

Nombre de la autora: Bárbara Pérez Jaime

Afiliación Institucional: Facultad de Ciencias Sociales – UBA (Graduada integrante del proyecto: “El pensamiento alemán de los siglos XVIII y XIX: su influencia en la constitución del sujeto ciudadano contemporáneo” del *Programa de Reconocimiento Institucional de Investigaciones de la Facultad de Ciencias Sociales*)

Correo Electrónico: barbara.perezjaime@gmail.com

Propuesta Temática: Poder-Dominación-Violencia

Título: La violencia fundacional en el Estado: derecho vs. justicia.

“La representación de un progreso del género humano en la historia es inseparable de la representación de la prosecución de ésta a lo largo de un tiempo homogéneo y vacío. La crítica a la representación de dicha prosecución deberá constituir la base de la crítica a tal representación del progreso.” W.Benjamin “Tesis de la filosofía de la historia”

Introducción:

Generalmente, cuando hablamos de teoría política, ya sea moderna o contemporánea, nos enmarcamos en el derecho positivo para referirnos a lo justo o lo injusto; ahora bien, lo primero que deberíamos preguntarnos es qué es el derecho y qué es la justicia.

Nuestra propuesta es hacer un recorrido partiendo de la idea de violencia como acto fundacional del derecho positivo, rastreadremos también la diferencia existente entre el derecho y la justicia; daremos cuenta del lenguaje como punto relacional entre el derecho y la injusticia, concluyendo con que es tarea de la filosofía política y de la teoría política dar cuenta de la (im)posibilidad de hacer ejercicio del Derecho como así también del reconocimiento ciudadano aunque, como contrapartida, la justicia es el lugar del don, de la deuda, de una democracia por venir...

Si buscamos los conceptos a través de la Real Academia Española, vemos que define a la justicia como *una de las cuatro virtudes cardinales¹, que inclina a dar a cada uno lo que le*

¹ Virtud: Cada una de las cuatro, prudencia, justicia, fortaleza y templanza, que son principio de otras en ellas contenidas

corresponde o pertenece y en una segunda acepción aparece como *derecho, razón, equidad*². A su vez, por derecho nos dice que es la *facultad del ser humano para hacer legítimamente lo que conduce a los fines de su vida, o también facultad de hacer o exigir todo aquello que la ley o la autoridad establece en nuestro favor, o que el dueño de una cosa nos permite en ella*. Esto nos lleva a la confusión de los dos términos. Como vemos “justicia” lleva intrínsecamente el derecho, mientras que “derecho” lleva consigo la autoridad -pero no necesariamente la justicia-.

A partir del sujeto cartesiano podemos vislumbrar una nueva concepción socio-política: El Estado. Con el surgimiento de éste, el Derecho Positivo se instituye para dar un carácter “legal y legítimo” a los derechos naturales de los hombres racionales, que hasta ese entonces emanaban de la ley natural dictada por Dios. Existe, entonces, una creación jurídica que permite la conformación de una sociedad homogénea, simétrica e igualitaria aunque nos encontramos con un gran problema: cómo podremos determinar lo justo. Muchas veces se ha confundido el término equidad con justicia, siendo que equidad se la encuentra como sinónimo de legalidad, legitimidad e imparcialidad entre otros. Pero todos estos conceptos son “propiedades” del Derecho.

La paradoja schmittiana (¿o solo es una excepción?)

Schmitt, jurista alemán del periodo entre guerras, imprime en 1921 en su libro *La dictadura* y en 1922 en *Teología política* el concepto de “estado de excepción” el cual ha generado disímiles opiniones entre juristas, filósofos y politólogos. Esta categoría va de la mano de otro concepto acuñado como “la decisión”, punto crucial en la determinación de la práctica del estado de excepción.

“Lo excepcional dice Schmitt "... es lo que no se puede subsumir; escapa a toda determinación general, pero, al mismo tiempo, pone al descubierto en toda su pureza un elemento específicamente jurídico, la "decisión. El caso excepcional reviste carácter absoluto cuando se impone como primera medida la necesidad de crear una situación dentro de la cual puedan tener validez los preceptos jurídicos..."” (Duarte: 1998, 2) El estado de excepción es la forma originaria del derecho. Para Schmitt, “soberano es aquél que decide sobre el estado de excepción”

Ante todo debemos tener en cuenta que en la figura de dictadura Schmitt establece el estado de excepción. Por ello distinguiremos dos caracteres del mismo: por un lado la dictadura

² Justicia natural, por oposición a la letra de la ley positiva.

comisarial, la cual tiene por objeto defender la constitución vigente, y por el otro lado la dictadura soberana, la cual puede generar un nuevo orden de cosas para imponer una nueva constitución. Hay un punto importante dentro de la dictadura soberana, que no podemos pasar por alto para seguir el hilo conductor de este trabajo, porque en *Teología Política* explicita una operación inscrita en la distinción en el ámbito del derecho a saber: la norma y la decisión. Es por eso que el estado de excepción tiene un carácter fundacional, debido a que instituye un orden y dispone las circunstancias dentro de las cuales van a tener validez los nuevos preceptos jurídicos.

“¿Qué se entiende por decisión? La decisión soberana es extrajurídica, puesto que se libera de todas las trabas normativas y se torna absoluta, en cuanto no obedece a ningún tipo de patrón legal preestablecido. Ante “un caso excepcional, el Estado suspende el derecho en virtud del derecho a la propia conservación”. Por el contrario, en los casos normales cabe reducir al mínimo el elemento autónomo de la decisión, es decir, la posibilidad de tomar una resolución al margen del orden jurídico” (Oro, 2005:174)

Agamben nos advierte que “la situación creada por la excepción tiene, por tanto, la particularidad de que no puede ser definida ni como una situación de hecho ni como una situación de derecho, sino que introduce entre ambas un paradójico umbral de indiferencia” (Agamben, 2002: 29) Este umbral –la excepción soberana- es establecido como localización fundamental del adentro y el afuera, estableciendo una relación posible de validez entre ellos que dista de la dicotomía caos-orden o dentro-afuera.

Podemos decir que la decisión se refiere a la propia relación entre derecho y hecho. El derecho tiene como función “normalizar” la vida cotidiana, real; el filósofo italiano sostiene que la estructura de la norma siempre es de tipo si (caso real)... entonces (consecuencia jurídica)... y por eso “un hecho es incluido aquí en el orden jurídico por medio de su exclusión y la transgresión parece preceder y determinar el caso lícito” (Agamben, 2002: 38)

Benjamin y la tensión entre justicia y derecho. (Una respuesta Schmitt)

No debemos olvidar el contexto histórico en el que se desarrolla esta correspondencia entre Benjamin y Schmitt, el cual remite al ascenso del nacionalsocialismo, y ambos están preocupados por el problema de la soberanía. Esta interlocución que le hace a Schmitt contestando a su escrito *La Dictadura*, pone de manifiesto que el problema central son los medios y la posibilidad de pensar la violencia como puro medio. La tradición jurídica

moderna liga a la violencia con el derecho, pero de modo externo, es decir en relación con los fines, esto es, con la justicia a la cual esta violencia, fortuitamente, está utilizando.

Siguiendo a Benjamin “la tarea de una crítica de la violencia puede definirse como la exposición de su relación con el derecho y con la justicia” (Benjamin, 1921: 2) y partiendo de esto vemos que la violencia solo puede ser encontrada en “el reino de los medios” porque el derecho positivo es aquél que puede juzgar los cambios del mismo mediante la crítica de sus medios en contraposición al derecho natural que lo hace mediante la crítica de sus fines. Es entonces que decimos que el derecho positivo responde a la “legalidad” de los medios mientras que el derecho natural “justifica” los fines justos.

Dijimos que para el derecho los “fines naturales” constituyen³ una violencia exterior al derecho y por ende una amenaza fundamental. Por ello, éste ha de monopolizar la violencia no para salvaguardar sus “fines jurídicos” (Justicia) sino sobre todo para salvaguardar el derecho mismo. Como veremos más adelante, toda violencia lleva implícita un carácter de creación jurídica. Solo por esta carácter fundador y por ende fuera del derecho, es que el derecho ha de salvaguardarse desde su propia violencia que lo conserva.

Sin embargo, Schmitt en “El concepto de lo político” escrito en 1932 anuncia que la política no existirá más cuando desaparezca la relación “amigo-enemigo” pero como el ser humano es ontológicamente conflictual, y es el antagonismo el que activa la dinámica de la relación amigo-enemigo, es que la política es ineludible. “El Estado como unidad política determinante ha concentrado en sí mismo una atribución enorme: la de la posibilidad de librar una guerra y, con ello, la de disponer sobre la vida de los seres humanos” (Schmitt, 1932: 20) Esto trae aparejado la exigencia a los miembros del pueblo de dar su vida – entendiéndose matar y/o morir- a cambio de matar al otro, ubicado del lado enemigo.

Si solo nos basamos en el derecho positivo, nos remitimos al derecho como la (re)presentación *falsa* de la justicia, porque el derecho necesita de una sanción y una “fuerza de ley”, como la llama Derrida, que pueda dar castigo a quien no cumple los mandatos que han sido institucionalizados, y la obediencia a la misma se debe a que ella remite autoridad⁴ que puede ejecutar una sanción determinada según la proporcionalidad de la falta cometida⁵.

³ Al igual que Thomas Hobbes.

⁴ Es interesante el concepto que distingue Thomas Hobbes en su obra “Leviatán” en el capítulo 16 “... así como al derecho de posesión se llama dominio, el derecho a realizar una acción se llama AUTORIDAD.”

⁵ Es así que Locke propone una reparación por parte del agresor al damnificado.

La violencia es fundante de la ley jurídica en tanto que ella será incorporada en el uso legítimo. El Estado para Weber pretende el monopolio legítimo del ejercicio de la fuerza pública. El derecho descansa sobre la espada.

“La función de la violencia en la creación jurídica es, en efecto, doble en el sentido de que la creación jurídica, si bien persigue lo que es instaurado como derecho, como fin, con la violencia como medio, sin embargo -en el acto de fundar como derecho el fin perseguido- no depone en modo alguno la violencia, sino que sólo ahora hace de ella en sentido estricto, es decir inmediatamente, violencia creadora de derecho, en cuanto instaure como derecho, con el nombre de poder, no ya un fin inmune e independiente de la violencia, sino íntima y necesariamente ligado a ésta. Creación de derecho es creación de poder, y en tal medida un acto de inmediata manifestación de violencia. Justicia es el principio de toda finalidad divina, poder, el principio de todo derecho mítico” (Benjamin, 1921: 14 y 15)

En el derecho persisten dos violencias: la violencia conservadora y la fundadora de derecho, las cuales, a su vez, prueban el fundamento negativo del derecho. Benjamin marca tres ejemplos en su escrito: el “gran delincuente”, la huelga general revolucionaria y la pena de muerte. El paso de la formalidad del derecho a su aplicación no podría resolverse sin la violencia : en ese trance persiste una suspensión de derecho, una situación de excepción que, por ello, puede generar y garantizar su aplicación: el derecho no sobrevive sin la violencia que le fundamenta y le permite coaccionar, y por ende, la relación violencia y derecho que Benjamin comprueba en el “derecho europeo” tiene un carácter interno, es decir, el “derecho europeo” supone la violencia en su propia permanencia.

Hasta ahora dimos cuenta solamente del derecho, pero ¿qué pasa con la justicia?

Del lenguaje...

Si nos remitimos al derecho natural, podemos ver que lo justo viene de la mano de lo divino, entendido como el Dios creador, el lenguaje de la creación⁶. Esta justicia que da cuenta de la fundación de los fines divinos se contrapone a la fundación mítica que instaure el poder. Por ello solo Dios hizo que las cosas sean conocidas, porque él es hacedor de palabra. El hombre les ha dado nombre a las cosas través del conocimiento. La caída del lenguaje causado por el pecado original es la ruptura del hombre con lo inmediato de la comunicación

⁶ “El lenguaje es, por lo tanto, hacedor y culminador; es palabra y nombre. En Dios el nombre es creador por ser palabra, y la Palabra de Dios es concedora porque es nombre” Benjamin Walter, “Sobre el lenguaje en general y sobre el lenguaje de los humanos” p 67

– el nombre- cayendo en la mediatez de la comunicación – el lenguaje del conocimiento- Es en este punto que Benjamin introduce entonces la fundación del derecho (violencia conservadora) a través del mito griego, que sacrifica y hace correr la sangre, en contraposición a la justicia (violencia fundadora), que también exige sacrificio pero sin sangre. Como diría Derrida “en la sangre está toda la diferencia” porque la violencia fundadora está representada en la violencia conservadora y de alguna manera la ley de la iterabilidad es reconocida por Benjamin (Derrida, 1997b:22)

Como vemos Derrida no deja pasar por alto la impronta que Benjamin le da al lenguaje, porque en él podremos hallar “la pista, la huella profunda en la que se inscribe la presencia del mal” (Forster, 2005:163) entendida como lógica de representación debido a la sustitución del lenguaje del nombre por el del conocimiento. Es entonces esta “lengua técnico instrumental” –como la denomina Forster- la que predomina y estatuye la representación. La caída de Babel simboliza esta contaminación de la lengua creadora, pura, con la historia. La historia, entonces, lleva consigo el mal por lo cual el hombre no puede hablar más el lenguaje de la donación y solo puede traducir haciendo uso del lenguaje de la comunicación.

Nada se comunica *a través* de la lengua sino *en la* lengua como pura comunicabilidad. Esto lleva a Benjamin “descubrir” que el lenguaje divino y el lenguaje poético son aquellos que tienen un resto, un plus del lenguaje no representacional. El lenguaje de la justicia entonces será aquél que tenga ese resto, en contraposición al lenguaje humano que es el lenguaje de derecho.

Podemos, entonces, enunciar, como lo hace Agamben, que “el lenguaje es el soberano que, en un estado de excepción permanente, declara que no hay un afuera de la lengua, que está, pues, siempre más allá de sí mismo. La estructura particular del derecho tiene su fundamento en esta estructura presupositiva del lenguaje humano. Tal estructura expresa el vínculo de exclusión a que está sometida una cosa por el hecho mismo de estar en el lenguaje, de ser nombrada. Decir es siempre, en este sentido, *ius dicere*.” (Agamben, 2002:32)

Decir que no hay un afuera de la lengua implica nuestra limitación dentro de su estructura binaria. Solo podemos comprender en ella, porque con el lenguaje podemos establecer la “contabilidad” del Derecho. “El derecho no es la justicia. El derecho es el elemento del cálculo, y es justo que haya derecho; la justicia es incalculable, exige que se calcule con lo incalculable; y las experiencias aporéticas son experiencias tan improbables como necesarias de la justicia, es decir, momentos en que la decisión entre lo justo y lo injusto no está jamás asegurada por una regla”(Derrida,1997a:11) El derecho pertenece a otra esfera, es la que reglamenta y da el cuerpo jurídico al Estado, convención mediante, que los hombres

“necesitan” para vivir bajo un orden común, entendiendo en ello también un mismo lenguaje, el cual no siempre es posible, por lo que aparece nuevamente la imposibilidad de la política para el todo social. Siendo que da un marco general, no todas las singularidades entienden el lenguaje en el que está expresado el derecho, que reviste el carácter universal, y si no lo conocen no pueden hacer uso de él. Es aquí donde podemos establecer una relación de injusticia en el derecho. El “otro” no es tenido en cuenta en el derecho, y la justicia hace temblar esta imposibilidad. El otro como hostil es el que Schmitt reconoce como “enemigo”, aunque no necesariamente en la figura del extranjero porque el Estado también tiene la facultad de determinar sus enemigos internos a través de la declaración de hostis⁷

Concluyendo... (o el intento de dar cuenta de una política del acontecimiento)

La justicia debe ser una práctica, que paradójicamente, queda como un fenómeno del cual nosotros no somos capaces de experimentar. La justicia, dice Derrida, es una experiencia de lo imposible. La justicia es infinita, incalculable y heterogénea.

Mientras que la existencia del derecho es deseable y justa. La justicia queda en un orden ilusorio, porque en el momento de su aparente amoldamiento en tribunales, y cuando “se hace justicia” el desarrollo es semejante al de la politización: inacable porque cada adelanto y ante su inmanente ausencia de completud, la politización obliga a reflexionar y reinterpretar los fundamentos del derecho previamente calculados y delimitados.

“... El derecho es esencialmente **desconstruible**, ya sea porque está fundado, construido sobre capas textuales interpretables y transformables (y esto es la historia del derecho, la posible y necesaria transformación, o en ocasiones la mejora del derecho), ya sea porque su último fundamento por definición no está fundado. Que el derecho sea desconstruible no es una desgracia. Podemos incluso ver ahí la oportunidad política de todo progreso histórico. Pero la paradoja que me gustaría someter a discusión es la siguiente: es esta estructura desconstruible del derecho o, si ustedes prefieren, de la justicia como derecho, la que también asegura la posibilidad de la desconstrucción.” (Derrida, 1997a: 9 y 10)

Volviendo al punto inicial, es tarea de la filosofía política y de la teoría política dar cuenta de la posibilidad o imposibilidad de hacer ejercicio del Derecho entendido como la forma en que los sujetos pueden devenirse en ciudadanos – esto es ser un sujeto de derecho- siendo partícipes de lo político y de la política lo que implica el reconocimiento identitario en tanto ciudadanos de derecho. Pero ¿y la justicia? En el ámbito de la justicia está el “otro”, el

⁷ “Las formas menos violentas de las declaraciones de hostis son numerosas y diversas: confiscaciones, expatriaciones, prohibiciones de asociación o reunión, exclusión de cargos públicos, etc.” Schmitt Carl, *El concepto de lo político*, 21.

extranjero que en su calidad de huésped irrumpe espectralmente: la justicia como el lugar de la creación de los hombres, está siempre abierta a la interpretación y en una actitud de responsabilidad hacia el otro. Solo la justicia es capaz de desconstruir al derecho, haciéndolo temblar y poniendo de manifiesto las fisuras que la modernidad se ha encargado de suturar.

Pensar la imposibilidad de la política debido a la violencia que conlleva implícitamente el Derecho me hace repensar entonces el concepto de Justicia, pero no solo en su tensión, sino en la aporía, porque es una ética singular por lo que no es posible normalizar, por lo tanto no existe una reparación en el derecho. Derrida diría “lo único que se puede perdonar es lo imperdonable” (da el ejemplo del Holocausto) por eso la justicia solicita al derecho.

Rescatar estas ideas me pareció acertado a la hora de hacer frente a la imposibilidad de una llevar a cabo una política que vaya de la mano con la justicia. La democracia por venir es aquella que irrumpa como acontecimiento, que no puede ser pensada en forma programática y por lo tanto no tiene una proyección a futuro. Cierro esta ponencia con una cita que quiero compartir con Uds:

“Exhibir el derecho en su no-relación con la vida y la vida en su no-relación con el derecho significa abrir entre ellos un espacio para la acción humana, que en un momento dado reivindicaba para sí el nombre de “política”. La política ha sufrido un eclipse perdurable porque se ha contaminado con el derecho, concibiéndose a sí misma en el mejor de los casos como poder constituyente (esto es, violencia que pone el derecho), cuando no reduciéndose simplemente a poder de negociar con el derecho. En cambio, verdaderamente política es sólo aquella acción que corta el nexo entre violencia y derecho” (Agamben, 2005: 157 y 158)

Bibliografía:

- ✓ Agamben Giorgio, “Estado de excepción” Buenos Aires, Adriana Hidalgo Editora, 2005. ISBN 987-1156-15-4. 176p
- ✓ Agamben Giorgio, “Homo Sacer I. El poder soberano y la nuda vida” Madrid, Editora Nacional, 2002. ISBN 84-587-9777-1. 243p
- ✓ Arias Duarte Carolina, “Carl Schmitt y su paralelismo con la teoría de Thomas Hobbes” Ponencia presentada en las Primeras Jornadas de Teoría política y filosofía política, Facultad de Ciencias Sociales, UBA 1998
- ✓ Benjamín Walter (1921) “Para una crítica de la violencia” Edición electrónica de www.philosophia.cl/ Escuela de Filosofía Universidad Arcis en <http://www.philosophia.cl/biblioteca/Benjamin/violencia.pdf> consultada en mayo 2006
- ✓ Benjamin Walter, “Sobre el lenguaje en general y sobre el lenguaje de los humanos” en Para una crítica de la violencia y otros ensayos, Iluminaciones IV Buenos Aires, Taurus, 1998
- ✓ Benjamín Walter, (1940) “Tesis de la filosofía de la historia” Madrid, Taurus, 1973 (Traducción Jesús Aguirre) Edición electrónica consultada en abril 2006 en http://www.inicia.es/de/m_cabot/tesis_de_filosofia_la_historia.htm
- ✓ Derrida Jacques (a), *Del Derecho a la Justicia*. “Fuerza de Ley. El fundamento místico de la autoridad”, Madrid, Tecnos, 1997. Edición electrónica consultada en mayo de 2006 en <http://www.jacquesderrida.com.ar/>
- ✓ Derrida Jacques, “La hospitalidad” Buenos Aires, Ediciones de la Flor, 2006. ISBN 950-515-225-8. 160p
- ✓ Derrida Jacques (b), *Nombre de Pila de Benjamin* “Fuerza de Ley. El fundamento místico de la autoridad”, Madrid, Tecnos, 1997 Edición electrónica consultada en mayo 2006 en <http://www.jacquesderrida.com.ar/>
- ✓ Forster Ricardo, *Excursus: Una lectura derridiana de Benjamín, a propósito de “Para una crítica de la violencia”* en “Walter Benjamín y el problema del mal” Buenos Aires, Altamira, 2003. ISBN 987-9423-77-1. 286p

- ✓ Karmi Bolton Rodrigo, *Violencia Mítica y Vida Desnuda en el Pensamiento de W. Benjamin* en “A Parte Rei. Revista de Filosofía” Nro. 39 versión electrónica consultada octubre de 2006 en <http://serbal.pntic.mec.es/~cmunoz11/index.html>
- ✓ Oro Tapia, Luis R. “Crítica de Carl Schmitt al parlamentarismo” en *Estudios Públicos Nro 98* Otoño 2005. Versión electrónica en <http://www.cepchile.cl>
- ✓ Schmitt Carl, “El concepto de lo político” (1932). Traducido de la edición de 1963 por Dénes Martos. Edición electrónica de La editorial virtual consultada en abril 2007 en <http://www.laeditorialvirtual.com.ar/>
- ✓ Schmitt Carl, “Teoría del Guerrillero. Observaciones al Concepto de lo Político” Traducido de la 1era edición de 1963 por Dénes Martos. Edición electrónica de La editorial virtual consultada en abril 2007 en <http://www.laeditorialvirtual.com.ar/>