de los conspiradores.”¹⁷

* “El poder y la violencia son términos opuestos: donde uno reina absolutamente, el otro no está disponible [...] ‘Es un pleonasma hablar de pedir’ sin vacilación” (Arendt, *Macht und Gewalt*).

17. Wagner, *Die Tagebücher*, Vol. 2, p. 716. Parece ser cuestionable desde el punto de vista etimológico cuando, aquí, ius y fuerza se formulan uno dentro del otro. Si esa entrada del diario refleja correctamente la discusión oral entre Corina y Richard Wagner y no suprime una transición trazada en la discusión entre ius y vis, Wagner, entonces, dio su propia connotación de fuerza al término latino ius. En el uso germánico del término en lo que toca esa identificación él Derecho y fuerza, se encuentra la siguiente entrada en el Diccionario de Grimm: “la fuerza correcta / del Derecho” (bei dem rechten kraft [sic]) (siglo XV) trata - al mismo tiempo de “fuerza del Derecho” (kraft des Rechts [sic]) (J. e W. Grimm, *Deutsches Wörterbuch*, Vol. 2, p. 1944).

2. **Rechtsverfassungsrecht: derecho constitucional del Derecho**

La alternativa no se concentra, entonces, como sugiere Deleuze, entre “hacer existir” y “juzgar”; es mucho más una tarea del Derecho, cuando él se encuentra en contacto con la fuerza, la de “no juzgar, hacer posible el existir posible”, así como, el formulado por Werner Hamacher, la de “dejar existir”.¹⁸ El Derecho se convierte entonces en un derecho a la constitución del Derecho, un derecho constitucional del Derecho (Rechtsverfassungsrecht),^{NT} los espacios de autonomía son garantizados y con ello la relación fronteriza con el mundo de la vida (Lebenswelt) es normatizada, bajo condiciones, a través de un sistema de garantía de la libertad: economía, política, arte, religión, etc., son conexiones sociales del desarrollo de la fuerza que mantienen cada cual relaciones fronterizas propias con los mundos de la vida. El Derecho no es aquí un meta-sistema, sino parte de esa relación fronteriza. La democracia social se hace posible solamente a través de la acción recíproca del Derecho con los centros de la fuerza en su ambiente: la democratización social emerge en un proceso doblemente reflexivo en el que el Derecho se conecta reflexivamente con los procesos reflexivos situados en su ambiente. Sólo esta doble reflexividad posibilita formas sociales democráticas.¹⁹

No se trata de construir el consenso de los sujetos a través de una coerción exenta de coacción de los buenos argumentos, sino de decidir sobre inconmensurabilidades, procesar colisiones de manera jurídica. El pulso de la democracia es la liberación del disenso, no la construcción de consenso. La expectativa y la esperanza se encuentran en un Derecho de la constitución del Derecho - un derecho a la constitución del derecho (Rechtsverfassungsrecht), el cual abarca los

18. Hamacher, “Recht oder Leben”, p. 173.

^{NT} El término Rechtsverfassungsrecht, acuñado por Rudolf Wiethölter, con doble genitivo, lleva a varias interpretaciones: “Derecho del Derecho constitucional y un Derecho de auto-constitución del Derecho”. El punto es también jugar con la dubiedad de un Derecho que se “constituye”, algo así como: “*Derecho a la constitución por el Derecho - Derecho constitucional del Derecho*”.

19. Veja Teubner, *Verfassungsfragmente*, p. 159 ss.

niveles iniciales de colisión hacia el derecho./moral, derecho./política, derecho./economía, precisamente de forma general: derecho como ‘acoplamiento estructural’ del ‘mundo de la vida / sistemas’. La “protección jurídica” y la “protección institucional”, en traducciones actualizadas, serían transformadas entonces en protecciones de la justificación-creación del Derecho (Recht-Fertigungsschutz)^{NT} dispuestas para funciones de libertad²⁰. Un Derecho de tal tipo, que acopla estructuralmente el mundo de la vida / sistemas y que con ello no descuida las colisiones entre sistemas, presupone que el derecho asegure el desarrollo corporal y personal de los individuos, es decir, su auto-constitución (o, Selbstkonstituierung). Sólo con el consumo viene el gusto del Derecho. Sin la posibilidad del desarrollo corporal, no-compulsivo y comunicativo de la fuerza, no puede haber la fuerza de derecho (Rechtskraft). Tal derecho a los derechos de la fuerza (Recht auf Kraftrechte) se centra de manera transversal en relación con las tradicionales categorías de derechos humanos. Pensar en una categorización de los derechos humanos en sociales, liberales y políticos separa artificialmente la unidad de los derechos humanos y no reconoce que los derechos humanos liberales también son sociales, y que los derechos sociales también pueden ser políticos. Esta diferenciación no merece valor, ya que su función reside en la discriminación de derechos específicos a la prestación positiva (Leistungsrechte) y en la depreciación de lógicas contrahegemónicas en la lucha por el Derecho.²¹

Una sistematización de los derechos humanos que no esté orientada por la triada clásica, sino por las reacciones de fuerzas subyacentes y por la custodia de los espacios de desarrollo de estas fuerzas, debe ser pensada como un derecho que posibilita el desarrollo de la fuerza en espacios fragmentados. El desarrollo individual de los seres

^{NT} El término Recht-Fertigung es también un juego de palabras de Wiethölter. Rechtfertigung se lee como “justificación”, “legitimación”; pero si leemos por separado (de ahí el guión) significaría “Recht Fertigung” (die Fertigung des Rechts) que remite a la “creación”, “fabricación” del Derecho. Se trata, pues, de una “creación-justificación” simultánea del Derecho.

20. Wiethölter, “Zur Argumentation im Recht”, p. 119.

21. Para el debate clásico sobre los Derechos sociales su persecución por medios judiciales, v. Thurm, Abendroth in der öffentlichrechtlichen Sozialstaatsdebatte, *passim*.

humanos (cuerpo y sistema de conciencia), es decir, la integridad humana, está garantizada por una combinación de derechos de defensa (Abwehrrechte), de derechos de participación y de derechos a la prestación positiva (Leistungsrechte), combinación en la cual tales derechos contribuyen en una misma medida a tal tarea.²²

Tales fuerzas no están categóricamente separadas* “Yo mismo soy, sí, una parte de la naturaleza”, formuló Adorno.²³ No hay una línea demarcatoria, la cual el derecho debería trazar, entre las dimensiones de la fuerza. El derecho de fuerza (Kraftrecht) se relaciona en la misma medida con formas sociales, con individuos, así como con la naturaleza. No hay aquí centro alguno del cual se pueda deducir el todo. Ni el individuo, como lo era en el derecho liberal, ni la soberanía del pueblo, como se ve en el republicanismo, ni siquiera el parlamento de las cosas que incluye a todos, ninguno de éstos puede representar la unidad.

22. Poder y violencia son contradictorios, donde la una domina absolutamente la otra no está presente. (...) Von, gewaltloser “Macht zu sprechen, ist ein Pleonasmus”, ver Arendt, *Macht und Gewalt*, p. 46.

* Lo que los seres humanos han hecho a los seres humanos y a la naturaleza debe parar, acabar radicalmente. [...] “A los seres humanos emancipados, liberados de la violencia represora, pertenece la naturaleza emancipada y liberada”. (Marcuse, *Revolution und Kritik der Gewalt*. p. 26).

23. Adorno, *Probleme der Moralphilosophie*, p. 154.



CAPÍTULO V

**Conclusión:
fuerza humana como fuerza social**



Las tres dimensiones del derecho de la fuerza (*Kraftrecht*) son inseparables. Los derechos humanos en sentido estricto, aseguradores de la integridad humana, deben estar apoyados en derechos subjetivos y transsubjetivos, derechos que posibiliten el desdoblamiento de las fuerzas sociales. Es sólo entonces que la fuerza comunicativa puede desarrollarse en el derecho legítimo, allí surge tal fuerza. La triada humano-jurídica, no es aquella que consiste en derechos liberales, sociales y políticos, sino más bien aquella de la garantía inseparable de ámbitos de desarrollo (i) humanos, (ii) ecológicos y (iii) comunicativos de la fuerza en esferas sociales internas y externas a la sociedad. El Derecho como un derecho posibilitador del desarrollo democrático de la fuerza no sirve a un esencialismo de la fuerza, sino que sostiene miméticamente procesos interconectados entre sí de forma intensa, en los que la fuerza se desarrolla “como movimiento, como impulso mismo”.¹ Esto lleva a tomar en serio las exigencias marxistas por emancipación: “toda emancipación consiste en el retorno del mundo humano, de sus relaciones, al propio hombre. La emancipación política es la reducción del hombre, por un lado a miembro de la sociedad burguesa, al individuo egoísta independiente y, por otro lado, al ciudadano del Estado a la persona moral [...] Sólo cuando el hombre reconoce y organiza sus “fuerzas propias” como fuerzas sociales, cuando a partir de ahí la fuerza social no se separó de la forma de la fuerza política; sólo entonces es que la emancipación humana se completa”²

1. Derrida, “Kraft und Bedeutung”, p. 50.

2. Marx, *Zur Judenfrage*, p. 370.

Para que la fuerza emancipatoria del Derecho (emanzipatorische Rechtskraft) pueda articularse como “fuerza productiva de la comunicación” y desarrollarse “en las luchas de liberación social”,³ son necesarios arreglos institucionales en los sistemas sociales que interrumpen las dinámicas de fuerzas dañinas desde el principio. Recientemente, teniendo en cuenta procesos sociales de transmisión (soziale, Ansteckungsprozesse) en el transcurso de la crisis financiera, Gunther Teubner apunta que trataría de frenar el crecimiento de la “dinámica afectiva aplastante vulgar ganancia y miedo” y de contraparte al instinto social de la manada por medio de una “deshomogenización”,⁴ De esta forma se hace posible la expresión “la ira contra la opresión”.⁵

El apoyo dirigido a comportamientos desviantes en las instituciones sociales puede liberar fuerzas de autocuración que estimulen al “disenso, protesta, oposición y coraje civil en contraposición a la atmósfera paralizante de (...) jerarquías y contra presiones de la conformidad”.⁶ Desde el punto de vista de la teoría de la democracia, al lado del establecimiento de una cultura de la posibilitación del desvío, se trata de vincular centros organizados de decisión a flujos espontáneos de comunicación de tal forma que sea posible la reanudación de la capacidad de disposición social sobre las relaciones cosificadas. Las instituciones sociales y políticas deben no sólo mantener conscientemente en sí “las fuerzas revolucionarias que anclan su existencia”, así como exigió Benjamín.⁷ Como también necesitan organizarse de tal forma que no puedan orientarse por nada más que por esas fuerzas revolucionarias. Esto no vale sólo para el sistema de la política, sino que exige también procedimientos democrático- económicos, democrático-científicos, democrático-pedagógicos, etc., es decir, normas de democracia social. La meta, aquí, no es la inclusión total del hombre en esos sistemas, lo que es imposible, sino la apropiación democrática de las violencias y poderes sociales y su conformación justa bajo la perspectiva humana.

3. Habermas, “Interview mit HansPeter Krüger”, p. 85.

4. Teubner, “WhistleBlowing”, p. 41.

5. Para la posibilitar la articulación del ilícito (Unrecht) bajo la referencia al concepto de violencia mística de Walter Benjamin., ver Brossat, *Plebs Invicta*, p. 131.

6. Ídem, p. 39.

7. Ver Benjamin, *Zur Kritik der Gewalt*, p. 190.

Sólo la garantía normativa del desarrollo de las fuerzas normativas humanas y sociales (transmitidas por medio de la subjetividad jurídica) hace posible la comunicación entre los bienes individuales y sociales. El compromiso de dos dimensiones inconmensurables y heterogéneas en un movimiento paradójico del vínculo entre singularidad y el orden como problema de representación es algo inevitable; algo “cerrado en nombre de una justicia que nos ordena obedecer la ley de la representación (...) y al mismo tiempo toda ley que excede la representación y que retira todo lo singular, cada singularidad de su inscripción en una orden general o de comparación”.⁸ Un Derecho que desconozca esa combinación entre generalidad y singularidad se centra bajo el siguiente enunciado: o no tiene ninguna forma jurídica o traiga la justicia en la forma del Derecho. Entre la Escala de un derecho disuelto en la singularidad, que pierde su autonomía y que suspendió en sí mismo las instituciones de protección de la libertad social, por un lado, y el Caribdis de un Derecho total sin faro para la singularidad de la existencia humana, de otro lado, debe el Derecho desarrollar una forma del derecho una cultura jurídica del sentir.⁹ La emancipación del orden demoníaco sólo tendrá una oportunidad cuando el derecho formal se humanice y encuentre la “cordialidad sincera (Herzenshöflichkeit), afecto, amor a la paz, confianza”¹⁰ en su lugar.

Sólo el doble movimiento que vincula constitutivamente el orden jurídico y la vida humana, la racionalidad y la mimesis, es la que puede traer a la superficie al Otro de la violencia del Derecho (Rechtsgewalt): la fuerza emancipatoria del Derecho. Ningún estado de excepción demoníaco puede destituir o retirar el vigor de esa fuerza que se vuelve contra la opresión y la falta de libertad.

8. Derrida, *Gesetzskraft*, p. 123; para el problema de representación como cuestión de gusto judicial ver Weitin “Der Geschmack des Gerichts”, *passim*.

9. De ahí la demanda de una “empatía del Derecho” por Gruber, en: “Normen der Empathie”, *passim*; Por lo tanto, ver también Bandes, “Emphatic Judging and the Rule of Law”, *passim*.

10. Benjamin, *Zür Kritik der Gewalt*, p. 47.

Bibliografía

- Adorno, Theodor W.: *Probleme der Moralphilosophie*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 2010.
- _____. “Der dialektische Komponist”, en: *Gesammelte Schriften*, Vol. 17 [=AGS 17], Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1982, p. 198-203.
- _____. “Veblens Angriff auf die Kultur”, en: AGS 10.1, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1977, p. 72-96.
- _____. *Noten zur Literatur III*, en: AGS II, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1974, p. 323-491.
- _____. *Erziehung zur Mündigkeit*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1971.
- _____. *Ästhetische Theorie*, en: AGS 7, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1970.
- _____. *Negative Dialektik*, en: AGS 6 Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1970.
- _____. *Minima Moralia*, en: AGS 4, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1951.
- Agamben, Giorgio: *Was von Auschwitz bleibt*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 2003.
- Alexy, Robert: *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg und München: Albert Karl 1992.
- Arendt, Hannah. “Es gibt nur ein einziges Menschenrecht”. en: Christoph Menke/Francesca Raimondi (Ed.), *Die Revolution der Menschenrechte*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 2011, p. 394-411.

_____. *Macht und Gewalt*, München: Piper 2011.

_____. *Das Urteilen*, München: Piper 1985.

Arnauld, Andreas v./ Durner, Wolfgang: "Heinrich Triepel und die Ästhetik des Rechts", en: *Heinrich Triepel* (Ed.), *Vom Stil des Rechts. Beiträge zu einer Ästhetik des Rechts*, Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag 2007, p. V-XLII.

Balibar, Étienne: "Gewalt", en: Wolfgang Fritz Haug (Ed.), *Historisch-kritisches Wörterbuch des Marxismus, Vol. 5: Gegenöffentlichkeit bis Hegemonieapparat*, Hamburg: Argument Verlag 2001; columnas 693696 y 1270-1308.

Bandes, Susan: "Emphatic Judging and the Rule of Law", en: *Cardozo Law Review. De Novo 2009*, p. 133148.

Benjamin, Walter: "Notizen zu einer Arbeit über die Kategorie der Gerechtigkeit" en: *Frankfurter Adorno Blätter* 4 (1995), p. 41-52.

_____. *Ursprung des deutschen Trauerspiels*, en: *Gesammelte Schriften*, Vol. 1.1 [= GS I,1] Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1991, p. 203-430.

_____. *Das Kunstwerk im Zeitalter seiner technischen Reproduzierbarkeit*, en: GS I.2, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1991, p. 435-508.

_____. "Schicksal und Charakter", en: GS II.1, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1991, p. 171-179.

_____. *Zur Kritik der Gewalt*, en: GS II.1, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1991, p. 179-203.

_____. "Lehre vom Ähnlichen", en: GS II.1, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1991, p. 204-210.

_____. "Über das mimetische Vermögen", en: GS II.1, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1991, pp. 210-213.

_____. "*Karl Kraus*", en: GS II.1, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1991, p. 334-367.

- _____. “Franz Kafka. Zur zehnten Wiederkehr seines Todestages”, en: GS II.2, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1991, p. 409-438.
- Bloch, Ernst: “Über den Begriff Weisheit”, en, idem., *Werke*, Vol. 10, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1985, p. 355-395.
- _____. *Naturrecht und Menschenwürde*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1961.
- Bonacker, Thorsten: *Die normative Kraft der Kontingenz*, Frankfurt a.M.: Campus 2000.
- Bourdieu, Pierre: “The Force of Law. Towards a Sociology of the Juridical Field”, en: *Hastings Law Journal* 38 (1987), p. 805-853.
- Bredenkamp, Horst: “Von Benjamin zu Schmitt”, en: *DZPhil* 46 (1998), p. 901-916.
- Brossat, Alain: *Plebs Invicta*, Berlin: August 2012.
- Buckel, Sonja: *Welcome to Europe*, Frankfurt a.M.: Habilitation 2013.
- _____. /König, Julia: “Die Desymbolisierung des politischen Körpers”, en: Felix Heidenreich et. Al. (Ed.), *Politische Theorie und Emotion*, Baden, Baden: Nomos 2012, p. 21-287.
- _____. “Körper und Psyche in der Matrix des Rechts”, en: Graf Peter Callies et. Al. (Ed.), *Soziologische Jurisprudenz*, Berlin: de Gruyter 2010, p. 19-36.
- Cahn, Michael: “Subversive Mimesis. Theodor W. Adorno and the modern Impasse of Critique”, en: Mihai Spariosu (Ed.), *Mimesis in Contemporary Theory*, Philadelphia: Benjamins 1984, p. 27-64.
- Cover, Robert M.: “Nomos and Narrative”, en: *Narrative, Violence, and the Law*, Ann Arbor: Univ. of Michigan Press 1995, p. 95-172.
- _____. “Violence and the Word”, en: *The Yale law Journal* 95 (1986), p. 1601-1629.

- Dalla Bontá, Silvana: "Eine 'heilsame Unruhe'", en: *Zeitschrift für Zivilprozess* 125 (2012), p. 93-123.
- Deleuze, Gilles: "Schluß mit dem Gericht", en: *Kritik und Klinik*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1993, p. 171-183.
- Derrida, Jaques: "Nicht die Utopie, das Un-Mögliche", In: *Maschinen Papier*, Viena: Passagen 2006, p. 321-337.
- _____. "Weltbürger aller Länder, nod: eine Anstrengung!". Berlin: Brinkmann und Bose, 2003.
- _____. "Otobiographien", in: Friedrich Kittler, Nietzsche. *Politik des Eigennamens*, Berlin: Merve 2000, p. 9-63.
- _____. *Marx' Gespenster*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1995.
- _____. *Gesetzeskraft. Der, mystische Grund der Autorität*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1991.
- _____. "Force de Loi: Le, 'Fondement Mystique de L'Autorité'", en: *Cardoso Law Review* II (1990), p. 920-1045.
- _____. "ECONOMIMESIS", en: *diacritics* II (1981), p. 3-25.
- _____. "Kraft und Bedeutung", in idem, *Die Schrift und die Differenz*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1976, p. 9-52.
- Dickhuth-Harrach, Hans-Jürgen von: *Gerechtigkeit statt Formalismus. Die Rechtskraft in der nationalsozialistischen Privatrechtspraxis*, Kölna: Heymanns 1986.
- Di Fabio, Udo: "Systemtheorie und Dogmatik", en: Gregor Kirchhof et. Al (Ed.) *Was weiß Dogmatik?* Tübingen: Mohr 2012, p. 63-78.
- Dürig, Günter: "Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. I Abs. I in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes", en: *AöR* 81 (1956), p. 117-157.

- Durkheim, Emile. *Die elementaren Formen des religiösen Lebens*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1994.
- _____. *Über soziale Arbeitsteilung*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1992.
- Ehrlich, Eugen: *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Berlin: Duncker & Humblot 1989.
- _____. *Gesetzt und lebendes Recht*, Berlin: Duncker & Humblot 1986.
- Esser, Josef: *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen. Mohr 1974.
- _____. *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Kronberg: Scriptor 1972.
- Femia, Pasquale: "Infrasystemische Subversion" en: Marc Amstutz et. Al. (Ed.) *Kritische Systemtheorie*, Bielefeld: transcript 2013, p. 301-321.
- Fischer-Lescano, Andreas/Möller, Kolja: *Der Kampf um globale soziale Rechte*, Berlin, Wagenbach 2012.
- Fish, Stanley E.: "Force", en: *Washington and Lee Law Review* 45 (1988), p. 883-902.
- Fögen, Marie Theres: *Das Lied vom Gesetz*, München: Siemens Stiftung 2006.
- Frank, Hans: "Lebensrecht, nicht Formalrecht", en: *Deutsches Recht* 4 (1934), p.231-233.
- Früchthl, Josef: *Mimesis. Konstellation eines Zentralbegriffs bei Adorno*, Würzburg: Königshausen und Neumann 1986.
- Fuchs, Peter: *Die Psyche. Studien zur Innenwelt der Außenwelt der Innenwelt*, Weilerswist: Velbrück, 2005.

- Gabriel, Gottfried: “Subsumierende und reflektierende Urteilskraft”, en: ders./Rolf Gröschner (Ed.) *Subsumtion*, Tübingen: Mohr 2012, p. 1-25.
- Gaderer, Rupert: *Querulanz. Skizze eines exzessiven Rechtsgefühls*, Hamburg: Textem 2012.
- Gehring, Petra: “Kraft durch Form: Rechtsbestimmtheit und Justizverweigerungsverbot” en: Joseph Vogl (Ed.), *Gesetz und Urteil*, Weimar: Verlag und Datenbank für Geisteswissenschaften 2003, p. 57-74.
- _____. “Über die Körperkraft von Sprache”, en: Steffen K. Herrmann et. Al, (Ed.), *Verletzende Worte*, Bielefeld: transcript 2007, p. 211-228.
- Goethe, Johann Wolfgang von: *Faust*. München: dtv 1998 [= Werke 3].
- Gramsci, Antonio: *Gefängnishefte. Kritische Gesamtausgabe*, Hamburg: Argument 1991.
- Grimm, Jakob y Wilhem: *Deutsches Wörterbuch*, Leipzig: Hirzel 1854-1960.
- Gruber, Malte-Cristian: “Normen der Empathie. Zur Einfühlung”, en: ders./Stefan Häußler (Ed.), *Normen der Empathie*, Berlin: trafo 2012, p. 9-22.
- Habermas, Jürgen: “Versprachlichung des Sakralen” en: *Nachmetaphysisches Denken II*, Berlin: Suhrkamp 2012, p. 7-18.
- _____. *Faktizität und Geltung*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1992.
- _____. “Interview mit Hans-Peter Krüger”, en: *Die nachholende Revolution*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1990, p. 82-98
- _____. “Vorwort zur Neuausgabe 1990” en: *Strukturwandel der Öffentlichkeit [1962]*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1990, p. 11-50.

- _____. *Der philosophische Diskurs der Moderne*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1988.
- _____. *Theorie des kommunikativen Handelns*, Vol. 2, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1981.
- Hamacher, Werner: „Recht oder Leben“, en: Ashraf Noor (Ed.), *Walter Benjamin: Moderne und Gesetz*. München: Fink 2011, p. 155-174.
- _____. „Affirmative Streik“, en: Christian L. Hart Nibbrig (Ed.), *Was heißt „Darstellen“?*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1994, p. 340-471.
- Hänni, Julia: *Vom Gefühl am Grund der Rechtsfindung*, Berlin: Duncker & Humblot 2011.
- Hegel, Georg Friedrich Wilhelm: *Die Phänomenologie des Geistes*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1969.
- Heller, Hermann: *Staatslehre* [1934], Leiden: Sijthoff 1963.
- Hensel, Isabell: „Klangpotentiale. Eine Annäherung an das Rauschen im Recht“, en: Christian Joerges/ Peer Zumbansen (Ed.), *Politische Rechtstheorie Revisited: Rudolf Wiethölter als Lehrer, Anstifter, Freund*, Bremen: Zerp-DP 2013, p.73-104.
- Heraklit: *Fragmente*, Zürich und München: Artemis & Winkler 2007.
- Homer: *Ilias. Odyssee*, traducido por Johann Heinrich Voß, München: dtv 2010.
- Honneth, Axel: *Pathologien der Vernunft. Geschichte und Gegenwart der Kritischen Theorie*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp 2008.
- Hutcheson, Joseph C.: „The Judgment Intuitive: The Function of the ‘Hunch’ in Judicial Decision“, en: *Cornell Law Quarterly* 14 (1929), p. 274-288.
- Isay, Hermann. *Rechtsnorm und Entscheidung*, Berlin: Vahlen 1929.

Jay, Martin. "Mimesis und Mimetologie", en: Gertrud Koch (Ed.) *Auge und Affekt*, Frankfurt a.M.: Fischer 1995, p. 175-201.

Jellinek, Georg: *Allgemeine Staatslehre*, Berlin: Julius Springer 1914.

Jellinek, Walter: *Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen*, Tübingen: Mohr 1908.

Jhering, Rudolf von: *Der Kampf um's Recht*, Freiburg: Haufe 1992.

_____. *Über die Entstehung des Rechtsgefühles*, Napoli: Jovene 1986.

Kafka, Franz: *Der Prozeß*, Frankfurt a.M.: Fischer 1996.

Kant, Immanuel: *Kritik der Urteilskraft*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1974. [=Werke X]

_____. *Zum ewigen Frieden*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1978. [= Werke XI]

Kelsen, Hans: "Über Staatsunrecht" en: Hans R. Klectasky et. Al. (Ed.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, Vol. 2, Wien: Verlag Österreich/Steiner 2010, p. 785-866.

_____. "Geltung und Wirksamkeit des Rechts", en: Robert Walter et. Al. (Ed.), *Hans Kelsens stete Aktualität*, Wien: Manz 2003, p. 12-21.

_____. *Reine Rechtslehre*, Vienna: Deuticke 1960.

_____. *Allgemeine Staatslehre*, Wien: Springer 1925.

_____. *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, Tübingen: Mohr 1920.

Kiesow, Rainer Maria: "Josef Kohlers Poesie", en: (Ed.), *Summa. Dieter Simon zum 70. Geburtstag*, Frankfurt a.M.: Klostermann 2005, p. 297-318.

Klinger, Florian: *Urteilen*, Zürich: Diaphanes 2011.

Koskenniemi, Marti: "International Law in Europe: Between Tradition and Renewal", en: *EJIL* 16 (2005), p. 113-124.

_____. *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge: Cambridge UP 2002.

Krefft, Herbert: *Rechtskraft und Gerechtigkeit*, Colonia: Universität 1939.

Lassalle, Ferdinand: *Über Verfassungswesen. Rede am 16. April 1862*, Hamburgo: Europäische Verlagsanstalt 1993.

Lehmann, Hans-Thies: *Theater und Mythos*, Stuttgart: Metzler 1991.

Leibniz, Gottfried Wilhelm: *Neue Abhandlungen über den menschlichen Verstand*, en: *Philosophische Schriften III*, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft 1965.

Lippold, Rainer: "Geltung, Wirksamkeit und Verbindlichkeit von Rechtsnormen", en: *Rechtstheorie* 19 (1988), p. 463-489.

Loick, Daniel: "Kontingente Konnektionen. Walter Benjamins Kritik der Schuld", in *DZPhil* 60 (2012), p. 725-742.

_____. *Kritik der Souveränität*, Frankfurt a.M.: Campus 2012.

Lorenzer, Alfred: *Die Sprache, der Sinn, das Unbewußte*, Stuttgart: Klett-Kotta 2002.

_____. /Görlich, Bernhard: „Die Sozialität der Natur und die Natürlichkeit des Sozialen“, en: dies. /Alfred Schmidt (Ed.), *Der Stachel Freud*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1980, p. 297-349.

Luhmann, Niklas: *Macht im System*. Berlin: Suhrkamp 2012.

_____. *Ideenrevolution*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 2008.

_____. "Das Paradox der Menschenrechte und drei Formen seiner Entfaltung", en: *Soziologische Aufklärung*, vol. 6, Wiesbaden: VS 2008, p. 229-236.

- _____. *Grundrechte als Institution*, Berlin: Duncker & Humblot 1999.
- _____. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Vol. 2, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1998.
- _____. “Weltkunst”, en: Jürgen Gerhards (Ed.), *Soziologie der Kunst*, Opladen: Westdeutscher Verlag 1997, p. 55-102.
- _____. *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1993.
- _____. *Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?*, Heidelberg: C.F. Müller 1993
- _____. “Therapeutische Systeme–Fragen an Niklas Luhmann”, en: Fritz Simon (Ed.), *Lebende Systeme*, Berlin: Springer 1988, p. 124-138.
- _____. *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1988.
- Lyotard, Jean-Francois. *Die Analytik des Erhabenen*, München: Fink 1993.
- Marcuse, Herbert: “Revolution und Kritik der Gewalt”, en: Peter Bulthaup (Ed.), *Materialien zu Benjamins Thesen, Über den Begriff der Geschichte*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1975, p. 26-42.
- Marx, Karl: *Das Kapital*, MEW 23, Berlin: Dietz 1973.
- _____. “Zur Judenfrage”, en: MEW 1, Berlin; Dietz 1976, p. 347-377.
- Maus, Ingeborg: “Freiheitsrechte und Volkssouveränität. Zu Jürgen Habermas’ Rekonstruktion des Systems der Rechte”, en: *Rechtstheorie* 35 (1995), p. 507-562.
- Meier, Christian: *Die politische Kunst der griechischen Tragödie*, München: Beck 1988.
- Menke, Christoph. *Die Kraft der Kunst*, Berlin: Suhrkamp 2013.

- _____. *Recht und Gewalt*, Berlin: August 2011.
- _____. *Kraft. Ein Grundbegriff ästhetischer Anthropologie*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 2008.
- _____. “Subjektive Rechte: Zur Paradoxie ihrer Form”, en: Gunther Teubner (Ed.), *Nach Jacques Derrida und Niklas Luhmann: Zur (Un-)Möglichkeit einer Gesellschaftstheorie der Gerechtigkeit*, Stuttgart: Lucius & Lucius 2008, p. 81-109.
- _____. *Die Gegenwart der Tragödie*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 2005.
- Merkel, Adolf: *Die Lehre von der Rechtskraft*, Leipzig: Deuticke 1923.
- Metternich, Klemens von: “Mein politisches Testament”, en: Richard Metternich-Winneburg (Ed.), *Aus Metternich's Nachgelassenen Papieren*, Vol. 7, Wien: Wilhelm Braumüller 1883, p. 633-642.
- Moser, Alfred: *Die Rechtskraft der natürlichen Lebenswerte*, Heidelberg: Kerle 1992.
- Müller, Heiner: *Ajax zum Beispiel*, en: *Die Gedichte*, Werke I, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1998, p. 292-297.
- Müller-Mall, Sabine: “Normative Kräfte”, en: Jochen Bung et. Al. (Ed.), *Normativität und Rechtskritik*, ARSP Cuaderno 14, Stuttgart: Steiner 2007, p. 16-27.
- Nietzsche, Friedrich: Menschliches, Allzumenschliches, en: *Kritische Gesamtausgabe*, Vol. 2 [=KSA 2], München: de Gruyter 1999, p. 9-704.
- _____. *Morgenröte*, en: KSA 3, München: de Gruyter 1988, p. 9-331.
- Opitz, Sven: “Gibt es einen normativen Eigensinn der (R)Evolution? Über Streit und Ästhetik in der Soziologie des Politischen”, en: *Soziale Welt* 63 (2012), p. 283-292.
- Radbruch, Gustav: *Rechtsphilosophie*, Stuttgart: Koehler, 1963.

- Renner, Moritz: "Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft? Öffentliche Interessen in privaten Rechtsregimes", en: *Kritische Justiz* 43 (2010), p. 62-70.
- Riezler, Erwin: *Das Rechtsgefühl*, München: Biederstein 1969.
- Rorty, Richard: "Menschenrechte, Rationalität und Gefühl" en: Stephen Shute/Susan Hurley (Ed.), *Die Idee der Menschenrechte*, Frankfurt a.M.: Fischer 1996, p. 144-170.
- Rousseau, Jean-jacques: *Vom Gesellschaftsvertrag*, Stuttgart: Reclam 1996.
- _____. *Politische Schriften* (1755). Organizados por Ludwig Schmidts, Paderborn: utb 1995.
- Rümelin, Gustav: *Rechtsgefühl und Gerechtigkeit*, Frankfurt a.M.: Klostermann 1948.
- Sagnol, Marc: „Recht und Gerechtigkeit bei Walter Benjamin“, en: Christoph Demmerling/ Thomas Rentsch (Ed.), *Die Gegenwart der Gerechtigkeit*, Berlin: Akademie 1995, p. 57-65.
- Savigny, Friedrich Carl von: *System des heutigen Römischen Rechts*, Berlin: Veit 1847.
- Schiller, Friedrich: Die Räuber, en: *Werke*, Vol. 1, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1987, p. 481-638.
- _____. *Über die ästhetische Erziehung des Menschen*, en: *Werke*, Vol. 5, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft 1987, p. 570-669.
- Schmitt, Carl: *Hamlet oder Hekuba. Der Einbruch der Zeit in das Spiel*, Stuttgart: Klett-Cotta, 2008.
- _____. *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre der Souveränität*, Berlin: Duncker & Humblot 1990.

- _____. „Das Problem der Legalität“, en: *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, Berlin: Duncker & Humblot 1985, p. 440-451.
- Sloterdijk, Peter: “Chancen im Ungeheuren” (Vorwort), en: *William James, Die Vielfalt religiöser Erfahrung: eine Studie über die menschliche Natur*, Frankfurt a.M.: Insel 1997, p. 11-34.
- Sophokles: Aias, traduccido por Rainer Rauthe, Stuttgart, Reclam 2006.
- Spivak, Gayatri Chakravorty: “Alte und neue Diasporas”, en: *Femina Politica* 2009, p. 19-31.
- Stammler, Rudolf: *Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle: Scientia 1911.
- Teubner, Gunther: “Selbstsubversive Gerechtigkeit: Kontingenz- oder Transzendenzformel des Rechts?”, en: Marc Amstutz/Andreas Fischer-Lescano (Ed.), *Kritische Systemtheorie*, Bielefeld: Transcript 2013, p. 323-360.
- _____. “Whistle-Blowing gegen den Herdentrieb? Zur Prävention sozialer Ansteckungsprozesse in Finanzmärkten”, en: Dirk Baecker/Birger Priddat (Ed.), *Ökonomie der Werte*, Marburg: Metropolis 2013, p. 277-296.
- _____. “Das Recht vor seinem Gesetz”, en: Stefan Keller/Stefan Wiprächtiger (Ed.), *Recht zwischen Dogmatik und Theorie: Marc Amstutz zum 50. Geburtstag*, Zürich/Baden-Baden: Dike & Nomos 2012, p. 277-296.
- _____. *Verfassungsfragmente: Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*, Berlin: Suhrkamp 2012.
- _____. “So ich aber die Teufel durch Beelzebub austreibe, ...’Zur Diabolik des Netzwerksversagens”, en: Ino Augsberg (Ed.), *Ungewissheit als Chance. Perspektiven eines produktiven Umgangs mit Unsicherheit im Rechtssystem*, Tübingen. Mohr 2009, p. 109-134.

- _____. “State Policies in Private Law? Comment on Hanoch Dagan”, en: *The American Journal of Comparative Law* 56 (2008), p. 835-844.
- _____. “Die anonyme Matrix: Menschenrechtsverletzungen durch ‘private’ transnationale Akteure”, en: *Der Staat* 44 (2006), p. 161-187.
- Thum, John Philipp: “Abendroth in der öffentlich-rechtlichen Sozialstaatsdebatte”, en: Andreas Fischer-Lescano et. Al. (Ed.), *Der Staat der Klassengesellschaft*, Baden-Baden: Nomos 2012, p. 121-135.
- Triepel, Heinrich: *Vom Stil des Rechts. Beiträge zu einer Ästhetik des Rechts*, organizado por Andreas von Arnould e Wolfgang Durner, Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag 2007.
- Trüstedt, Katrin: “Nomos und Narrative”, en: Ino Augsberg/Sophie-Charlotte Lenski (Ed.), *Die Innenwelt der Außenwelt der Innenwelt des Rechts*, Paderborn: Fink 2012, p. 59-78.
- Viellechner, Lars: “Berücksichtigungspflicht als Kollisionsregel”, en: Mathias Hong/Nele Matz-Lück (Ed.), *Grundrechte und Grundfreiheiten im Mehrebenensystem: Konkurrenzen und Interferenzen*, Heidelberg: Springer 2011, p. 109-159.
- Vissmann, Cornelia: “Das Gesetz, DER Dekonstruktion”, en: *Rechtshistorisches Journal* II 1992, p. 250-264.
- Wagner, Cosima: *Die Tagebücher*, Vol. 2, München/ Zürich: Piper, p. 1976-77.
- Weber, Max: *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, Tübingen: Mohr 1988.
- Weber, Samuel: “Taking Exception to Decision. Walter Benjamin and Carl Schmitt”, en: *Benjamin’s abilities*, Cambridge: Harvard UP 2008, p. 176-194.

- Wegmann, Nikolaus: *Diskurse der Empfindsamkeit*, Stuttgart: Metzler 1988.
- Weitin, Thomas: "Der Geschmack des Gerichts", en: Cornelia Vissmann/Thomas Weitin (Ed.), *Urteilen/Entscheiden*, München: Fink 2006, p. 217-235.
- Wiethölter, Rudolf: „Zur Argumentation im Recht“, en: Gunther Teubner (Ed.), *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe*, Baden-Baden, Nomos 1994, p. 89-120.
- _____. "Ist unserem Recht der Prozeß zu machen?", en: Axel Honneth et. Al. (Ed.), *Zwischenbetrachtungen: Im Prozeß der Aufklärung. Jürgen Habermas zum 60. Geburtstag*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1989, p. 794-812.
- _____. "Julius Hermann von Kirchmann (1802-1884). Der Philosoph als wahrer Rechtslehrer", en: Kritische Justiz(Ed.) Streitbare Juristen. Eine andere Tradition. Jürgen Seifert zum 60. Geburtstag, Baden-Baden: Nomos 1988, p. 44-58.
- Winnington-Ingram, Reginald: *Sophocles*, Cambridge: Cambridge UP 1980.
- Wischke, Mirko: "Eine negativ gewendete Ethik des richtigen Lebens?", en: Gerhard Schweppenhäuser/ Sylvie Adamzik (Ed.), *Impuls und Negativität*, Hamburg: Argument 1995, p. 29-43.
- Zimmermann, Norbert: *Der Ästhetische Augenblick*, Frankfurt a.M.: Lang 1989.
- Zizek, Slavoj: *Violence*, Londres: Profile Books 2008.

Este libro se terminó de imprimir
en Enero de 2019
en los talleres de la Imprenta V&M Gráficas
Tel.: 3201 171
Quito - Ecuador
300 ejemplares

Andreas Fischer-Lescano muestra una crítica al derecho encapsulado por las normas y a su racionalidad plana y casi mítica. El autor en su análisis demuestra la insuficiencia de la explicación racionalista-normativa del Derecho, a partir de la lógica tradicional de la cosa juzgada. Así nos muestra como la fuerza del Derecho es sofocada por la fría racionalidad normativa, la cual tiene como justificativo la necesidad de presentar simples soluciones jurídicas a los conflictos sociales, sin que importe el debate sobre si son justas o socialmente útiles dichas respuestas. Así, el derecho se presenta como el discurso de la “no violencia”. Lo espectral, es que nada justifica esta naturaleza, sino su propia existencia. Casi como que el Derecho en sí mismo fuese una garantía de no violencia. Pero este hecho no logra sofocar la violencia natural del Derecho, sino que sólo muestra una fachada no violenta que oculta su posible malignidad. Es por eso, que el autor plantea, la inclusión de la estética en el mundo del Derecho, para que éste se desarrolle con sensibilidad-humanidad. Con este debate, el discurso provocador del autor pone en tela de juicio al Derecho tradicional y su discurso hegemónico-racionalista. Finalmente, Fischer-Lescano propone formas de pensar críticamente el Derecho, para que éste constituya una posibilidad de trascendencia y una forma de utopía que posibilite la emancipación humana.

TRANSNATIONAL FORCE OF LAW

