

CHRISTOPH

CRÍTICA MENKE

DE LOS DERECHOS



Crítica de los derechos

Christoph Menke

Crítica de los derechos

Traducido por Verónica Galfione

Granada, 2023

COLECCIÓN:
AISTHESIS.
ESTÉTICA Y TEORÍA
DE LAS ARTES

19

Director de la colección:
JOSÉ FRANCISCO ZÚÑIGA GARCÍA
(UNIVERSIDAD DE GRANADA)

Comité asesor:

Leopoldo La Rubia de Prado (Universidad de Granada)
Carmen Rodríguez Martín (Universidad de Granada)
José García Leal (Universidad de Granada)
Sixto J. Castro (Universidad de Valladolid)
Alberto Ruiz de Samaniego (Universidad de Vigo)
Rafael Argullol (Universitat Pompeu Fabra)
José Luis Molinuevo (Universidad de Salamanca)
Jorge Juanes López (Universidad de Puebla, México)

ENVÍO DE PROPUESTAS DE PUBLICACIÓN

Las propuestas de publicación han de ser remitidas (en archivo adjunto de Word) a la siguiente dirección electrónica: libreriacomares@comares.com. Antes de aceptar una obra para su edición, ésta habrá de ser sometida a una revisión anónima por pares. Los autores conocerán el resultado de la evaluación previa en un plazo no superior a 90 días. Una vez aceptada la obra, Editorial Comares se pondrá en contacto con los autores para iniciar el proceso de edición.

© Christoph Menke

Traducción: Verónica Galfione

Diseño de cubierta y maquetación: Natalia Arnedo

© Editorial Comares, 2023

Polígono Juncaril

C/ Baza, parcela 208

18220 • Albolote (Granada)

Tlf.: 958 465 382

<https://www.comares.com> • E-mail: libreriacomares@comares.com

<https://www.facebook.com/Comares> • <https://twitter.com/comareseditor>

<https://www.instagram.com/editorialcomares/>

ISBN: 978-84-1369-643-0 • Depósito legal: Gr. 1353/2023

Impresión y encuadernación: Comares

COLECCIÓN:
AISTHESIS.
ESTÉTICA Y TEORÍA
DE LAS ARTES

19

Director de la colección:
JOSÉ FRANCISCO ZÚÑIGA GARCÍA
(UNIVERSIDAD DE GRANADA)

Comité asesor:

Leopoldo La Rubia de Prado (Universidad de Granada)
Carmen Rodríguez Martín (Universidad de Granada)
José García Leal (Universidad de Granada)
Sixto J. Castro (Universidad de Valladolid)
Alberto Ruiz de Samaniego (Universidad de Vigo)
Rafael Argullol (Universitat Pompeu Fabra)
José Luis Molinuevo (Universidad de Salamanca)
Jorge Juanes López (Universidad de Puebla, México)

ENVÍO DE PROPUESTAS DE PUBLICACIÓN

Las propuestas de publicación han de ser remitidas (en archivo adjunto de Word) a la siguiente dirección electrónica: libreriacomares@comares.com. Antes de aceptar una obra para su edición, ésta habrá de ser sometida a una revisión anónima por pares. Los autores conocerán el resultado de la evaluación previa en un plazo no superior a 90 días. Una vez aceptada la obra, Editorial Comares se pondrá en contacto con los autores para iniciar el proceso de edición.

© Christoph Menke

Diseño de cubierta y maquetación: Natalia Arnedo

© Editorial Comares, 2023

Polígono Juncaril
C/ Baza, parcela 208
18220 • Albolote (Granada)
Tlf.: 958 465 382

<https://www.comares.com> • E-mail: libreriacomares@comares.com
<https://www.facebook.com/Comares> • <https://twitter.com/comareseditor>
<https://www.instagram.com/editorialcomares/>

ISBN: 978-84-1369-643-0 • Depósito legal: Gr. 1353/2023

Impresión y encuadernación: Comares

Sumario

Prólogo

HACIA UNA CONTRA-CRÍTICA DEL DERECHO

I. Los orígenes de la crítica	X
II. La crítica del derecho	XIV
III. Formas de la crítica	XVIII
IV. Derecho y violencia	XXI
V. El derecho moderno	XXIV
VI. La voluntad individual	XXVII
VII. El juicio	XXX
VIII. Crítica de la crítica	XXXV
IX. Agradecimientos	XLI

EL ENIGMA DE MARX	1
-----------------------------	---

I

HISTORIA: LA JURIDIZACIÓN DE LO NATURAL

1. Filosofía de la historia de la forma	10
La inversión de la primacía	13
Un nuevo modo de dominio: el «derecho romano actual»	20
De Atenas a Londres	31
2. El interés de la autoconservación	33
De la parte al poder	33
Derecho a lo extra-jurídico	45
3. La discrecionalidad de la esfera interna	52
De la paideía a la soberanía	52
Permitir la libertad	67
4. La tensión de la acción performativa	74

II

ONTOLOGÍA: EL MATERIALISMO DE LA FORMA

5. El hiato de la legalidad	84
Distinción y autorreferencia	92
Hiato, violencia, excepción	95

6. Materialización	112
La naturalización del mundo	114
El materialismo de la forma	118
El fundamento de los derechos	129
7. La crítica de los derechos	138

III

CRÍTICA: EL EMPODERAMIENTO DE LO INDIVIDUAL

8. Empoderamiento.	149
La politicidad de los derechos privados	151
La juridización de la discrecionalidad	164
9. Voluntad individual	167
La propiedad antes de la propiedad.	175
Recursos.	183

IV

REVOLUCIÓN: LA DIALÉCTICA DEL JUICIO

13. La aporía de la constitución burguesa.	273
Crisis constitucional	281
Constitucionalización social: la otra política	282
14. La revuelta de los esclavos: crítica y afirmación	293
Sin derechos: la verdadera democracia	295
El derecho a la pasividad	300
El ser humano nuevo	309
5. Un nuevo derecho	320
La dialéctica del juicio	323
Contra-derechos	331
La justicia de la división.	342
DERECHO Y VIOLENCIA	349

Prólogo
HACIA UNA CONTRA-CRÍTICA DEL DERECHO

Verónica Galfione

Christoph Menke es conocido en lengua española más en el ámbito estético que en el terreno de la filosofía práctica.¹ No obstante, su trabajo no se circunscribe a este terreno sino que abarca un vasto espectro de temáticas filosóficas. Más aún, sería posible pensar que es en función de una preocupación de carácter práctico que Menke se dirige en sus primeros libros hacia el ámbito estético. Esto explica por qué un trabajo como *Fuerza. Un concepto fundamental de la antropología estética*, centrado en el análisis de la tradición estética moderna, concluye con una referencia a la libertad humana. Es que a Menke le interesa la estética en la medida en

¹ Esto probablemente se explica en función del orden en que han sido traducidos sus textos al español. De hecho, en un primer momento solo se tradujeron trabajos de corte estético, como *La soberanía del arte: la experiencia estética según Adorno y Derrida* [Madrid, Visor, 1997], *La actualidad de la tragedia. Ensayos sobre juicio y representación* [Madrid, Machado Libros, 2008], *La fuerza del arte* [Santiago de Chile, Metales Pesados, 2017] y *Fuerza* [Granada, Comares, 2020]. En el año 2011 Gustavo Leiva editó un volumen que lleva por título *Estética y negatividad* [Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica] y que recoge una importante muestra de ensayos del autor. Con la excepción de *Filosofía de los derechos humanos* [Herder, Madrid, 2010], escrito en coautoría con Arnd Pollmann, la traducción de sus trabajos sobre filosofía práctica ha sido más tardía y se ha centrado mayormente en artículos singulares. Así en 2010 se publica «Fuerza y violencia: la pregunta de Benjamin», en María del Rosario Acosta López (Hg.), *Reconocimiento y diferencia. Idealismo alemán y hermenéutica: un retorno a las fuentes del debate contemporáneo* [Bogotá: Siglo del Hombre Editores/Universidad de los Andes 2010, p. 321-340], y «Espíritu y vida. Para una crítica genealógica de la Fenomenología del espíritu», en V. Lemm y J. Ormeño (eds.), *Hegel, pensador de la actualidad. Ensayos sobre la Fenomenología del espíritu y otros textos* [Santiago de Chile, Ediciones Universidad Diego Portales, 2010, pp. 432-433]. En el año 2020 aparece *Por qué el derecho es violento (y debería reconocerlo)*, [Madrid: Siglo XXI, 2020] y *En el día de la crisis* [Ubu, Buenos Aires, 2020].

que ésta permite cultivar un momento de no-normatividad que resulta esencial para desarrollar una relación reflexiva con respecto a la diferencia interna entre normatividad y no-normatividad. Esta relación reaparece en *Crítica de los derechos*, si bien aquí Menke desarrolla el movimiento inverso y se vuelve hacia la forma del derecho para preguntarse hasta qué punto ella permite anclar en la propia esfera del derecho la posibilidad de una relación reflexiva semejante; es decir, Menke aborda el derecho en tanto forma y procura descubrir así, en la propia esfera del derecho, un momento estético, un momento en el cual el derecho toma distancia de la práctica normativa y establece una relación reflexiva consigo mismo.

En esta introducción no pretendo más que reconstruir el recorrido argumentativo que Menke fue desarrollando hasta llegar a la tesis del libro que presentamos. A tal efecto, me ocuparé tanto de trabajos anteriores del autor, en los cuales son formulados los supuestos que sirven de base al argumento central de *Crítica de los derechos*, como de la pregunta acerca de la posibilidad de una crítica del derecho. Todo indica que no nos encontramos aquí frente a un asunto de carácter preliminar, cuya resolución nos permitiría abocarnos sin rodeos al análisis del objeto, sino más bien de un cuestionamiento que afecta el núcleo del problema. Dicho de manera sintética, si Menke ingresa a la crítica de los derechos por el lado de la crítica es para permanecer en ella, es decir, porque cree que no lograremos dar cuenta de los derechos, sino en el intento por volver posible una crítica del derecho. Y volver posible una crítica del derecho supone desarrollar una forma de crítica que permita recuperar en el propio ámbito de la crítica el tipo de relación con la paradoja que se manifiesta en la forma misma de los derechos. Por este motivo, no me apartaré en estas páginas de la pregunta por la forma de la crítica sino mínimamente, a los fines de ofrecerle al lector un pequeño panorama acerca del modo en que Menke discute, a partir de este giro, tanto la perspectiva burguesa o liberal del derecho como la propuesta comunista de una politización absoluta de las relaciones sociales.

I. LOS ORÍGENES DE LA CRÍTICA

Menke asume como punto de partida, en *Crítica de los derechos*, el enigma señalado por Marx: el hecho de que la revolución burguesa anule la política en el momento mismo en el que conquista el poder político. Pero si Marx se limita a interpretar este hecho en función de sus efectos y afirma, entonces, que la neutralización de la política tiene como objetivo naturalizar el orden económico de dominio, Menke insiste en la necesidad de detenerse en el *modus operandis* de la revolución. Además de sacar a la luz el objetivo secreto de la neutralización burguesa de la política,

debemos descubrir el mecanismo por medio del cual la burguesía libera el régimen económico de todo tipo de regulación política. Y, para ello, es imprescindible focalizarse en el orden jurídico, más precisamente, en su forma, en la forma de los derechos o, mejor dicho, en la forma moderna del derecho.

Podría pensarse que Menke sigue aquí el camino abierto en la tradición marxista por autores como Yevgueni Pashukanis, quien insiste en la necesidad de atender a la especificidad del derecho burgués contra la tendencia ortodoxa a reducirlo a la esfera de la ideología. El mérito de este planteo consiste en poner en evidencia que los principios jurídicos de la libertad y la igualdad no pueden ser entendidos en términos de un mero velo o de un falseamiento de las relaciones de explotación. Para esta perspectiva, ellos desempeñan un papel determinante en el «proceso real de juridización de las relaciones humanas que acompaña el desarrollo de la economía mercantil-monetaria».² Sin embargo, Pashukanis no atiende a la especificidad de la forma-derecho sino a los fines de desarrollar una teoría que se encuentre en mejores condiciones que el marxismo tradicional para *develar* el secreto del derecho. Pashukanis quiere determinar las causas que llevan a que, en un determinado momento de la historia, en una sociedad determinada, los seres humanos comiencen a relacionarse en términos jurídicos. El interés de Menke por la forma del derecho se halla orientado, en cambio, a dotar al derecho de espesura, a volverlo problemático o convertirlo, incluso, en una cifra, en un enigma, cuyo sentido no puede ser completamente clarificado por medio de un pensamiento deductivo. Si Menke se detiene en la forma del derecho es a los fines de remitir su sentido a una paradoja de la que la forma no da cuenta sino en la medida en que procura ocultarla o deshacerse de ella.

En este punto, la *Crítica de los derechos* se aleja del análisis social del derecho, que caracteriza a la tradición marxista, y se desplaza hacia tópicos procedentes de la reflexión estética. Lo que emparenta la concepción menkeana del derecho como forma con el abordaje estético de la forma, tal como este es desarrollado en la línea de Theodor W. Adorno, es tanto el carácter irreductible de la forma como el hecho de que esta nunca coincide plenamente consigo misma. Si a Adorno le interesan las obras de arte quebradas en la medida en que, en ellas, los problemas insolubles de la realidad aparecen como problemas inmanentes a la forma, leer el derecho como forma supondría restituir el momento de no-identidad que sería propio del

² Pashukanis, Evgeny B. *Teoría general del derecho y marxismo* (Barcelona: Labor, 1976), p. 32.

derecho, su negatividad intrínseca. Leer el derecho como forma sería leerlo en su permanente devenir-forma, en la imposibilidad de acabamiento, de cierre, que le impone su propio vínculo con una realidad de carácter paradójico. Pero leer al derecho en esta distancia con respecto a sí mismo implica también reconocer el carácter irrebable del desvío que introduce la forma. En cuanto forma, el derecho se presenta como índice de una tensión que lo excede, pero a la que solo puede hacer referencia, sin embargo, bajo la deformación que introduce la forma. Dicho en otros términos, que el derecho sea «forma» supone que solo podemos acceder a su secreto a través de un mecanismo que tiende a desactivar este secreto o deshacerse de él.

De manera que nada sería menos aconsejable, a la hora de abordar la lectura del libro de Menke, que dejar de lado el momento aparentemente preliminar de la *crítica* para concentrarse de manera directa en el contenido de los *derechos*. *Crítica de los derechos* es tanto una crítica de la *forma del derecho burgués*, como el rastreo y la puesta en práctica de una forma peculiar de entender la *crítica*. Por ello mismo, antes de concentrarnos en el análisis de la forma del derecho, será necesario detenernos un momento en el tipo de crítica que propone Menke en este libro. Esto se vuelve necesario desde el momento en que la crítica parece haberse convertido en los últimos tiempos en uno de los objetos predilectos de la condena por parte de la filosofía. Pues podría darse la situación de que los argumentos que sostienen este rechazo de la crítica sólo afecten a momentos del pensamiento crítico que ya han sido cuestionados por la propia tradición crítica.³

Aquí ocupa un lugar central la tendencia ampliamente extendida a establecer un vínculo directo y unívoco entre la forma de la crítica y la forma del derecho y a definir, por ende, la normatividad de la crítica en términos estrictamente jurídicos.⁴ Entre los argumentos a los que es posible recurrir a la hora de justificar esta interpretación de la crítica se encuentra, sin dudas, el propio origen etimológico del término. Según lo

³ Sucede aquí lo mismo que en la política, esto es, que «el enemigo siempre se construye mientras uno es construido por él». Y, como sostiene Silvia Schwarzböck, «si el enemigo no es interesante y complejo, uno tampoco lo es. No basta con que sea poderoso.» Schwarzböck, Silvia, «El enemigo del enemigo», en <https://www.eternacadencia.com.ar/blog/libreria/lecturas/item/el-enemigo-delenemigo.html>. Consultado el 29/07/2020.

⁴ Esto es particularmente evidente en el caso de Bruno Latour, quien no sólo asimila la crítica a un principio de división que intenta constantemente establecer un punto puro de conocimiento, sino que sostiene que esta idea, que sería propia de la crítica sin más, «se basa en la certidumbre del mundo más allá de este mundo.» Latour, Bruno. «Ensayo de un manifiesto compositonista». En *Revista Fractal*, 2010, 76, Recuperado de <https://www.mxfractal.org/articulos/RevistaFractal76BrunoLatour.php>.

entiende Kurt Röttgers en su artículo para el léxico de *Geschichtliche Grundbegriffe*, la etimología de la palabra crítica demostraría que la vinculación con el derecho no se produce recién en la *Crítica de la razón pura*, sino que encuentra sus fundamentos en el uso originario del vocablo. Röttgers presenta la palabra crítica como un derivado del término griego *kritikos*, el cual provendría, a su vez, del verbo *krinein*, y significaría, en términos generales, separar, decidir, juzgar. Estos vocablos habrían sido utilizados en un primer momento en el ámbito jurídico y se habrían desplazado posteriormente a la esfera de la medicina,⁵ para aplicarse en última instancia a la esfera de la gramática o de la filología. Lo que sellaría el origen jurídico de la crítica sería el hecho de que etimológicamente el término haría referencia a aquella forma de juicio que se realiza ante situaciones —o entre alternativas— que no admiten términos medios.⁶ El ejercicio del derecho requeriría de una especial dotación de capacidad crítica, esto es, de capacidad para establecer distinciones entre términos irreconciliables, mientras que el juez se presentaría como el crítico por excelencia, en la medida en que en él se oficializa el proceso sistemático de distinción y decisión normativa.

Según lo enfatiza Menke, esta etimología muestra el carácter íntimo de la relación de la crítica con el derecho. El derecho sería el ámbito originario de la crítica y esta se definiría, a su vez, según el modo de operar característico del derecho, es decir, ejercer la crítica supondría realizar de manera sistemática distinciones normativas entre extremos irreconciliables. Pero no sólo la etimología apuntala la tesis de una vinculación intrínseca entre el derecho y la crítica. También lo hace la insistencia con la cual la crítica se ha vuelto —y se vuelve— contra el derecho; el hecho de que no se ocupe de él de manera contingente, como si se tratara de un objeto de análisis cualquiera, sino movida por una suerte de necesidad intrínseca. La crítica, sostiene Menke basándose en Foucault, es el «arte

⁵ En ella alcanzaría particular pregnancia el uso de la palabra *krisis*, también derivado de *krinein*, el cual hace referencia al complemento objetivo de la actividad resolutoria del crítico, es decir, a la situación límite —en este caso, la fase crítica de una enfermedad— que exigía o anunciaba una intervención o un acontecimiento de carácter decisivo. Kurt Röttgers, «Kritik», en Brunner, Conze, Koselleck (edit.), *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-soziologischen Sprache in Deutschland*, vol. 3., (Stuttgart, 1982), pp. 651–675, p. 656. Según Koselleck, es justamente el costado objetivo de la crisis el que tiende a desaparecer en la recuperación moderna del concepto de crítica. Cf. Koselleck, R. *Kritik und Krise* (Suhrkamp, Freiburg, 1959), p. 197

⁶ Koselleck, R. «Algunas preguntas sobre la historia del concepto crisis», en *Philosophia* (76/2, 2016), p. 101-115, p. 101.

de no ser gobernado»⁷ y es indefectiblemente, por este mismo motivo, crítica del derecho. Dejando de lado el sesgo anti-foucaultiano de esta última afirmación,⁸ me interesa resaltar aquí el hecho de que Menke no apele a argumentos empíricos a la hora de convertir al derecho en el paradigma de toda forma de gobierno —y a la crítica, por lo tanto, en crítica del derecho—. La crítica no es crítica del derecho porque el derecho sea (o haya sido) una de las formas de dominio más poderosas, sino más bien porque el derecho —y el derecho liberal en mayor grado— supone un autodistanciamiento de lo social que permite poner límites al ejercicio indiscriminado de la violencia. El derecho sería el objeto paradigmático de la crítica, ya que la crítica alcanza su verdadero sentido en cuanto se vuelve contra el derecho y deja de limitarse a señalar lo obvio, la persistencia de la violencia allí donde ésta resulta evidente, para descubrirla, en cambio, en aquellos lugares de los cuales esta debería haber sido erradicada, más aún, en el propio mecanismo que debería haber contribuido a eliminarla. En tal sentido, la crítica sería crítica del propio movimiento crítico que es inmanente a la dimensión social y por medio del cual la sociedad intenta erradicar —o al menos limitar— el ejercicio desnudo de la violencia.

II. LA CRÍTICA DEL DERECHO

Hasta aquí pareciera quedar claro el carácter constitutivamente crítico del derecho: el derecho supone la institucionalización de una instancia crítica, capaz de traspasar la apariencia de las cosas y de emitir un juicio por encima de las partes implicadas. No obstante, no queda claro el modo en que la crítica se articula con el derecho cuando se afirma que ella es crítica del movimiento autocrítico de lo social, y mucho menos la forma que podría revestir una crítica de la crítica semejante. Esta ambigüedad ha dado lugar a dos modelos de interpretación contrapuestos que, si bien entienden la relación de la crítica con el derecho de manera diferente, vuelven igualmente paradójica —y este es el punto de Menke— la idea

⁷ Foucault, M, «¿Qué es la crítica?», en *¿Qué es la crítica? Seguido de La cultura de sí*, Carlos Castro (ed.) (Siglo XXI, Buenos Aires, 2018), p. 49. Es importante señalar aquí que Menke interrumpe la frase de Foucault, quien había insistido en que el asunto no era «no ser gobernado en absoluto», sino «de esa manera y a ese precio», Foucault, *op. cit.*, pp. 49s.

⁸ El sesgo anti-foucaultiano de esta afirmación no es casual, ya que uno de los objetivos principales de Menke en este libro es mostrar el carácter central del derecho en el marco del modo de dominio burgués, contra la tesis foucaultiana del retroceso de lo jurídico en las sociedades disciplinarias.

de una crítica del derecho. El primer modelo coloca a la crítica del derecho por encima del derecho o, al menos, de sus diversas realizaciones históricas. Este modelo supone que es posible establecer criterios de juicio que trasciendan las relaciones sociopolíticas existentes y en función de los cuales sea posible evitar toda forma de relativismo. El segundo modelo, en cambio, entiende que la crítica se halla obligada a extraer sus propios patrones normativos del análisis inmanente de las formas institucionalizadas de la crítica, esto es, del derecho. Para esta segunda perspectiva, cuyo representante actual más renombrado quizás pueda encontrarse en Axel Honneth,⁹ la crítica trascendente no sólo conduce a un planteo demasiado abstracto como para encontrar aplicación en las sociedades existentes. Se sospecha que semejante extrañeza con respecto a las condiciones reales «tiene que conducir de manera necesaria a consecuencias totalitarias.»¹⁰ Por ello mismo, para esta segunda perspectiva, la idea de una crítica del movimiento autocrítico de lo social no supone ningún tipo de instancia normativa previa o exterior a dicho movimiento. Si la crítica intelectual es crítica del derecho no es porque la crítica esté en condiciones de enjuiciar al derecho desde fuera, sino más bien porque, tomando sus criterios de las formas institucionalizadas de la crítica, es capaz de volver visible el punto en el cual estas caen por detrás de los propios principios que se encuentran corporizados en ellas. La crítica es crítica del derecho porque es un momento más del movimiento autocrítico por medio del cual las sociedades existentes combaten inmanentemente el ejercicio de la violencia. Entre crítica y derecho se establece, así, una suerte de división del trabajo crítico. Pues, allí donde la pretensión del derecho de generalizar la limitación de la violencia lo lleva a descuidar su propia consistencia interna y a fallar en la realización de sus propios principios, la crítica asume la tarea de movilizar los aspectos institucionales que habrían quedado rezagados.

Esta segunda forma de entender la crítica permite evadir tanto las acusaciones de quienes ven en la crítica un comportamiento prepotente y autoritario con respecto a lo real, como la suposición de Bruno Latour de que «el martillo de la crítica sólo puede prevalecer si, detrás del muro

⁹ Cf. Honneth, A., «El reino de la libertad realizada», en *Patologías de la libertad* (Buenos Aires, Las cuarenta, 2016), pp. 27-47; *El derecho a la libertad* (Buenos Aires, Katz, 2013), pp. 47-64, p. 91s., pp. 89-108), p. 116-136.

¹⁰ Para Adorno, por ejemplo, «la crítica trascendente tiene materialiter un carácter casi siempre reaccionario, el de un punto de vista dado de antemano, mientras que el momento progresivo del pensamiento radica allí donde el pensamiento se entrega él mismo al objeto con el que tiene que ver». Adorno, Th. W. *Terminología filosófica II* (Madrid, Taurus, 1977), p. 237.

lentamente dismantelado de las apariencias, es finalmente revelado el submundo de la realidad»¹¹ —y debe convertirse en nihilismo, cuando se descubre que no lo hay—. No obstante, esta posición no logra advertir la paradoja no resuelta sobre la cual reposa la idea misma de una crítica del derecho.¹² Tampoco lo hacen sus críticos, cuando explican la falta de radicalidad de la concepción honnethiana de la crítica en función de su tendencia a asumir como normativa la interpretación hegemónica de determinados valores o principios evaluativos¹³. Si este modo de proceder resulta circular en términos de contenidos, es porque también lo es en un sentido formal. Dicho con mayor claridad, si la crítica fortalece lo existente no es tanto porque aplique los valores existentes, cuanto porque reproduce, por medio de la forma del juicio, la lógica normativa establecida.

No resulta superfluo recordar que la crítica sólo puede evitar quedar por detrás de su época, si toma como punto de partida la propia crítica de sí misma que desarrolla la sociedad de la mano del derecho —en lugar de conformarse y regodearse en atacar los bolsones de violencia desnuda—. No obstante, de aquí no se infiere de manera necesaria ni que la crítica deba acoplarse al modelo jurídico ni que deba extraer de él sus criterios normativos. Tal como lo entiende Menke, si el vínculo entre la crítica y el derecho sólo pudiese ser entendido en estos términos, no habría propiamente hablando una crítica del derecho. Pues, ¿cómo podría tener lugar una crítica del derecho si, para condenar las formas existentes del derecho, la crítica se viese obligada a reproducir la propia forma jurídica, esto es, a establecer un juicio imparcial entre dos partes irreconciliables? ¿No supondría, entonces, toda posible crítica del derecho un fortalecimiento de la lógica jurídica? ¿No se limitaría ella a criticar el derecho existente en cuanto realización defectuosa

¹¹ Latour, Bruno. «Ensayo de un manifiesto compositcionista». *op. cit.* En un sentido similar el trabajo de De Sutter, Laurent (Ed.). *Poscrítica*. Buenos Aires, Isla Desierta, 2021.

¹² La insistencia de Menke en el carácter paradójico de la crítica y del derecho hunde sus raíces en su lectura de Derrida, una influencia central cuya presencia puede rastrearse desde *La soberanía del arte*, su primer libro. De hecho, el carácter paradójico de la crítica y del derecho se desprenden de la superposición entre sus condiciones de posibilidad y de imposibilidad: en la imposibilidad de dar cuenta de la constitución del derecho o de la crítica, en tanto instancias autónomas, sin presuponer una distinción entre un adentro y un afuera que ya no puede ser fundada en términos autónomos. La crítica y el derecho son paradójicos, entonces, porque su constitución depende de la referencia inmanente a lo otro de sí; tiene como condición de posibilidad aquello que lo vuelve imposible. Al respecto, se puede consultar: Palti, Elías, *Verdades y saberes del marxismo* (Buenos Aires, FCE, 2005), p. 97.

¹³ Cuevas, Romero. «La historicidad de la crítica. Un esbozo de la cuestión». En *Δαι'μων. Revista Internacional de Filosofía*, n° 61, 2014, p. 93-111.

de una forma jurídica que, no obstante, saldría robustecida por obra del propio movimiento crítico? ¿No sería necesario, entonces, volverse contra la forma misma del derecho y cuestionar tanto el acto de enjuiciamiento como la toma de distancia que lo posibilita? Si la crítica del derecho supone una «crítica al derecho, es decir, un acto de distinción normativa que se dirige al derecho, entonces ella no es más que una aplicación del derecho a sí mismo. En la medida en que ella es un acto de crítica, la crítica del derecho se mantiene inmanente al derecho. La crítica al derecho sólo realiza la forma o la ley que es constitutiva del derecho, y no es, por ende, una crítica del derecho, es decir, no apunta contra el derecho y su forma de dominio. El intento de criticar el derecho, sólo puede repetir la lógica jurídica.»¹⁴

El problema es que, cuando la crítica adopta una perspectiva radical y, en lugar de limitarse a movilizar la crítica que ya estaría contenida en el derecho, critica la lógica de la normatividad jurídica, con el mismo argumento, debe volverse también contra sí misma, debe convertirse en autocrítica. Para llegar a ser crítica del movimiento crítico que es inmanente a la dimensión social y por medio del cual las sociedades existentes procuran limitar o regular el ejercicio desnudo de la violencia, la crítica del derecho debe convertirse, a su vez, en crítica de la crítica. A primera vista, esto parece suponer que la crítica sólo puede evitar el peligro de fortalecer por medio de la crítica el *modus operandi* del derecho si se anula a sí misma como crítica en el mismo momento en que se vuelve contra el derecho. Esta manera de plantear el problema da lugar a una aporía que Menke caracteriza en los siguientes términos: «La aporía de la crítica del derecho consiste en que, o bien la crítica es inmanente al derecho y, entonces, no se dirige contra el derecho, o bien lo hace, pero ha dejado de ser entretanto un acto de la crítica.»¹⁵

Evidentemente, ninguna de las dos posibilidades que deja abierta esta aporía resultan transitables. No es posible optar por el derecho, renunciando a la posibilidad de su crítica, porque, cuando se dice que la crítica del derecho replica la forma del derecho en el acto mismo de la crítica, no se denuncia una aporía, que sólo afecta a la estructura de la crítica, sino más bien una aporía que remite al carácter aporético de la forma general del juicio normativo. El derecho debe ser criticado y ciertamente no sólo a raíz de la forma defectuosa de sus realizaciones particulares, sino también en función de la violencia que es constitutiva de su forma, la cual ya se deja entrever en la propia compulsión con la cual la crítica reproduce la forma

¹⁴ Menke, Christoph, «Die Kritik des Rechts und das Recht der Kritik», en *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* Número 66 (2018), pp. 143-161, p. 147.

¹⁵ Menke, *op. cit.* p. 147.

normativa en su intento por establecer una distancia crítica con respecto al derecho. Pero si esta compulsión nos obliga a sospechar que el derecho, lejos de poner fin a la violencia del orden tradicional de la venganza —según reza su autojustificación—, la reproduce por medio del carácter imperativo de su forma, tampoco sería posible deshacerse sin más de la forma normativa, como podría inferirse de la segunda respuesta a la aporía de la crítica del derecho. Según Menke, esto equivaldría a negar toda forma de distanciamiento reflexivo con respecto a lo real y nos conduciría a una situación en la cual volvería a instalarse un estado de violencia desnuda. «Terminar simplemente con el juicio sólo significaría terminar con (la esperanza de) la justicia, es decir, volver a vengarse o empujar a los chivos expiatorios al mar o dejarlos en manos de los dioses.»¹⁶

En este sentido, el señalamiento de la aporía del derecho no podría ser utilizado para sustentar perspectivas que asuman la necesidad de claudicar en la intención crítica, a los fines de salvar la parte buena del derecho, ni para avalar posturas que renuncien a toda forma de normatividad, con el objetivo de defender la perseverancia de la crítica. La insistencia en la aporía debería estar orientada, más bien, a desarrollar una forma de reflexión que permita ir más allá de la disyuntiva, evitando las fuerzas compulsivas que llevan a optar por alguna de las alternativas como si se tratara de extremos independientes. Por ello mismo, la salida de esta aporía parece depender, para Menke, de la voluntad de perseverar en ella; se trata de permanecer en la aporía y de superarla a la vez o, dicho de otro modo, de encontrar una manera de permanecer en ella que permita reconocer hasta qué punto el propio ejercicio de la crítica ya supone la puesta en práctica de otra forma de crítica y de una noción de normatividad diferente de aquella que rige en el ámbito jurídico.

III. FORMAS DE LA CRÍTICA

Ahora bien, si es sólo permaneciendo en la aporía que podemos salir de ella es porque esta permanencia supone desprenderse de lo que Menke llama el «dogma de la crítica» o «el dogmatismo crítico», es decir, el dogma de la distinción o del juicio normativo, según el cual siempre es posible diferenciar y contraponer lo justo y lo injusto —o lo correcto o lo falso— en función de un criterio o de una regla general. Permanecer en la aporía supone tomar en serio la propia reticencia que se expresa en ella

¹⁶ Menke, Christoph, «Die ästhetische Kritik des Urteils», Eurozine, 2009, p. 3. [Consultado el 1 de noviembre de 2022]

COLECCIÓN
A I S T H E S I S
ESTÉTICA Y TEORÍA DE LAS ARTES

La declaración de los derechos subjetivos marca el momento de nacimiento de la sociedad burguesa, pero también de «la legitimidad del ser humano egoísta, disociado de sus semejantes y de la comunidad» (Marx). Por eso es necesaria una crítica de los derechos, que tome como punto de partida la forma que la idea de los derechos le otorga a la voluntad y a la acción. En esta nueva e importante obra, Christoph Menke lleva a cabo dicho análisis de la forma de los derechos y agudiza su contradicción inherente hasta el punto de plantear la pregunta por un derecho diferente.



COMARES
editorial

