

POR QUÉ EL DERECHO ES VIOLENTO (Y DEBERÍA RECONOCERLO)

Ivan Montemayor

Universitat de Barcelona
ivan_md4@hotmail.com

Reseña de: Menke, C. (2020). *Por qué el derecho es violento (y debería reconocerlo)*, Madrid: Siglo XXI, 193 págs.

Christoph Menke analiza en este ensayo la interrelación entre las nociones de derecho y de violencia, y lo hace desde su particular punto de vista teórico y cultural. Concretamente, aunque el autor no lo aclare explícitamente, hay el sobreentendido de que las referencias genéricas al “derecho” se dirigen hacia el ordenamiento penal.

Menke bebe de tres grandes tradiciones para tratar el tema en cuestión: la filosofía dialéctica de Hegel (la manera de argumentar del autor reproduce en algunos fragmentos la secuencia tesis-antítesis-síntesis), el neo-marxismo de la Escuela de Frankfurt, especialmente de autores como Adorno o Walter Benjamin y finalmente del postestructuralismo francés con autores como Foucault o Deleuze. Este fuerte bagaje teórico es combinado en sus razonamientos con ejemplos literarios que se remiten a la cultura clásica helénica y también a obras más modernas en lengua alemana.

Además, del libro está precedido de un estudio introductorio de los textos escrito por María del Rosario Acosta López y Esteban Restrepo Saldarriaga que aterrizan la crítica del derecho y la violencia en el ámbito de América Latina. Los autores añaden el género de la *novela de dictador* como complemento a las reflexiones literarias de Menke, y ponen el foco en las dictaduras como problemática que los diferentes pueblos de América Latina lamentablemente han sufrido en su historia. También añaden el debate, la cuestión de la Justicia Transicional, como concepto necesario para pensar nuevas formas autorreflexivas de pensar el derecho.

En primer lugar, Menke parte de las tragedias clásicas helenas, como *Edipo Rey*, de Sófocles. La tragedia sería el género del derecho. A través de las narraciones trágicas elabora el paso de la justicia como venganza entre particulares, en la esfera de una retribución necesaria para que se cumplan un destino prestablecido, a la figura del derecho como la regulación de los conflictos a través de la figura del juez y del procedimiento judicial.

En *Euménides*, las diosas de la venganza son sustituidas por Atenea, al aceptar las partes en disputa la necesidad de un tercero que aparezca en escena y resuelva con imparcialidad el conflicto. En la Antigua Grecia, por tanto, la aparición de la figura del juez va ligada con la divinidad, pero también con la representación de la unidad política de la ciudadanía.

Es interesante ver como Menke se detiene en un aspecto claramente relevante hoy en día: la legitimidad social del “tercero con poder para juzgar”. El juez no es un mero mediador o conciliador entre dos partes, en tal caso se trataría de una cuestión privada y no pública. El juez tiene el poder de valorar a ciudadanos que se presupondría iguales y existiría un poder de *imperium* por encima de estos.

En Atenas, la discusión sobre si el proceso jurídico ha de ser democrático o aristocrático fue un debate recurrente. Esquilo hace decir a la diosa Atenea que los jueces han de ser los “mejores entre mis ciudadanos”, tomando partido por el poder jurídico de los *aristoi*. Por tanto, la discusión sobre el Poder Judicial es una cuestión sumamente política. ¿Quién debe tener el poder sobre la verdad y el castigo?

Asumiendo la visión de Benjamin sobre la violencia en el derecho, Menke rechaza la visión liberal del derecho. Weber, al contrario de Benjamin, ve en el derecho una justificación del “monopolio legítimo de la violencia” a través de la razón. La racionalidad y no el liderazgo carismático o la tradición es la mayor fuente de legitimidad de la violencia estatal (*Gewalt*) en las sociedades modernas siguiendo la argumentación de Weber.

Pero desde una visión crítica el derecho no es tanto un producto de la razón instrumental, sino que nace de la violencia, tanto en su versión vengativa como en la procedimental. El derecho necesita para justificarse la negación de la esfera del no-derecho, y en el cruce entre el derecho y el no-derecho se produce la violencia. “El aseguramiento del imperio del derecho contra la posibilidad de lo extrajurídico es *en esencia*, hasta la médula, violencia”, afirma Menke, apoyándose en las reflexiones de Giorgio Agamben.

Quizás la crítica más evidente que se le podría hacer a Menke es la falta de claridad y lo críptico de algunos tramos de sus textos. Sin embargo, esta es una crítica recurrente tanto a autores de la Teoría Crítica, de Walter Benjamin o de los posestructuralistas franceses que en cualquier caso no invalida sus aportaciones y no hace menos importantes sus cuestionamientos ni sus reflexiones críticas.

Sin duda, es un ensayo especulativo y teórico que toma en consideración una problemática que deberían tener en cuenta tanto operadores del sistema penal, especialmente los jueces, como todos los interesados en las ciencias social o incluso, más en general, en los asuntos públicos, en la Política en sentido amplio.

El derecho está conectado directamente con la violencia, y Menke propone al lector ser críticos con el poder que supone el ejercicio del derecho sobre lo que se considera exterior al derecho.

Por tanto, el derecho debería ser destituido (*Entsetzung*) en términos de Benjamin, y ser aplicado bajo una desconfianza de sí mismo. La visión de Menke de limitación del poder de *imperium* del derecho penal recuerda, aunque lamentablemente no se mencione, a la propuesta garantista de Ferrajoli o bien al Derecho Penal Mínimo de Alessandro Baratta.

En cualquier caso, la conclusión de Menke entronca con las reflexiones habituales de las autoras y los autores que son críticos con el derecho penal y con el poder en general:

El derecho autorreflexivo, destituido, es un derecho que tiene reticencia de sí mismo: al que se le ponen los pelos de punta ante sí mismo; un derecho con reticencia: el derecho de los reticentes (p. 176).

