

Derecho y violencia:
La apuesta de la diferencia

*Law And Violence:
The Challenge of Difference*

Por MARIA PINA FERSINI
Universidad de Málaga/Università degli Studi di Firenze

RESUMEN

Este artículo se propone indagar en la relación paradójica que, en la modernidad, surge entre el Derecho y la Violencia. Analiza los tres órdenes del discurso que se han ocupado de ella –la crítica de Benjamin, la legitimación de Hart y la diferencia de Derrida– y reflexiona sobre su capacidad para distinguir entre ambas realidades que en origen aparecen co-implicadas. Tras haber hallado una herramienta teórica idónea para ganar la apuesta de la diferencia solo en el discurso de Derrida, la perspectiva de examen enfoca a partir de ahí hacia la búsqueda de prácticas sociales a través de las cuales el Derecho moderno consigue reducir y contener la violencia.

Palabras clave: *Derecho, Violencia, Walter Benjamin, H. L. A. Hart, Jacques Derrida, Teoría de los sistemas, Niklas Luhmann, Comunicación, Memoria, Narración.*

ABSTRACT

This article aims to investigate the paradoxical relationship that arises, in modern times, between law and violence. Analysing the three orders of

discourse that have been faced with it –the critique of Benjamin, the legitimation of Hart and the difference of Derrida–, it reflects on their capacity to maintain separate two realities, i.e. law and violence, which appear co-implicated in origin. After having detected a theoretical paraphernalia, eligible to win the bet of the difference, only in the discourse of Derrida, leads the eye towards the research of those social practices through which modern law is able to reduce and contain the violence.

Key words: *Law, Violence, Walter Benjamin, H. L. A. Hart, Jacques Derrida, Systems theory, Niklas Luhmann, Communication, Memory, Narrative*

SUMARIO: 1. PREMISA.–2. EL DISCURSO DE LA CRÍTICA.–3. EL DISCURSO DE LA LEGITIMACIÓN.–4. EL DISCURSO DE LA DIFERENCIA.–5. COMUNICACIÓN, MEMORIA Y NARRACIÓN O CÓMO GANAR LA APUESTA DE LA DIFERENCIA.

SUMMARY: 1. PREMISE.–2. THE DISCOURSE OF CRITIQUE.–3. THE DISCOURSE OF LEGITIMATION.–4. THE DISCOURSE OF DIFFERENCE.–5. COMMUNICATION, MEMORY AND NARRATIVE OR HOW TO WIN THE CHALLENGE OF DIFFERENCE.

*La vera scommessa [...] è che ci sia qualcosa di diverso dalla
sovranità monologante della violenza*

Eligio Resta¹

1. PREMISA

De la relación moderna entre el derecho y la violencia conocemos, y podemos conocer, solo lo que han dicho los tres órdenes del discurso que la han abordado: el la *crítica*, la *legitimación* y la *diferencia*. Por tanto, ocuparse de este tema requiere una relectura de las orientaciones y textos en los que el mismo surgió, porque a ellos se debe la introducción en el debate científico de un método y una clave de lectura para efectuar el análisis de una relación sustancialmente *desentendida*. La palabra *desentendimiento* no indica, en este contexto, un conocimiento falso o parcial, sino más bien, como advierte Resta, un conocimiento que se sustrae a sí mismo, siendo en cierto sentido ocul-

¹ RESTA, E.; *La certezza e la speranza. Saggio su diritto e violenza*, Laterza, Bari, 2007, 225 pp. XI.

to e imposible². Su imposibilidad consiste en una prohibición, en la presencia de un límite, o, en otras palabras, en la línea que dibuja el horizonte de las cosas, más allá de la cual la mirada no alcanza. Es la naturaleza paradójica de la relación entre el derecho y la violencia la que traza este límite. Por una parte, los ordenamientos jurídicos modernos nacen como instituciones que sustituyen la violencia en el gobierno de los asuntos humanos. De otra, éstos recurren a lo que sustituyen, es decir, la violencia, primero para instituirse y posteriormente con el fin de preservar el monopolio del uso de la fuerza. Esta paradoja crea un bloqueo mental dramático, generando el fracaso de la comunicación cada vez que la relación circular, a la cual dicha paradoja remite, no se interrumpe y las proposiciones que la constituyen se consideran ambas verdaderas, aunque contradictorias.

Tanto el discurso de la crítica, cuyo principal exponente es Benjamin, como el de la legitimación, que correspondería a Hart, han rechazado la paradoja. El primero, identificando el derecho con la violencia y transformando la crítica de ésta última en la crítica de los ordenamientos jurídicos modernos, ha demostrado la falsedad de la primera proposición, según la cual el derecho moderno nace como sustituto de la violencia. El segundo, negando la idea de un derecho como mandato bajo amenaza de sanción y definiendo el mismo como obligación en lugar de orden, ha declarado falsa la segunda proposición, según la cual el sistema necesita de la fuerza para instituirse y mantener el poder.

Desde un punto de vista lógico, la operación de rechazo de la paradoja efectuada por estos órdenes del discurso es correcta. Una paradoja, cuando lo es de verdad (y no un simple razonamiento falaz, válido solo en apariencia), se puede refutar, si se considera como un peligro, o tolerar, si se percibe como un fenómeno marginal. Sin embargo, desde el punto de vista de la ecología de la comunicación, negar una paradoja o marginarla por su irrelevancia equivale a desconocer ciertas carencias del lenguaje común, ciertas distinciones que faltan, aunque sean necesarias, e implica, además, renunciar a la posibilidad de transformar las dificultades del lenguaje en oportunidades de comunicación. Por muy difícil que pueda resultar enfrentarse a una paradoja, reconocerla y admitir que se la pueda analizar siempre representa un itinerario preferible a cualquier operación de negación o marginalización. Una teoría que acepta la naturaleza paradójica de su propio objeto es más comunicativa que una que la niega, por distintas razones: llamada a solucionar la paradoja, dibuja una diferencia en el espacio unitario y primigenio e introduce en el discurso una complejidad que el lenguaje antes desconocía; obligada a enfrentarse a las contradicciones que atraviesan su objeto, recurre a instrumentos de análisis cada vez más penetrantes, que a menudo se toman en préstamo de

² *Ibidem.*, p. 11.

otras disciplinas, y así favorece el diálogo entre los distintos ámbitos del conocimiento y amplía la interdisciplinariedad; guiada por un método deconstructivo, dirigido a identificar las distintas capas semánticas que estructuran el discurso, ofrece una historia del lenguaje que se abre a la comunicación y construcción de un nuevo sentido. Por último, basándose en una filosofía inclusiva, que acoge en lugar de excluir la negatividad de las cosas, también reflexiona sobre zonas sociales oscuras, reduciendo el espacio de no-comunicación.

Veremos que, de los tres órdenes del discurso sobre la violencia, solo el de la diferencia se muestra receptivo a las exigencias de la comunicación ecológica. A través del concepto de *différance*, ofrece no solo instrumentos filosóficos para pensar la relación entre derecho y violencia, sino también una base teórica válida para la investigación y el análisis de las prácticas sociales que permitan al derecho reducir y contener las manifestaciones de violencia.

2. EL DISCURSO DE LA CRÍTICA

Uno de los grandes intelectuales del siglo xx que se detuvo con mayor conciencia sobre la relación existente entre derecho y violencia fue Walter Benjamin. Su reflexión sobre el tema, concentrada en el escrito *Zur Kritik der Gewalt*, se desarrolló en los años 1920-1921. Se trata de una época en que los ecos de las revoluciones alemana y rusa eran aún muy fuertes y es probablemente su fuerza la que le obligó a emprender una profunda reflexión sobre la legitimidad de tal violencia que, excediendo los posibles contextos de jurificación nacional, desembocó luego en las insurrecciones revolucionarias. Sabemos que en el momento de la redacción de *Zur Kritik der Gewalt* Benjamin ya se ha enfrentado a autores como Charles Péguy, Georges Sorel y Erich Unger, y, por tanto, que través de sus voces era consciente del momento histórico que estaba viviendo³. Al redactar su crítica probablemente actúa bajo presión de una violencia difusa, a la que era preciso poner remedio. El estallido y fracaso de la revolución de 1918, la urgencia de una cuestión palestina, los efectos de empobrecimiento causados por la economía capitalista son los sucesos que delimitan el escenario histórico-político en el que Benjamin escribe. No es casual, pues, que todo el ensayo sea un compendio de las principales problemáticas jurídico-políticas de su época: derecho de huelga, estado policial y guerra.

Sin embargo, desde las primeras páginas del texto se respira algo distinto a una simple disertación sobre los dilemas de la sociedad capitalista. En cada línea se percibe la necesidad –tal vez más gene-

³ HONNETH, H.; *Patologie della ragione: storia e attualità della teoria critica* (2007), trad. de A. Carnevale, Lecce, PensaMultimedia, 2012, p. 130.

ral que personal— de trascender los eventos, de superar su materialidad y de buscar sus causas y posibles soluciones en otro lugar. En su estructura general, *Zur Kritik der Gewalt* es ante todo la historia de una inmanencia y una trascendencia que se encuentran en su último y extremo momento y que en ese instante compartido, dejando de contemplarse una a través de los ojos de la otra, confluyen en una mirada común.

Para expresar este encuentro Benjamin introduce dos pares conceptuales: de un lado, encontramos una *violencia que funda* acompañada de una *violencia que conserva*; de otro, una *violencia mítica* en oposición a una *violencia divina*. Esta dualidad conceptual, a la cual Benjamin recurre para que su crítica sea posible, nunca es solo una diversidad que, como tal, cree y conserve dos distintas formas de violencia. Es también una identidad ilegítima, porque, en cuanto diferencia, utiliza su propio contrario para explicitarse y haciendo referencia a éste lo incorpora a una unidad que, no obstante, debería mantenerse diferenciada⁴. Todo el discurso benjaminiano gira alrededor de algo que luego, de repente e involuntariamente, asume la forma de otra cosa. Por tanto, ¿cómo leer *Zur Kritik der Gewalt*? Sería restrictivo circunscribir el texto a los espacios angostos de los análisis de teoría política y teoría del derecho. También sería arriesgada una lectura solo en clave filosófico-religiosa, limitada a ver en el fundamento de la violencia una imagen del Dios de la tradición monoteísta judeocristiana⁵. Existen, por contra, otras múltiples claves de lectura para acceder al texto y cada una de ellas constituye un método heurístico válido: está la clave judía, que permite oponer la justa violencia divina (de origen judío) a la violencia mítica (de tradición griega); está, además, el tema del aniquilamiento del derecho y la preocupación por la tutela de los derechos humanos; y asimismo, la crisis de la democracia burguesa, liberal y parlamentaria; hallamos también el encuentro entre el lenguaje de la revolución marxista y el de la revolución mesiánica; y, por último e igualmente, el problema del origen y la experiencia del lenguaje, aunque esta última cifra de lectura ocupe un lugar solo marginal en el discurso benjaminiano.

⁴ Sobre el *double blind* que estructura el discurso benjaminiano alrededor de la violencia que pone y la violencia que conserva, DERRIDA, J.; *Fuerza de ley. El fundamento místico de la autoridad* (1994), trad. de A. Barberá y P. Peñalver Gómez, Madrid, Tecnos, 1997, 151 pp. 97: «Esas oposiciones benjaminianas, pues, me parece que más que nunca hay que deconstruirlas, se deconstruyen ellas mismas, incluso como paradigmas para la deconstrucción. Lo que estoy diciendo aquí es cualquier cosa antes que conservador y antirrevolucionario. Pues más allá de la intención explícita de Benjamin, yo propondría la interpretación según la cual la violencia misma de la fundación o de la *posición del derecho* (*rechtsetzende Gewalt*) debe implicar la violencia de la conservación (*rechtserhaltende Gewalt*) y no puede romper con ella. Forma parte de la estructura de la violencia fundadora el que apele a la repetición de sí y funde lo que debe ser conservado, conservable, prometido a la herencia y a la tradición, a la partición».

⁵ HONNETH, A.; *op. cit.*, p. 128.

Considerando, por tanto, la variedad de temáticas que el autor concentra en un texto de muy relativa extensión, acaso sería preferible abstenerse tanto de lecturas unidireccionales, que destacan solo uno de los varios temas tratados por Benjamin, como de interpretaciones exhaustivas, que pretendan proporcionar una lista completa de los asuntos planteados. Sin embargo, cada lectura tiene su punto de vista privilegiado, a partir del cual domina la obra y se deja dominar por ésta. El punto de vista procede del exterior, precede al texto y su existencia prescinde del mismo. El hecho de que, después del encuentro con la obra, aquel punto de vista, al principio genérico, se convierta más tarde en el punto de vista privilegiado del texto, solo significa que el lector y su idea han hallado un terreno fecundo donde brotar, y no que el texto haya plasmado aquel punto de vista como si, antes del encuentro, éste nunca hubiera existido. El punto de vista permanece externo y siempre infiel a la obra. No existen interpretaciones fieles al texto, porque cada lectura empieza con una traición: la del punto de vista, que precede y falsea la voz del autor del texto.

También quien escribe ahora, en calidad de lector/traidor, se ha acercado al ensayo de Benjamin con un predeterminado punto de vista: la idea de que existe una relación muy estricta entre derecho y violencia, que puede llevar, en algunos momentos y en determinadas circunstancias, a una co-fusión entre ambos polos de la distinción. Si, como escribe Resta, el derecho es el lugar en el que se ha jugado, y se sigue jugando, la apuesta de una diferencia respecto a la violencia⁶, un análisis que tenga como único objetivo ver cómo se estructura esta relación no puede ser suficiente. A ella tiene necesariamente que seguir una investigación sobre las prácticas sociales a través de las cuales es posible defraudar la violencia.

L'inganno della violenza [...] consiste nel dar forza a una legge condivisa, convenzionale e artificiale sino in fondo, ma proprio per questo capace di evitare che i cittadini si riappropriino delle armi (ne cives ad arma ruant). È lo stesso inganno che i parlamenti mettono in essere quando sostituiscono le parole alle armi. Del resto, non a caso, parlamento si chiama parlamento. L'inganno allontana la violenza sostituendola: il raggio evita il muso contro muso della battaglia vera, allontana la guerra incorporandola e neutralizzandola. [...] L'inganno è saggezza singolare di un raggio che non nega la violenza e la rimuove lasciandola covare, ma la prende sul serio e la trasforma⁷.

Admitir que exista una relación estricta entre derecho y violencia equivale a tomar en serio el problema de la violencia y dar los primeros pasos hacia una crítica de la misma. El ensayo de Benjamin constituye una referencia imprescindible para quienquiera que decida ofre-

⁶ RESTA, E.; *op. cit.*, p. XVI.

⁷ *Ibidem.*, p. XII.

cer una contribución sobre el tema, no tanto porque se preocupa de aclarar las relaciones existentes entre derecho y violencia⁸, sino porque concibe ésta última como algo impensable fuera del derecho, la política y la moral⁹. En la noción benjaminiana de violencia solo hay lugar para aquellos poderes coercitivos que afectan las relaciones éticas y, por tanto, poseen una actitud moralizadora, capaz de provocar un cambio en la sociedad. La violencia no es un fenómeno natural, una tendencia habitual del hombre a usar la fuerza física de un modo brutal o irracional. Todas las metáforas orgánicas, de las que está repleto el debate sobre el tema y que la representan como un instinto vital, la sustraen de forma irresponsable a la esfera social, haciendo que sea imposible que la sociedad misma se enfrente a ella. Para criticar la violencia y debatir sobre los instrumentos a través de los cuales se puede fortalecer su diferencia respecto del derecho, es forzoso sustraerla al dominio de las ciencias naturales (biología, etología, zoología etc.) y reconducirla al ámbito de las ciencias sociales. Ciertamente, no se puede prescindir de la obra de Benjamin, a la cual hay que atribuir el mérito de haber vinculado la violencia a las relaciones éticas y haberse opuesto con vigor a cada visión de la misma solo en clave naturalista.

Reflexionando sobre la historia del derecho, y, en particular, sobre la fundación violenta de los ordenamientos jurídicos modernos –sobrevinidos mediante revoluciones, rebeliones, guerras civiles, ocupaciones militares etc.– Benjamin aprehende que la violencia, que en un tiempo circulaba libremente en la sociedad como medio para satisfacer *directamente* las exigencias de algunos individuos o de una minoría, deja de repente de ser *terra nullius* para convertirse en monopolio del derecho moderno. ¿Qué hace necesaria o simplemente favorece tal apropiación? Distintos factores: la imprevisibilidad de la violencia; la intensidad de sus manifestaciones; la exigencia de oponerle algo que la frene. De hecho, moviéndose de forma descontrolada, como un simple medio a disposición de cualquiera, de manera ilimitada, carente de restricciones o de condiciones impuestas por algún soberano, la violencia expone la colectividad a la insostenible imprevisibilidad de su policifética expresión. Por consiguiente, es preciso intervenir, inventar alguna técnica para gobernar un aspecto social que posee un impacto material excesivo, sobrepujante, que en efecto es capaz de destruir por entero una sociedad. No se trata de eliminar la violencia, sino de controlarla, encauzarla, hacer que sea, en cierta medida, previsible. Y es en respuesta a estos requerimientos que interviene el derecho, como técnica de gobierno de lo que parece ingobernable. El derecho se apo-

⁸ Para una disertación sobre las relaciones entre el derecho y la violencia que adelanta el trabajo benjaminiano, VON JHERING, R.; *Der Zweck im Recht* (1877), Lipsia, Breitkopf y Härtel, 1884, v. 2; Sorel, G.; *Réflexions sur la violence*, París, Deuxième, 1910.

⁹ HONNETH, A.; *op. cit.*, pp. 135 y 136.

dera de toda la violencia disponible y la ejercita de forma exclusiva, con la modalidad dura de la aplicación de la ley o con la más blanda de la amenaza de las consecuencias previstas en las disposiciones normativas, o sea, las sanciones.

Esto no significa que, con la llegada del derecho moderno, la violencia deje de circular en la sociedad y confluya a un espacio circunscrito. Al contrario, sigue a disposición del individuo y de la masa, pero con variantes significativas respecto del pasado: cada recurso no autorizado a ella constituye un ejercicio ilegítimo de la misma; frente al ejercicio ilegítimo de la violencia, el individuo dispone de procedimientos institucionalizados que le permiten obtener satisfacción; para cada tipo de violencia ilegítima se prevé una sanción específica. En definitiva, aunque las acciones violentas siguen siendo impredecibles, las consecuencias jurídicas correspondientes se vuelven, en cambio, cada vez más predecibles. Sin embargo, esta conquista en términos de gobierno/disciplina de la violencia, emblemática del largo camino y progreso de la sociedad hacia niveles de civilización cada vez más altos, se basa en un vacío teórico abismal, al cual actualmente ningún derecho concientemente se asoma.

Es cierto que, al monopolizar la violencia y reprimir cada recurso no autorizado a ella por parte del individuo o de una comunidad organizada, el derecho moderno introduce la distinción entre una violencia legítima –aquella ejercida por el sistema jurídico para fines jurídicos– y una violencia ilegítima –practicada por el individuo o por un grupo para fines naturales– y proporciona un criterio válido para juzgar la ilegitimidad de la violencia (la no juridicidad de sus fines). No obstante, sustrae apresuradamente el primer término de la distinción a una prueba de legitimidad. De hecho, ¿cómo juzgar la legitimidad de la violencia legítima? Esto es, ¿cómo calificar la violencia que, haciéndose derecho, no puede recurrir a categorías jurídicas para calificarse y, por tanto, no puede simplemente definirse como legítima para resultar efectivamente legítima? Escribe Derrida, en *Fuerza de ley*:

¿Cómo distinguir entre la fuerza de ley de un poder legítimo y la violencia pretendidamente originaria que debió instaurar esta autoridad y que no pudo, haber sido autorizada por una legitimidad anterior, si bien dicha violencia no es en ese momento inicial, ni legal ni ilegal o, como otros se apresurarían a decir, ni justa ni injusta?¹⁰

Ni la legalidad, ni la justicia, ni aun la misma legitimidad, constituyen criterios válidos para juzgar la violencia legítima. Sostener que la fuerza ejercida por el derecho es legítima porque procede de una autoridad legítima implica entrar en una tautología sin salida. Entonces,

¹⁰ DERRIDA, J.; *op. cit.*, pp. 17 y 18.

¿cómo juzgar, cómo criticar?¹¹ Éste es el dilema del que parte Benjamin y también el lugar donde su crítica de la violencia pasa a ser crítica del derecho.

Para afrontar la paradoja a la que introduce el juego del derecho y de la violencia, el Benjamin abre con una distinción basada en el tipo de función que desarrolla la violencia. De una parte, piensa en una violencia fundadora, que tiene la función de crear nuevo derecho, y de otra estudia una violencia de mantenimiento, que sirve al derecho para conservarse¹². Trazando la diferencia entre un momento originario, en que se funda un nuevo orden, y un momento ulterior, donde el derecho fundado ya es operativo, Benjamin cree poder salvar, evaluar de forma positiva, al menos uno de los usos que el sistema jurídico hace de la violencia; el dispositivo, atinente a la creación de nuevo derecho. De hecho, en el instante en el que nacen los ordenamientos jurídicos modernos, cuando todavía ninguna violencia se distingue de otra violencia, el recurso a la fuerza extrema por parte del derecho –a fin de oponerse a las manifestaciones descontroladas de *vis absoluta* que afectan a la sociedad– se puede juzgar de forma positiva. Se trata de una violencia fundadora, que se convierte para el derecho en una ocasión de instituirse y actuar como *pharmakon* contra los males de la sociedad y que, por tanto, puede justificarse, siempre y cuando rompa definitivamente con la violencia. Para esta *vis* que funda, existe un criterio de juicio válido, que es externo al derecho y coincide con el fin natural de controlar la violencia. Pero, ¿cómo gobernar la violencia y, al mismo tiempo, guardar la distancia con ella? Benjamin contesta a este interrogante de forma muy propositiva y concreta:

[...] ¿es acaso posible la resolución no violenta de conflictos? Sin duda lo es. Las relaciones entre personas privadas ofrecen abundantes ejemplos de ello. Dondequiera que la cultura del corazón haya hecho accesibles medios limpios de acuerdo, se registra conformidad inviolenta. Y es que a los medios legítimos e ilegítimos de todo tipo, que siempre expresan violencia, puede oponerse los no violentos, los medios limpios. Sus precondiciones subjetivas son cortesía sincera, afinidad, amor a la paz, confianza y todo aquello que en este contexto se deje nombrar. Pero su aparición objetiva es determinada por la ley [...] para que los medios limpios no signifiquen soluciones inmediatas sino solo mediatas¹³.

La propuesta no es utópica, pero el más incrédulo ha de ser su propio autor. Los acontecimientos de los primeros veinte años del siglo xx lo

¹¹ Los *juzgar* y *criticar* se utilizan aquí como sinónimos, de acuerdo con la interpretación que DERRIDA da del concepto benjaminiano de crítica. DERRIDA, J.; *op. cit.*, p. 82.

¹² BENJAMIN, W.; «Zur Kritik der Gewalt», *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, 1921, ahora en *Gesammelte Schriften*, II, I, vol. 4, Frankfurt an Main, Suhrkamp, 1977. Utilizo «Para una crítica de la violencia», en *Iluminaciones IV. Para una crítica de la violencia y otros ensayos*, trad. de R. Blatt, Madrid, Taurus, 1991, pp. 23-45.

¹³ *Ibidem.*, p. 34.

han desilusionado. La historia le ha contado una realidad distinta. Ha visto por sí mismo la incapacidad de los ordenamientos jurídicos modernos para emanciparse de la espiral de fuerza de la que brotaron, así como de prescindir de aquella violencia que los conserva legitimándose y que se mantiene legítima conservándolos.

Así pues, no debe extrañar que el autor, impulsado por un comprensible escepticismo, decida revolucionar, a partir de las últimas páginas del ensayo, toda su estructura. Como ya adelanté al comienzo de este apartado, el discurso benjaminiano de la crítica es ante todo el discurso de algo que, de repente, se transforma en otra cosa; la historia de una diferencia que pierde la apuesta en mantenerse distinta y que, en su retorno al origen de todo origen, a Dios, se anula. De hecho, al final del texto todo experimenta una metamorfosis, una mutación. La distinción entre derecho y violencia se convierte en identidad. La crítica de la segunda se traduce en la crítica del primero. La idea de un derecho como gobierno de la violencia se convierte en la idea de un derecho que, simplemente, domina por medio de la violencia. Lo divino se superpone a lo jurídico en el gobierno de los asuntos humanos. La crítica de la violencia se traduce en un elogio de la violencia divina.

3. EL DISCURSO DE LA LEGITIMACIÓN

El discurso de la legitimación es el discurso de la prudencia y la moderación, porque a la peligrosa identificación del derecho con la violencia opone una lectura analítica del universo jurídico que promueve la comprensión del derecho, de la coerción y de la moral como fenómenos sociales distintos, aunque relacionados entre sí¹⁴. Distinguiendo el sistema jurídico de esas otras realidades afines, el discurso de la legitimación realiza una operación clarificadora de la estructura general del pensamiento jurídico en lugar de una crítica del derecho y de la política legislativa¹⁵, y emprende una acción contextual de rescate y defensa de la legitimación de un derecho, en los modelos de posguerra, que, a causa de sus aspectos violentos, se había revelado incapaz de hacer y ser la diferencia.

Como cada orden del discurso, éste también circula y se da a conocer a través del nombre de uno de sus principales exponentes. Así, hablar del discurso de la legitimación o del discurso de H. L. A. Hart

¹⁴ HART, H. L. A.; *El concepto de derecho* (1961), trad. de G. R. Carrio, México, Editora Nacional, 1980, 331 pp. XI. Así también el trabajo de PÁRAMO ARGÜELLES, J. R.; *H. L. A. Hart y la teoría analítica del derecho*, Madrid, CEC, 1984, 470 pp. 187, al sostener que el objetivo fundamental de la teoría hartiana no consiste en la determinación y aclaración de una definición del derecho, sino en la identificación y el análisis de aquellas características que lo diferencian de la moral y la coerción.

¹⁵ HART, H. L. A.; *op. cit.*, p. XI.

equivale, en gran parte, a decir lo mismo¹⁶. Existen muchos otros nombres acreditados que se podrían considerar incluidos en esta corriente, pero, para nuestros fines –que son indagar la relación entre derecho y violencia e identificar las prácticas sociales que permitan mantener la diferencia entre ambas realidades– la teoría hartiana ocupa un papel destacado y esencial. Nos permite ver que una distinta calificación de los elementos del derecho puede modificar la forma en que una sociedad percibe y se confronta con el problema de la violencia; y nos plantea el dilema de si basta con uso correcto, o lingüísticamente apropiado, de la terminología jurídica para liberarse del espectro de la violencia¹⁷.

Según Hart, lo que caracteriza al derecho en sentido genérico es el hecho de que su existencia implica la *no opcionalidad* de determinados tipos de conducta¹⁸. Esta característica, en apariencia poco problemática, en realidad se revela como una fuente de malentendidos y animadas discusiones entre los teóricos del derecho cuando proceden a la calificación de las reglas que orientan dichas conductas¹⁹. Cabe sostener, como hace Austin, que esas reglas son *mandatos* impartidos bajo amenaza de sanción²⁰; o distinguir, como hace Hart, entre *normas primarias*, que ligan a los individuos a determinada conducta previendo una sanción en caso de incumplimiento, y *normas secundarias*, que atribuyen poderes y contemplan la nulidad como consecuencia jurídica cuando el sujeto no siga la conducta prescrita²¹. Dicha labor teórica de calificación y taxonomía de las reglas jurídicas que orientan las acciones no está exenta de consecuencias prácticas. De ella dependen la

¹⁶ Esto no significa que la teoría de HART agote el discurso de la legitimación, ni que éste último quede sin nada que decir si prescinde de HART. Tan solo que una parte consistente de ese discurso lleva su nombre.

¹⁷ Basando el ordenamiento jurídico en la norma de reconocimiento (de la que hablaré más adelante) y definiendo las reglas jurídicas como normas en vez de órdenes, HART excluye que la violencia ejercida o amenazada por el derecho constituya el medio de legitimación del mismo.

¹⁸ HART, H. L. A.; *op. cit.*, pp. 7 y 8.

¹⁹ Por razones de economía del discurso y para hacer referencia a los problemas que plantea la distinta definición de las reglas jurídicas, tomaré en consideración solo la calificación efectuada por Austin (y criticada por HART) y la elaborada por el mismo HART.

²⁰ AUSTIN, J.; *El objeto de la jurisprudencia* (1832), trad. de J. R. de Páramo Argüelles, Madrid, CEP, Madrid, 2002, 338 pp. 36 y 37: «Toda ley o regla (en el significado más amplio que se le puede dar *propriamente* al término) es un mandato. [...] Un mandato se distingue de otras manifestaciones de deseo no por la forma en la cual se manifiesta el deseo, sino por el poder y la intención de quien emite el mandato de infligir un mal o un daño en el caso de que el deseo no sea satisfecho. [...] El daño que probablemente se aplicará en el caso de desobediencia de un mandato [...] se llama generalmente *sanción*, o *imposición coactiva de la obediencia* [...]».

²¹ Esta distinción entre dos distintos tipos de normas constituye un aspecto central de la teoría hartiana, cuyo objetivo principal es explicar y aclarar de forma satisfactoria el funcionamiento y la complejidad de los modernos ordenamientos jurídicos. En este sentido, PARAMO ARGÜELLES, J. R.; *op. cit.*, p. 211. En cambio, exclusivamente respecto a la distinción entre normas primarias y secundarias, HART, H. L. A.; *op. cit.*, p. 99.

representación oficial del derecho, la percepción que una comunidad tiene del mismo y el abanico de posibles reformas. De hecho, sustentar que el derecho constituye el conjunto de las órdenes coercitivas dictadas por el soberano no produce iguales efectos prácticos que, en cambio, una idea del derecho como conjunto articulado de normas primarias y secundarias. En el primer caso, el poder ilimitado, único, unitario y no subordinado del soberano²², cuya voluntad fija el contenido de las reglas en forma del todo arbitraria, lleva a una determinada comunidad a interrogarse sobre la sensatez de un poder tal así, y abrirse a propuestas de reforma que pueden concernir tanto a la posición de los súbditos –yendo hacia una ampliación de sus derechos– como a la del soberano –yendo hacia una limitación de su poder. En el segundo caso, la descripción del ordenamiento jurídico a partir del contenido de las normas que lo componen desplaza la atención hacia cuestiones que no atañen solo a la estructura jerárquica del derecho, sino que se extienden también a sus enunciados, sugiriendo así reformas más complejas, que pueden tanto hacer referencia al reparto del poder y atribución de funciones entre los distintos órganos, como también afectar a todos los ámbitos de la esfera pública y privada regulados por el derecho.

Por ende, calificar las reglas jurídicas de una forma en lugar de otra –v. gr., como normas en vez de mandatos– provoca enormes efectos, muy concretos asimismo, y no solo en términos de percepción de la realidad jurídica o delimitación del ámbito de posibles reformas, sino también, y sobre todo, de legitimación de un determinado sistema jurídico. Es evidente, y no demanda añadido aclaratorio, que la teoría imperativista²³ de Austin, al representar el derecho como un conjunto de mandatos impartidos por el soberano²⁴, dota al

²² Por poder ilimitado, único, unitario y no subordinado se entienden respectivamente la absoluta libertad del soberano de legislar sobre cualquier materia sin estar sometido a algún deber jurídico; la ausencia, en el seno del mismo ordenamiento jurídico, de otro sujeto dotado de los mismos poderes; la concentración de la soberanía en una persona o un grupo de personas; la no subordinación del poder soberano al derecho. Para una reconstrucción del poder soberano en estos términos, véase PARAMO ARGÜELLES, J. R; *op. cit.*, pp. 147 y 148.

²³ La teoría imperativista del derecho, formulada por HOBBS en el ámbito de la teoría del derecho inglés, tiene entre sus seguidores filósofos y juristas como Bentham y Austin. Para esta concepción del derecho la norma jurídica posee estructura de orden y expresa la voluntad del soberano. Una disertación detallada sobre este punto, una vez más PARAMO ARGÜELLES, J. R; *op. cit.*, pp. 131-134.

²⁴ Es importante precisar que la mayoría de los imperativistas reconoce que ningún ordenamiento jurídico se basa solo en el temor a la sanción. Austin, por ejemplo, sostiene que, para poderse encontrar en presencia de un ordenamiento jurídico, es necesario que, en general, sus miembros compartan la costumbre de obedecer a las órdenes de un soberano común y determinado. En todo caso, para los partidarios de esta teoría no es la actitud general hacia la obediencia la característica saliente del derecho, sino el hecho de que se pueda hacer que se obedezcan las órdenes a través del uso de la fuerza. En este sentido, véase SCHIAVELLO, A.; *L'obbligo di obbedire al diritto* (2012) accesible en: https://www.academia.edu/1887518/Lobbligo_di_obbedire_al_diritto, p. 18.

sistema de un grado de legitimación indudablemente menor respecto del que proporciona la teoría hartiana, donde la distinción entre normas primarias y secundarias, limitando el recurso a la sanción solo a los casos de violación de las primeras, reduce la visibilidad del componente violento del derecho. En este sentido, el pensamiento de Hart es, desde mi punto de vista, más interesante por lo que no dice y vela sobre la violencia que por lo que expresa y exhibe. De hecho, si existe en él una disertación sobre el tema, ésta se desarrolla de forma del todo negativa.

En el quinto capítulo de *El concepto del derecho*, Hart sostiene que es restrictivo limitar el complejo fenómeno del derecho a la idea de un conjunto de mandatos sostenidos en amenazas²⁵. Esta descripción, que concibe la fuerza como el medio a través del cual el sistema jurídico garantiza su operatividad y ve al ciudadano como un sujeto pasivo, habituado a la obediencia, *no dice* cómo calificar aquellas normas que, contrariamente a las leyes penales –que prohíben o imponen ciertas acciones bajo amenaza de la sanción–, no contienen sin embargo órdenes coactivas, sino que confieren poderes jurídicos de juzgar y legislar (poderes públicos) o de crear o modificar relaciones jurídicas (poderes privados)²⁶. Dicha descripción puede ser representativa de la estructura social propia de las comunidades primitivas, pero no resulta idónea para reflejar la organización de los ordenamientos jurídicos modernos, donde la presencia de un poder legislativo, de tribunales y funcionarios de cualquier tipo garantiza la certeza de las normas, su transformación con base en criterios y formas preestablecidas y la aplicación eficaz de las mismas²⁷. Una comunidad regulada solo por normas primarias, escribe Hart, no está dotada de un sistema; vive según una serie de aislados criterios de conducta, desprovistos de un elemento común que permita reconocerlos como normas; no posee ningún procedimiento capaz de aclarar las dudas que puedan surgir sobre la naturaleza de tales criterios; no dispone de medios para adaptar deliberadamente las normas a las circunstancias variables, abrogando las viejas y desusadas e introduciendo nuevas; por último, carece un órgano especializado para comprobar la violación de una norma dada y solucionar la controversia que deriva de dicha violación. Una

²⁵ HART, H. L. A.; *op. cit.*, p. 99.

²⁶ Cabe destacar que la distinción entre normas primarias y secundarias, que utiliza Hart, no constituye un aspecto original de su trabajo. De hecho, se trata de una clasificación generalizada en el ámbito de la teoría del derecho. De Ihering a Hart, se ha elaborado a partir de distintas perspectivas (temporal, funcional, jerárquica, lógica y estructural) y se ha expresado con una terminología distinta, pero afín (normas de conducta y de organización, normas de conducta y de estructura, normas de conducta y de competencia, normas que imponen obligaciones y organización, normas de conducta y de estructura, normas de conducta y de competencia, normas que imponen obligaciones y normas que atribuyen poderes, normas sustanciales y normas de procedimiento etc.). Véase PARAMO ARGÜELLES, J. R.; *op. cit.*, p. 216.

²⁷ *Ibidem.*, p. 216.

estructura social como ésta solo puede basarse en normas *inciertas, estáticas e ineficientes*²⁸.

Los ordenamientos jurídicos modernos, por contra, disponen de distintos remedios (*remedies*) con los que enfrentan a los problemas derivados de la incertidumbre, el estatismo y la ineficiencia del conjunto normativo. Hart denomina estos remedios respectivamente como norma de reconocimiento, norma de cambio y norma de juicio. La primera tiene por función indicar las características por las que una norma se puede reconocer como tal. La segunda atribuye a un individuo o grupo de ellos el poder de introducir nuevas normas primarias y cancelar las antiguas. La tercera indica tanto quiénes deben juzgar en caso de que surjan conflictos, así como el procedimiento a seguir en tales casos²⁹.

Por consiguiente, la propuesta de Hart se resume en una representación del derecho moderno alternativa a la de Austin y, a juicio de su autor, capaz de reflejar la compleja máquina de organización que permite a los sistemas jurídicos contemporáneos funcionar eficazmente. El fundamento de esta teoría general del derecho es la norma de reconocimiento: una norma última (*ultimate*), es decir, dotada de validez jurídica intrínseca, autoexistente –o sea, que no depende de ninguna otra norma– y que contiene distintos criterios, dispuestos en orden jerárquico, que actúan como indicadores de validez jurídica de las otras normas³⁰. Situado este elemento a modo de baricentro del sistema jurídico, Hart se disocia de la idea austiniana según la cual «los fundamentos de un sistema jurídico consisten en la situación que se da cuando la mayoría de un grupo social obedece habitualmente las órdenes respaldadas por amenazas de la persona o personas soberanas, quienes a su vez no obedecen habitualmente a nadie»³¹.

En suma: el derecho no es una institución coercitiva,³² es un fenómeno esencialmente normativo, que no cabe reducir a mecanismos psicológicos o de comportamiento y habitualidad; no se puede concebir como un conjunto de normas todas sancionadas o sancionadoras, ya que éstas, aun siendo indispensables, solo constituyen una parte del material normativo y desarrollan una función subsidiaria³³; las normas secundarias, de que también integran el derecho y dan soporte a toda la armazón jurídica, no imparten mandatos, sino que atribuyen poderes y prevén como consecuencia jurídica negativa la nulidad y no la sanción; ésta

²⁸ HART, H. L. A.; *op. cit.*, pp. 114-116.

²⁹ *Ibidem.*, pp. 118-121.

³⁰ RAMOS PASCUA, J. A., *La regla del reconocimiento en la teoría jurídica de H. L. A. Hart. Un intento de configuración del derecho como sistema normativo autónomo*, Madrid, Tecnos, 1989, 251 pp. 135-171.

³¹ Hart, H. L. A.; *op. cit.*, p. 125.

³² MARMOR, A., *The Nature of Law*, en E. N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2011), accesible en <http://plato.stanford.edu/entries/lawphil-nature/>.

³³ PINTORE, A., «A rule-governed gunman writ large? Il posto della coercizione ne Il concetto di diritto», *Sociologia del diritto* 2 (2011), pp. 7-26.

última es el instrumento que desalienta la acción prohibida por la norma, mientras que la primera consiste simplemente en la falta de reconocimiento jurídico de una determinada acción³⁴. Sería, pues, comprometido reprochar a Hart estrechez de horizontes en su disertación sobre el fenómeno jurídico. Abarca la totalidad de aspectos sobre los que una teoría general del derecho debe insistir: estructura del ordenamiento, elementos esenciales del derecho, cuestión de las fuentes, problema de la validez, fundamento etc. Asimismo, es difícil objetarle escasa profundidad de análisis, como también radicalidad en cuanto a las posiciones adoptadas. En efecto, al elaborar su representación del derecho, como escribe M. Cattaneo en la introducción a la edición italiana de *El concepto del derecho*, Hart abre un fecundo diálogo con las principales corrientes del pensamiento jurídico moderno y contemporáneo (la filosofía analítica, el normativismo, el realismo americano etc.) y, en la resolución de los problemas teóricos, aporta siempre una contribución original que nunca abandona el camino del sentido común y la moderación.

Sin embargo, también en este sendero existen recodos umbríos, zonas de sombra, donde la luz del análisis se vuelve tenue y el espíritu crítico de un observador externo se agudiza. Estos espacios de luz difusa no son lugares vanos, ni desérticos. Por el contrario, en ellos se encuentra todo lo que se aparta y se marginaliza para permitir a un discurso prudente y moderado mantenerse en marcha. En la teoría hartiana del derecho el problema de la violencia deambula a través de estos espacios poco iluminados, fronteros entre la claridad y la inaccesible oscuridad. Es muy posiblemente por este modo de tratar la cuestión de la violencia que la obra de Hart ha dado pábulo a dos interpretaciones contrastantes sobre el carácter coercitivo del sistema jurídico. En una se sitúan los teóricos que, como Anna Pintore, creen que el filósofo inglés nunca puso en discusión la naturaleza coercitiva del derecho y evitó tratarla directamente solo porque era obvia³⁵. En otra, estudiosos como A. Marmor³⁶, inclinados a pensar que una de las constantes del pensamiento hartiano es el rechazo expreso de una interpretación del derecho en clave coercitiva.

Aunque muchos pasajes de *The Concept of Law* pueden utilizarse para apoyar una u otra posición, es cierto que Hart no se enfrenta directamente al problema de la violencia y que cada reconstrucción de su pensamiento sobre este punto se expone a todos los riesgos del caso: provisionalidad, incoherencia, contradictoriedad y peligro de refutación. El aspecto coercitivo del derecho le interesa en la medida en que su marginalización permite la afirmación de una idea armoniosa del concepto de sistema jurídico. Postergar la coerción constituye el rito de paso para considerar el ordenamiento como una unión equilibrada de

³⁴ HART, H. L. A.; *op. cit.*, pp. 35-36.

³⁵ PINTORE, A.; *op. cit.*, p. 11.

³⁶ MARMOR, A.; *op. cit.*

normas primarias y secundarias, donde el *carácter regulativo del poder* de las últimas sirve de contrapeso al *carácter represivo* de las primeras.

Un discurso de este tipo, que pretende marcar la diferencia entre el derecho y la coerción limitándose a dejar de lado el aspecto coactivo y destacando, en cambio, la estructura democrática de los ordenamientos jurídicos modernos, oculta la violencia de éstos y, ocultándola, la olvida. Olvidándola, la sustrae al análisis. Sustrayéndola, impide la reflexión sobre la posibilidad de tratar el asunto. Por esta razón, creo que el trabajo de Hart no se puede leer como un ensayo de sociología descriptiva, como su autor deseaba³⁷, sino como un discurso que en los espacios afirmativos (es decir, donde se sitúa la disertación sobre determinados aspectos del derecho) nos cuenta en parte cómo es éste último, mientras que en los negativos (donde se marginaliza y se excluye de la disertación directa el componente coercitivo) nos dice en parte como el derecho debería ser; es decir, *no violento*.

No pretendo ofrecer una lectura inédita de Hart, sino solo dar voz a un discurso, aquél sobre la violencia, que vislumbra en *El concepto del derecho*. Todo el ensayo puede leerse como un intento de anular los aspectos violentos del derecho por medio de un cambio de terminología en su descripción. Dado que todas las expresiones utilizadas por Austin para esbozar la estructura del sistema jurídico hacen referencia a la fuerza, Hart las sustituye por otras más moderadas: el mandato se convierte en norma, la orden respaldada por amenaza se presenta como obligación jurídica y la sanción se califica de consecuencia jurídica negativa. Cambia el registro lingüístico y así cambia la definición de los elementos constitutivos del derecho, y la violencia desaparece del nuevo registro. Hart no la retoma, ni con su propia indumentaria, ni bajo otro ropaje. La violencia se eclipsa para hacer posible un mundo jurídico normalizado, donde los riesgos opuestos de la élite opresiva y de la *sheeplike society* son meramente marginales³⁸.

El grado de legitimación del sistema jurídico que se alcanza operando en estos términos es muy alto, pero la vía a través de la cual transita es discutible desde el un punto de vista de la ecología de la comunicación, pues silencia otras voces, a veces tabús de la esfera jurídica, con el fin de permitir un discurso indiviso, monolítico y unítono.

4. EL DISCURSO DE LA DIFERENCIA

El discurso de la diferencia expresa la imposibilidad de un razonamiento unitario y progresivo, y sustituye la linealidad del pensamiento benjaminiano³⁹ y hartiano por una andadura discontinua, hecha de

³⁷ HART, H. L. A.; *op. cit.*, p. XI.

³⁸ PINTORE, A., *op. cit.*, p. 12.

³⁹ Oír hablar de *linealidad* con referencia al pensamiento de Benjamin puede despertar asombro. Para evitar malentendidos preciso que el término aquí no tiene su

segmentos y desviaciones. Basándose en la idea del lenguaje como movimiento y de la escritura como medio y cuerpo de la diferencia⁴⁰, contempla el carácter dinámico y diferencial de la lengua; reconoce el papel decisivo de la negatividad en la construcción del concepto de presencia, y rompe con la antigua tradición filosófica occidental sustituyendo los conceptos de unidad, identidad, presencia, permanencia, fundamento, estructura y esencia, por los más dinámicos de pluralidad, distinción, cambio, contaminación y separación⁴¹.

También para este orden del discurso vale lo dicho con relación al discurso de la legitimación, o sea, que existen muchas voces a través de las cuales resuena⁴², pero que, una vez más y siempre para nuestros fines, solo una adquiere relevancia aquí: la derridiana, porque asume como su objeto privilegiado la relación entre el derecho y la violencia. En los *Prolegómenos*, que introducen la segunda parte del libro *Fuerza de ley*, titulados como *Nombre de pila de Benjamin* y enteramente dedicados al desciframiento de *Zur Kritik der Gewalt*, Derrida inicia su propia reflexión sobre la violencia desde una lectura que es, ante todo, re-escritura del texto benjaminiano. Para destacar el carácter muy personal de su interpretación y alertar al lector/oyente sobre el intento deconstructivo del que aquella parte, Derrida advierte:

Con razón o sin ella, me ha parecido que quizás no sería completamente inapropiado interrogar un texto de Walter Benjamin, singularmente un ensayo escrito en 1921 y titulado *Zur Kritik der Gewalt* (Para la crítica de la violencia) en la apertura de un encuentro como éste sobre «El nazismo y la solución final. Los límites de la representación». Así pues, me he decidido a proponerles una lectura un poco arriesgada de ese texto de Benjamin, por varias razones que parecen entrecruzarse aquí⁴³.

Y añade: «¿Cómo leer este texto con un gesto «destructor» que no sea [...] ni heideggeriano ni benjaminiano. Ésta es en suma la difícil y oscura pregunta que esta lectura querré aventurar»⁴⁴. El objetivo Derrida, aquí solo en parte declarado, es deconstruir la complicación del derecho y de la violencia de una forma alternativa, es decir, de una manera que supere la metafísica en la que siguen prisioneros, a

sentido habitual y asume una connotación específica, derivada de su uso en el ámbito de la teoría de los sistemas, donde un problema es lineal si se puede descomponer en una serie de subproblemas independientes entre ellos. Al respecto, MAGRASSI, P., *Difendersi dalla complessità*, Milano, Franco Angeli, 2009, 176 pp. 29.

⁴⁰ TELMON, M. P., *La differenza praticata. Saggio su Derrida*, Milano, Jaca Book, 1997, 207 p. 61.

⁴¹ WOOD D., BERNASCONI R. (ed.), *Derrida and Différance*, Evanston, Northwestern UP, 1988, 98 pp. IX.

⁴² *Ibidem.*, p. IX.

⁴³ DERRIDA, J., *op. cit.*, p. 69.

⁴⁴ *Ibidem.*, p. 78.

su juicio, tanto Heidegger⁴⁵ como Benjamin. Si la relación existente entre derecho y violencia es, como hemos repetido varias veces, paradójica, es decir, si el derecho es aquél orden que nace como sustituto de la violencia y, al mismo tiempo, se presenta como la institución que detenta el monopolio de la fuerza/violencia, entonces ninguna metafísica puede hacer de esta relación su objeto. Por su estructura epistemológica, anclada a la idea de ser en sus distintos aspectos (esencia, presencia, identidad y verdad), la metafísica carece de instrumentos adecuados para estudiar aquel movimiento que en una única acción produce al mismo tiempo los polos de la oposición derecho-violencia y los mantiene unidos, difiriendo su *polemos*⁴⁶. Este movimiento, que de la violencia lleva al derecho y viceversa, generando ambivalencias embarazosas, implica, en la producción de la diferencia, una separación espacio-temporal, una fractura seguida de una *dislocación* y un *diferimiento*. Esto es, no solo genera y mantiene, con su ir y venir, la diferencia entre el derecho y la violencia, sino que también coloca los polos de la distinción en un espacio y un tiempo dado, permitiendo la transición reglamentada⁴⁷ de un extremo al otro de la distinción. Gracias a esta oscilación regular y reglamentada, el tiempo y el espacio de

⁴⁵ Aunque siga sintiéndose fuertemente atraído por el pensamiento heideggeriano a lo largo de su propia trayectoria, Derrida reprocha constantemente al filósofo de Messkirch el horizonte metafísico al que abre su especulación. En este sentido, BROGAN, W. A., «The Original Difference», en *Derrida and Différance*, op. cit., pp. 31-39: «The central criticism that Derrida levies against Heidegger's philosophy is that it remains entrapped within the horizon of metaphysics it attempts to surpass. And this is so because Heidegger formulates his own thinking in relation to and always in comparison with metaphysics» (p. 31).

⁴⁶ Sobre la incompatibilidad de las premisas metafísicas con el tema de la *différance*, DERRIDA, J., «La *différance*», en *Margini della filosofia* (1972), trad. de M. Iofrida, Torino, Einaudi, 1997, pp. 27-57, en esp. pp. 43-44.

⁴⁷ Por transición reglamentada entiendo la idea según la cual cada polo de la diferencia, una vez que ésta se ha trazado, puede cruzar sus propias fronteras y situarse, por periodos más o menos amplios, en el polo opuesto, pero solo con oscilaciones vinculadas, es decir, sujetas a una determinada reglamentación. El ejemplo de la huelga general, al que recurren tanto BENJAMIN como DERRIDA (aunque por razones y con finalidades distintas), puede servir a aclarar este punto. La violencia legítima, que se ejerce a través de la huelga general (legítima en cuanto prevista y concedida por el mismo ordenamiento jurídico), puede superar las fronteras de la legitimidad, convirtiéndose en violencia ilegítima. En este caso, cuando se superan los límites, el sistema jurídico no permanece inerte, sino que dispone de normas que sirven de guía para restablecer las fronteras.

En realidad, el problema de la transición de un lado al otro de la distinción es más complejo, considerando que no todas las violaciones de frontera están previstas o son previsibles por el sistema. Sin embargo, ni aún en los casos imprevistos o impreviables el sistema jurídico permanece pasivo. Siempre reacciona a la superación de la frontera con una normativa que la restablece. Y el hecho de que, en los casos específicos, la normativa en cuestión, en lugar de preexistir respecto a la superación de la frontera, surja a causa de la misma, como normativa urgente, nunca excluye la existencia de una reglamentación. De hecho, el principio según el cual el sistema jurídico interviene en los casos de desorden y decide con los instrumentos de emergencia de los que dispone, ya es una reglamentación, aunque blanda.

la violencia nunca se confunden con el tiempo y el espacio del derecho. Esto no significa que no sean posibles «invasiones de campo», sino solo que eventuales violaciones de frontera, en cuanto reglamentadas, se pueden detectar y tratar.

Dado que el análisis de este movimiento requiere, a causa de su complejidad, un lenguaje, una escritura y una práctica adecuados⁴⁸, Derrida acuña el término *différance*: un neologismo capaz de describir una realidad para la cual el lenguaje actualmente no ofrece un *nomen*. Por tanto, la *différance*, es en el pensamiento deconstructivo derridiano, ante todo, un elemento nuevo del lenguaje, pero además una práctica discursiva que se insinúa en la escritura (su *medium* privilegiado) para marcar la diferencia de la diferencia, renegando así de aquella tradición ontometafísica que, partiendo de la identidad de la diferencia, no fue capaz de conciliar la fenomenología de la evidencia con la fenomenología de la temporalidad. O sea, la *différance* es la diferencia que se observa, que reflexiona sobre sí misma y que, en el tiempo necesario para esta autoobservación, difiere de sí misma (del estar presente ante sí misma), superando el pasado y proyectándose en el futuro. En esta *no presencia a sí originaria*, propia de los mecanismos reflexivos, se sustenta el movimiento de la *différance*, que, en su continua remisión a otra cosa, convive mal con supuestas realidades últimas y absolutas como el fundamento, el principio y el origen⁴⁹. Escribe Andrea Potestio en *La decostruzione come operazione testuale*:

La *différance* non può essere originaria perché se divenisse tale, si costituirebbe come origine, come punto di partenza pieno e presente negando così la sua natura sfuggente che si caratterizza per essere possibile solo come un rimando a una presenza solo possibile, potenziale. Il movimento della *différance* mostra la decostruzione sempre in atto e costituisce la condizione di possibilità di ogni struttura o codice come quello linguistico che si forma storicamente come un tessuto di differenze.⁵⁰

Este pasaje pone de relieve la cuestión que principalmente ha guiado el pensamiento derridiano en la construcción de la *différance*. Se trata de la cuestión del origen o, más en concreto, de la *complicación originaria* del origen, de la *contaminación inicial* de lo sencillo⁵¹, de la *des-*

⁴⁸ TELMON, M. P., *op. cit.*, p. 68.

⁴⁹ DERRIDA, J., *La scrittura e la differenza* (1967), trad. de G. Pozzi, Torino, Einaudi, 2002, 390 pp. 360-361.

⁵⁰ POTESIO, A., «*La decostruzione come operazione testuale*», en *Su Jacques Derrida. Scrittura filosofica e pratica di decostruzione*, Milano, Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, 2008, pp. 129-145, en esp. pp. 144-145.

⁵¹ El tema de la *diferencia* aparece por primera vez en la obra derridiana como *contaminación originaria*. Sólo posteriormente, ésta última formulación cede el paso a la primera. Como ha destacado Telmon, el paso de un concepto al otro es gradual y conlleva pérdidas. De hecho, la atención a los textos de los mayores pensadores dialécticos (HEGEL y HUSSERL) se pierde y el interés se desplaza hacia los verdaderos

viación inaugural que ningún análisis puede presentar en su acontecimiento o reducir a la puntualidad instantánea, idéntica a sí misma, del elemento⁵². «*Tutto comincia con la diade*»⁵³ escribe Derrida en *La disseminazione*, y todo se conserva por medio de la díada, podría añadirse sin temor a leer mal el texto del que la cita procede. Por tanto, la diferencia es originaria; constituye la estructura del lenguaje, es decir, de lo que nos permite hacer experiencia del mundo⁵⁴; impide cualquier acceso al *primum*; y hace impracticable una salida del mecanismo diferencial. Cuál sea el movimiento que erige la estructura bipolar del lenguaje y la fortalece, se nos explica de forma clara en el siguiente pasaje:

Ciò che si scrive *différance* sarà dunque il movimento di gioco che «produce», per mezzo di quello che non è semplicemente un'attività, queste differenze, questi effetti di differenza. Ciò non vuol dire che la *différance* che produce le differenze sia prima di esse, in un presente semplice e in sé immodificato, in-differente. La *différance* è l'«origine» non-piena, non-semplice, l'origine strutturata e differente [*différent*] delle differenze. Il nome di «origine» non le si confà più⁵⁵.

La expresión *origen estructurado y diferente de las diferencias*, aplicada al tema del derecho y la violencia, remite a la idea de que lo que amenaza al derecho y se le opone, es decir, la violencia fundadora, tiene una relación muy estricta con el derecho mismo; o sea, por una parte, le pertenece, pues es capaz de modificarlo y presentarse como *tener derecho al derecho*⁵⁶, y por otra, se sitúa en su espacio externo, pues le opone resistencia e intenta derribarlo. El ejemplo de la huelga general, al que Derrida recurre para explicar este punto, proporciona una valiosa clave de lectura. Los trabajadores dependientes que aspiran a una mejora de sus condiciones laborales tienen derecho a suspender de forma colectiva la actividad laboral a fin de inducir al empresario a revisar el contrato de trabajo. Por tanto, en este caso, el trabajador ejerce el derecho que se le ha concedido para contestar el orden del derecho existente, originando una situación revolucionaria, donde se lucha para la fundación de un nuevo derecho⁵⁷. Este ejemplo, que muestra cómo el movimiento de la *différance* pone en crisis el estatismo de la distinción benjaminiana entre *violencia que funda* y *violencia que con-*

pensadores de la diferencia (NIETZSCHE, LÉVINAS, FREUD, HEIDEGGER y, por supuesto, cada vez más, HEGEL). Telmon, M. P., *op. cit.*, p. 15.

⁵² DERRIDA, J., *Il problema della genesi nella filosofia di Husserl* (1990), trad. de V. Costa, Milano, Jaca Book, 1992, 291 pp. 51.

⁵³ DERRIDA, J., *La disseminazione*, trad. de M. Odorici y S. Petrosino, Milano, Jaca Book, 1989, 384 pp. 67.

⁵⁴ Sobre la idea de que la experiencia del mundo no es directa, sino mediada por el lenguaje, VATTIMO, G., *Le avventure della differenza*, Milano, Garzanti, 2001, 202 pp. 31.

⁵⁵ DERRIDA, J., *La différance*, *cit.*, p. 39.

⁵⁶ DERRIDA, J., *Fuerza de ley*, *cit.*, p. 90.

⁵⁷ *Ibidem.*, pp. 90 y 91.

serva, excluye la existencia de una oposición rigurosa entre fundación y conservación, dado que una se presenta como la estructura y el diferimiento de la otra. De hecho, cada *posición* siempre tiene lugar sobre las ruinas de un viejo orden, en ausencia del cual la violencia fundadora no tendría razón de ser, y la *conservación* siempre es subsistencia, mantenimiento, repetición de un orden nuevo, el cual no iría en la búsqueda de un medio fuerte como la violencia para garantizarse consentimiento y respeto si *ab origine* pudiera considerarse legítimo.

Escribe Derrida:

[...] Ya no hay fundación pura o posición pura del derecho, y en consecuencia pura violencia fundadora, como tampoco hay violencia puramente conservadora. La posición es ya iterabilidad, llamada a la repetición autoconservadora. La conservación a su vez sigue siendo refundadora para poder conservar aquello que pretende fundar. No hay, pues, oposición rigurosa entre la fundación y la conservación, tan solo lo que yo llamaría (y que Benjamin no nombra) una *contaminación diferencial* (*différentielle*) entre las dos, con todas las paradojas que eso puede inducir [...] La desconstrucción es también el pensamiento de esa contaminación diferencial, y el pensamiento atrapado en la necesidad de esa contaminación⁵⁸.

Qué sea exactamente la contaminación *différentielle*, ya lo explicó en la conferencia del 27 de enero de 1968, pronuniada ante de la Sociedad francesa de filosofía, y publicada en el *Bulletin de la société française de philosophie* (julio-septiembre de 1968) y en *Théorie d'ensemble* (París, 1968) con el título *La différence*. Se trata de un *cálculo económico*, de una economía del lenguaje y del pensamiento que, aplicada al tema en examen, obliga al derecho tanto a *tener en cuenta* como a *llevar la cuenta* de la violencia⁵⁹. Denomino ambas implicaciones *tomas de conciencia*, porque una y otra permiten un conocimiento profundo del problema de la violencia. La primera, *tener en cuenta*, evita que en la reflexión teórico-filosófica pase desapercibido un aspecto relevante de la práctica jurídica. La segunda, *llevar la cuenta*, mantiene en cambio, desde un punto de vista práctico-político, el control de la fuerza, que, siendo diferida, nunca desaparece del universo jurídico, sino que, al contrario, constituye una parte no eliminable, aunque reducible, del mismo. Esta duplicidad del contar (cuenta como valor material o moral y cuenta como cálculo) sustrae la *différance*, y las diferencias que se originan de su movimiento, a cualquier representación ontológica y teológica, dado que, considerando las manifestaciones de fuerza y evaluándolas, siempre retrasa el presente de la violencia y la relaciona con algo distinto de sí. Con el dilación de la presencia y la constante referencia a algo distinto de sí, el movimiento de la *différance* causa la destrucción del Ser, sea éste

⁵⁸ *Ibidem.*, p. 98.

⁵⁹ DERRIDA, J., *La différence*, cit., p. 34.

inmanente o trascendente, y instituye sobre sus ruinas el reinado de la diferencia como diversidad diferida y diferente⁶⁰. En el seno de este nuevo imperio, hecho de senderos que se bifurcan, no hay lugar para la onto-teología, no hay lugar para Dios, para el Dios que refrenda la crítica benjaminiana de la violencia, y del que Derrida toma distancia.

Al decir así adiós o hasta la vista a Benjamin, le dejo sin embargo la última palabra. Le dejo firmar, al menos si puede. Hace falta siempre que el otro firme, y es siempre el otro el que firma el último. Dicho de otra manera, el primero. [...] Pero ¿quién firma? Es Dios, el Completamente Otro, como siempre. La violencia divina habrá precedido, pero también *dado*, todos los nombres de pila: Dios es el nombre de esta violencia pura, y justa por esencia: no hay ninguna otra, no hay ninguna antes de ella, y ante la que ella tenga que justificarse. En él autoridad, justicia, poder y violencia constituyen una sola cosa. Siempre firma otro, es quizás esto lo que firma este ensayo⁶¹.

Diciendo adiós a Benjamin y a la onto-teología que suscribe *Zur Kritik der Gewalt*, Derrida se despide de indiferenciaciones insoportables que, detrás de la supuesta «pureza» o «justicia por esencia» de su estática unidad, esconden una violencia extrema: la soberanía absoluta, el no tener que dar cuenta, el que no haya que justificarse ni de otro, ni frente el otro.

6. COMUNICACIÓN, MEMORIA Y NARRACIÓN, O CÓMO GANAR LA APUESTA DE LA DIFERENCIA

A través del discurso de la diferencia⁶² Derrida introduce uno de los aspectos claves en la moderna relación entre derecho y violencia: el cálculo, en el doble sentido de *tener en cuenta* y de *llevar las cuentas*. Éste requisito, que estimula los dos polos de la relación hacia una toma de conciencia y evaluación recíprocas, adquiere, desde la perspectiva del sistema jurídico⁶³, el significado de instancia del control. Calcular la violencia significa sobre todo localizar su punto de ignición, examinar su virulencia y tratar de sofocarlo mediante específicas prácticas de vigilan-

⁶⁰ *Ibidem.*, p. 50.

⁶¹ DERRIDA, J., *Fuerza de ley*, cit., pp. 137-139.

⁶² No es impropio hablar de diferencia, en vez de *différance*, abordando el discurso derridiano sobre derecho y violencia, puesto que, en este caso, *différance*, antes que todo, es un expediente lingüístico para tratar de manera nueva un antiguo tema.

⁶³ Asumiendo aquí la perspectiva del derecho no quiero decir que la violencia, por su parte, no ejercite ningún control sobre el mismo sistema jurídico. Al revés, la vigilancia y la alerta, en caso de peligro, son actitudes recíprocas dictadas por la misma diferencia, o más bien, por la percepción del otro como amenaza. Todavía, no obstante la reciprocidad de esta actitud cautelosa, debo circunscribir este análisis dentro de lo que es mi competencia, dirigiendo la atención hacia las modalidades a través de las cuales el derecho vigila la violencia e inmuniza la sociedad de la acción destructiva de la fuerza bruta.

cia. Es oportuno precisar que las formas a través de las cuales estas operaciones de control se llevan a cabo, carecen de eficacia represiva y son solo curativas⁶⁴, y en ocasiones apenas paliativas; es decir, no sirven para bloquear la violencia, ni tampoco para eliminarla, sino para gestionarla mediante *programas condicionales* del tipo *si/entonces*⁶⁵, que permiten regular, con certeza, eventuales circunstancias venideras. Tales programas, como serían los textos jurídicos de ordenación de futuros sucesos, que atribuyen consecuencias ciertas a situaciones altamente contingentes, operan al nivel de la jurisdicción orientando la semántica del procedimiento decisonal y canalizan en las salas del tribunal las explosiones de la *vis*. Es decir, por un lado ofrecen indicaciones sobre cómo actuar en caso de violencia –cuáles son las consecuencias a aplicar y los criterios a seguir–; por otro, encomendan al juez el tratamiento/reparación de la misma. Esto significa dos cosas: que los episodios de violencia nunca toman al derecho desprevenido, y que el subsistema judicial⁶⁶ donde aquellos se filtran les reserva un lugar privilegiado y los somete, utilizando una metáfora tomada en prestamo del campo medico-sanitario, a tratamiento clínico obligatorio. Con decir que el derecho nunca se encuentra impróvido ante la violencia, no sostengo que éste sepa siempre cómo abordarla, sino simplemente que, suceda lo que suceda, ha de hacerlo, incluso cuando el caso particular sea reconducible a la categoría de los *hard cases*⁶⁷, o si el sistema mediante inferencias lógicas correctas no conduzca a una decisión unívoca. El derecho moderno debe atender a la violencia, debe tratarla, o sea, debe prescribirla, lo que en nuestro sistema jurídico contemporáneo, es, con categoría de principio, la *prohibición de denegar justicia*⁶⁸. Decidir es el imperativo ético del sistema, su compromiso con la sociedad, o, como lo define Luhmann, una «precaución institucional» que entra en juego cada vez que surgen problemas irresolubles en la valoración normativa y en la interpretación⁶⁹. Hasta en *casos difíciles* es preciso tomar medidas. Por lo tanto, la interpretación de los textos, a los cuales dichos casos remiten, no puede ser ilimitada e ininterrumpida. Aunque fuere posible ampliar la información a fin de

⁶⁴ Acerca de la idea según la cual la cura de la violencia es un privilegio del derecho moderno, véase el trabajo de E. RESTA (*op. cit.*, p. 21), en la parte donde retoma el pensamiento de Girard.

⁶⁵ Sobre la utilización por el derecho de programas condicionales y su inadecuación de ámbito jurídico. LUHMANN, N., *Das Recht der Gesellschaft* (1993), trad. de L. Avitabile, *Il diritto della società*, Torino, Giappichelli, 2012, 563 pp. 182.

⁶⁶ De *sistema parcial diferenciado* del derecho habla Luhmann, refiriéndose a la posición de los tribunales en el sistema jurídico. LUHMANN, N., *op. cit.*, p. 275.

⁶⁷ Para una análisis de las problemáticas generadas por los *hard cases* en los sistemas de *common law*, véase DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 1977, 295 pp. 81-90. Otras especificaciones sobre esta problemática, en referencia a los sistemas de *civil law*, se encuentran en TARUFFO, M., *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, Il Mulino, 2002, 345 pp. 223.

⁶⁸ Sobre la escasa literatura teórico-jurídica entorno al significado estructural de esta forzosidad a decidir. LUHMANN, N., *op. cit.*, p. 286.

⁶⁹ *Ibidem.*, p. 288.

lograr mayor conocimiento, el sistema debe abortar ese proceso de búsqueda y limitarse al saber reunido. Esto significa que los tribunales deben decidir inclusive allí donde no pueden. En presencia de un material insuficiente deben recrear *estándares* de racionalidad sostenibles para llegar a una conclusión, o hacer *como si* existieran. Deben *inventar*⁷⁰, a partir del derecho en vigor, un derecho que aún no existe. Esto impone un cálculo con variables determinables e indeterminables, donde no es el resultado lo que importa, pues este puede cambiar en virtud de sucesivas aclaraciones respecto de una inicial falta de determinación, sino el proceso, el mismo cálculo, o mejor dicho, la decisión de elaborar un cálculo. Con todo, para que el sistema funcione y la diferencia entre derecho y violencia siga asegurándose, no es suficiente con decidir, sino que será necesario *decidir de modo consistente*, o sea, justo⁷¹. La consistencia fragua en el proceso de argumentación, y se logra mediante una conexión razonada de los textos jurídicos que hacen insistencia sobre el caso particular. Esta tiene el carácter de una meditada razonabilidad intertextual y es garantía de una argumentación llevada a cabo dentro de los confines del sistema y libre de prejuicios morales o de otro tipo⁷². Para que se pueda argumentar y, sobre todo, para que se pueda argumentar de forma consistente, es ineludible interpretar previamente los textos disponibles y someterlos a una prueba de comunicación.

Luhmann escribe:

Quando si parla di interpretazione si pensa al comportamento sociale di un lettore che si concentra sul testo e che evidentemente non vuole essere disturbato. Non lo si può coinvolgere nella comunicazione, senza obbligarlo a interrompere la lettura. O legge o prende parte alla comunicazione. Oggi si legge, normalmente, in silenzio. E chi legge per gli altri agisce solo come organo del testo –e non proprio come il suo interprete. Non interessa quello che un lettore pensa nell'interiorità oscura dei suoi pensieri, nel caso in cui prenda tempo per separarsi dal testo. Quando comincia a interpretare, quello che fa è preparare un'argomentazione. Lo può fare se prima simula la comunicazione nella forma di una conversazione con se stesso (non: nella forma di una conversazione con il testo!) o nella forma di pensieri articolati, verbalizzati, come una specie di prova di comunicazione⁷³.

En este sentido, la interpretación consiste en articular argumentos y razones que funcionen desde el punto de vista comunicativo. Mas, ¿cómo y por qué la argumentación jurídica debe funcionar en la comunicación? El porqué es sencillo y tiene que ver con el carácter dispositivo de la decisión judicial. Si juzgar significa incidir sobre la vida de otras personas, es entonces necesario un diálogo cerrado y continuo

⁷⁰ *Ib.*, p. 292.

⁷¹ *Ib.*, pp. 193-215 y 331, sobre la idea de que la justicia se integra de la consistencia de las decisiones.

⁷² *Ib.*, pp. 313-378.

⁷³ *Ib.*, p. 336.

entre quien juzga y quien es juzgado⁷⁴. Interrumpir esta comunicación puede tener consecuencias graves para con la diferencia entre derecho y violencia. El cómo es cuestión más compleja, ya que no implica simplemente la búsqueda de un método, sino que va más allá de las pretensiones de un modelo de argumentación funcional hasta abarcar una perspectiva ampliamente comunicativa. Para que una argumentación se pueda calificar como comunicativa, no es necesario que su destinatario, o alguna otra persona en su lugar (el abogado, por ej., en el caso del cliente procesado en rebeldía) la entienda, sino que sus razones resulten estructuradas de manera que sea posible su comprensión. Entonces, de cara a la funcionalidad en el plano comunicativo, basta con la simple comprensibilidad de los argumentos, siendo la comprensión, por otro lado, una carga y una prerrogativa de la propia comunicación. Y puesto que no puede darse por hecho que todo actor del proceso hable o escriba de manera comprensible, y dado que el carácter policéntrico de la articulación subjetiva del proceso impone una comunicación enfocada a la toma de una decisión consistente, es natural que, en el curso de su evolución, el sistema jurídico se haya dotado de herramientas mediante las cuales potenciar la experiencia comunicativa que se realiza en el proceso argumentativo. Con este objetivo, el derecho parece haber recurrido, tal confirma la literatura reciente en materia de *storytelling*⁷⁵, a la narra-

⁷⁴ *Ib.*, p. 338.

⁷⁵ Entre los escritos más interesantes en materia de *storytelling*, véanse: BROOKS P. & GEWIRTZ P. (ed.), *Law's Stories. Narrative And Rhetoric In The Law*, New Haven y London, Yale University Press, 1996; WEISBERG, R. H., *Poethics and Other Strategies of Law and Literature*, New York, Columbia University Press, 1992; WEST, R., *Narrative, Authority, and Law*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1993; BARON J. B. & EPSTEIN J., «*Is Law Narrative?*», *Buffalo Law Review*, 45, 1997, pp. 141-187; COVER, R. M.; «*The Supreme Court, 1982 Term-Foreword: Nomos and Narrative*», *Harvard Law Review*, 97, 1983, pp. 4-68; BRUNER, J., *La fabbrica delle storie. Diritto, Letteratura, Vita*, Bari, Laterza, 2006; AMSTERDAM, A. G. & BRUNER, J., *Minding the Law*, Harvard University Press, 2000. Para una teorización marcadamente «narrativista» del proceso cfr. González, J. C.; «Coherencia narrativa y razonamiento judicial», *Revista del Poder Judicial*, 25, 1992, pp. 97-102; El Discurso de los hechos. Narrativismo en la interpretación operativa, Madrid, Tecnos, 1993; «Razonabilidad como relato. (Narrativismo en la observancia y divergencia del precedente)», *Revista del Poder Judicial*, 33, 1994, pp. 33-43; Derecho y Narración. Materiales para una Teoría y Crítica narrativista del Derecho, Barcelona, Ariel, 1996; La Justicia como relato. Ensayo de una semionarrativa sobre los jueces, Málaga, Agora, 1996; Verdad [Narración] Justicia, José Calvo González (coord.), Málaga, Universidad de Málaga, 1998; «La verdad de la verdad judicial. Construcción y régimen narrativo», *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 76, 1999, pp. 27-54; «Hechos difíciles y razonamiento probatorio. (Sobre la prueba de los hechos disipados)», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XVIII, 2001, pp. 13-33; «Constitutional Law en clave de teoría literaria: una guía de campo para el estudio», *Law and Literature. ISLL. Italian Societyfor Law and Literature. Papers*, 2009, pp. 1-9; «Hechos como argumentos: teoría narrativista y argumentación jurídica», en Milagros Otero Parga (ed.), *Tópica, Retórica y Argumentación en la Jurisprudencia. Estudios en homenaje a Francisco Puy*, Santiago de Compostela, Universidad de de Santiago de Compostela. Servizo de Publicacións e Intercambio Científico, 2011, pp. 111-121.

ción como mecanismo para la elaboración, desarrollo y difusión controlada del saber jurídico. Aunque el uso de las prácticas narrativas sea concedido a todos los actores del proceso, en cuanto vehículo discursivo sobre los elementos de fácticos y jurídicos en los que se fundamentará la decisión, es claro que pertenece solo al juez el poder de la narración final y que únicamente su relato lleva el sello de la autoridad⁷⁶. Por estas razones, el juez tiene que seguir determinados patrones narrativos, a los que no necesariamente tienen que ajustarse el resto de los *storytellers*. Así, el relato del juez no puede contener lagunas de información que, sin embargo, legítimamente pueden aparecer en otros relatos; ni asumir un punto de vista particular, debiendo reflejar la imparcialidad subjetiva de su posición. Desde esta diferencia, o sea, desde el contraste entre la rigidez del relato del juez y la flexibilidad del de otros, la comunicación obtiene grandes beneficios, porque el carácter abierto de las hipótesis fácticas generalmente elaboradas por los abogados, testigos, peritos, forenses, etc., no solo equilibra el régimen de cierre en el que el juez trabaja durante la reconstrucción del hecho y del derecho, sino que también garantiza la adquisición de un complejo material informativo que, filtrado por versiones diferentes y plausibles de la dinámica de los hechos⁷⁷, ofrece al juez una base para la elección decisiva. La palabra «elección» se ha utilizado aquí de forma impropia, ya que el juez, aunque se valga como *support* para la resolución del caso de uno entre los varios relatos, no se limita a incorporarlo *sic et simpliciter* en la sentencia. Por el contrario, insertándolo en su razonamiento y tratándolo como premisa menor del silogismo judicial que conduce a la decisión⁷⁸, lo pone en diálogo con la premisa mayor y, resemantizándolo a la luz del marco normativo bajo el cual lo subsume, le dota de consistencia y coherencia. De ello se desprende que el relato decisivo es «otro» respecto de los relatos que ingresaron al proceso, y que su autoridad se basa en dos pilares: el intercambio comunicativo desde el que se origina, y la memoria o referencia al derecho vigente (reglas, principios, doctrina) a través de la cual alumbraba zonas que estaban en la penumbra informativa y sutura fragmentos comunicacionales.

Dada la importancia que aquí adquieren los conceptos de comunicación y memoria, creo oportuno aclarar brevemente su historia y el

⁷⁶ Scarpelli se centra en el carácter impositivo de la *res iudicata*, escribiendo: «Con la sentenza definitiva [...] l'autorità impone il suo sigillo sulla verità. Chiuso il giudizio, la verità resta stabilita dall'autorità con la sua decisione. Le eccezioni son poche e gravi, circoscritte alla tardiva emergenza di prove forti, e comunque destinate a concludersi con un nuovo sigillo d'autorità». SCARPELLI, U., «Auctoritas non veritas facit legem», en AA. VV., *Linguaggio, persuasione, verità*, Padova, Cedam, 1984, p. 137.

⁷⁷ En cuanto a la idea de que la sentencia no se basa en hechos brutos, sino bien en una reelaboración de los mismos, conducida a través del *medium* de la narración; CALVO, J., *El Discurso de los hechos*, op. cit., pp. 23-43.

⁷⁸ En la cultura jurídica moderna, a partir de BECCARIA, una decisión jurisdiccional se considera fundada y por ello tal, si es inferida lógicamente desde una norma general en unión con un enunciado factual. GUASTINI, R., *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011, 453 pp. 256.

sentido peculiar con el que circulan en este texto. La palabra comunicación proviene del antiguo adjetivo griego *κοινός* que, con referencia a las cosas, tiene el significado de común, público, que pertenece a todos, mientras que, con referencia a las personas, adquiere el de participe, y también de la misma origen o raza. Retomada por el latín, la raíz griega *κοιν* se convierte en *cum* y en unión al sustantivo *munus* (oficina), da lugar al adjetivo *communis*, esto es, «que cumple su tarea (*munus*) junto (*cum*) a los demás, consiguiendo beneficios». Del adjetivo *communis* derivan, en el latín tardío, las palabras *commune*, *communitas*, *communicare* e *communicatio*. El sentido original de participación y intercambio humano, que está a la base del concepto de comunicación y se deduce claramente de su raíz etimológica, se sustituye en la modernidad por otro, más genérico, de *transmisión de ideas y pensamientos*. El cambio semántico tiene lugar alrededor de la segunda mitad del siglo XX, cuando, en los laboratorios de la *Bell Telephone Corporation*, los estadounidenses Claude E. Shannon y Warren Weaver formulan la primera teoría de la comunicación. Según su modelo, un sistema de comunicación se compone de una fuente de información, un mensaje, un codificador, una señal, un canal físico a través del cual el mensaje se transmite en forma cifrada, un decodificador que reconvierte la señal en el mensaje original, y de un receptor de la información. En una llamada telefónica, por ej., la persona que llama es la fuente; la conversación el mensaje; las partes del teléfono que convierten las ondas sonoras en oscilaciones de la corriente eléctrica y viceversa el codificador y el decodificador; los cambios en la tensión eléctrica la señal; los cables eléctricos el canal; quien recibe la llamada el destinatario. A pesar del contexto específico en el que la teoría nace, sus implicaciones aprovechan en una amplia gama de disciplinas (biología, psicología, sociología, semiótica, informática, etc.), lo que lleva a la generalización de una idea sectorial de la comunicación como transmisión de informaciones⁷⁹. No es en este sentido que aquí se utiliza el concepto de comunicación. La ontología y el carácter unidireccional que marcan ese concepto no reproducen adecuadamente la lógica constructiva y participativa de la argumentación⁸⁰.

La metáfora de la transmisión sugiere la imagen de un intercambio material entre emisor y receptor, donde la información, en lugar de ser el producto del proceso de comunicación, transita en el mismo como un dato independiente, adquirido desde fuera y siempre idéntico a sí mismo. O sea, se considera que la sociedad posee un bagaje desde el

⁷⁹ CALABRO, F., *Incertezza e vincolo. Il racconto del diritto nel pensiero di Niklas Luhmann*, Lecce, Pensa MultiMedia, 2007, 264 pp. 13.

⁸⁰ Para un análisis detallado de esta lógica, aunque limitada a una fase específica del proceso argumentativo como es la alegación de los hechos, CALVO, J., *El Discurso de los hechos*, *op. cit.*, pp. 23-43. CALVO llama en especial la atención sobre el carácter negativo de la participación, destacando la intención voraz y destructiva que anima toda construcción de los hechos al tratar de devorar la adversaria.

que emisor y receptor extraen informaciones, y que el aumento, la reducción y el contenido de la información misma son independientes del evento comunicativo. Esta construcción concibe la comunicación como un espacio de transferencia de mensajes producidos en otro lugar (que, además, no está especificado) antes que como una fábrica de información. Entiende, asimismo, la emisión del mensaje como el momento central de la comunicación y exige requisitos específicos de habilidad solo por parte del emisor. Si éste transmite la información correctamente, en ausencia de ruido en el canal de transmisión, la comunicación puede considerarse exitosa. La posición del receptor es marginal. Él solo tiene que decodificar el mensaje para disponer de la misma noticia que se presume posee el remitente. Es obvio que en este esquema falta una dimensión participativa. Y es igualmente claro el hecho de que esa ausencia hace que el acceso a la información sea tan libre como al mismo tiempo bloqueado. Cualquiera puede tener la información, todo el mundo puede transmitirla y recibirla. Pero, dónde se produce, quién o qué la fórmula, en qué parte de la sociedad se encuentra, si existe un espacio así, cuál es su fuerza motriz, qué la hace circular y que nunca se detenga y/o agote. A estas preguntas las teorías de la comunicación basadas en la metáfora de la transmisión no dan respuestas; limitándose simplemente a potenciar los aspectos técnicos de la comunicación dan de lado los problemas de fondo, que a menudo requieren valoraciones políticas incómodas. Por lo tanto, me alejo de esa posición y acojo aquí la definición de comunicación tal y como se formula en el contexto de la teoría de sistemas. Ésta se refiere a un proceso selectivo de información, iniciado por un sistema social en la interacción con otros sistemas y dirigido al control de la consistencia interna mediante negociaciones de sentido, y a la producción de suficiente redundancia para impedir que la comunicación se cuestione continuamente y deba comenzar cada vez de cero⁸¹.

La comunicación es, escribe Luhmann, un proceso de continuo cambio de los materiales formales portadores de sentido, un proceso de conversión de libertad en libertad, acompañado por el cambio de los condi-

⁸¹ Cfr. BAECKER, D., «*Why Systems?*», *Theory Culture & Society*, 18 (2001), pp. 59-74. Según Baecker tanto el concepto de sistema como la idea de una teoría de sistemas, están relacionados con el intento de la sociedad moderna de controlar su saber a través de la comunicación. Dado que el conocimiento no se produce a través del descubrimiento de causalidades predeterminadas, sino en virtud de la atribución de ciertas causas a ciertos efectos por parte de un observador, el saber mismo debe ser controlado a través de la exposición de cada una de sus adquisiciones a la observación de otros observadores. Esta exposición se logra a través de la comunicación, o en otras palabras, mediante la negociación de significado. La información aquí es solo una propuesta de sentido, y de su aceptación o rechazo en el intercambio comunicativo dependen respectivamente la consolidación del antiguo saber o el desarrollo de nuevos horizontes de sentido. Así que «*any control is an act of communication and can only be successful to the extent that communication is successful*».

cionamientos⁸². Ésta no consiste en mera emisión y recepción de informaciones extraídas de un contenedor y trasegadas a otro, sino en la elaboración de contenidos de sentidos que son, ante todo, propuestas de significado y, como tales, pueden ser aceptadas o rechazadas. Podemos definir como estado elemental de comunicación el que se inicia a partir de una unidad de negación. Cada frase, cada solicitud abre muchas posibilidades de negación: no esto, sino aquello; no así; no ahora; etc... Estas posibilidades permanecen abiertas como remisiones a contenidos de sentido mientras el destinatario de la comunicación no reaccione. Sólo la reacción realiza la comunicación⁸³. En el lenguaje de la teoría de los sistemas, los que toman parte en el proceso comunicativo se denominan *observadores*. Observador es cualquier sistema que utiliza una distinción específica (por ej., sistema/entorno, verdadero/falso, lícito/ilícito,...) para construir un entramado de más distinciones, desde el que obtiene informaciones mediante progresiva selección de uno de los polos de cada par. La observación es la operación característica de los sistemas de sentido, la cual les permite remitir a otras posibilidades además del dato, de tiempo en tiempo actualizado⁸⁴. A través de esta modalidad operativa algo viene seleccionado en la comunicación, se convierte en objeto de atención, y de simple propuesta de significado se transforma en sentido actualizado. La parte del distingo no seleccionada y excluida del sistema, no se pierde, sino que circula en el ambiente como posibilidad no actualizada, como horizonte de significado a disposición de otros observadores. Esto significa que el sentido excluido por una determinada observación se reintroduce en el circuito comunicativo y puede constituir objeto de otras observaciones. Observar, por tanto, no implica una diferencia entre sentido y sin-sentido, sino la diferencia entre actualidad y posibilidad, y el observador no es quien descubre el sentido, sino que lo construye usando distinciones que están expuestas a nuevas observaciones y a otros observadores. La teoría narrativista del derecho llama *narrador* al sistema que observa, *relato* al sentido actualizado por el observador y *narración* al medium utilizado por la comunicación para la elaboración, control y difusión de los relatos.

He dicho que memoria es otro concepto clave, y será oportuno detenerse en él. Memoria, del griego *μνήμη*, que indica la posibilidad de disponer del conocimiento pasado, se refiere a dos fases distintas: el almacenamiento o la retención y el recuerdo. Según esta distinción, ya detectable en Platón, quien habla respectivamente de «conservación de la sensación» y de «reminiscencia» (*Filebo*, 34 a. C), la memoria nace de una relación directa con el exterior, primero; y desde un

⁸² LUHMANN, N., *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie* (1984); trad. de A. Febbrajo y R. Schmidt, *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, Bologna, Il Mulino, 1990, 761 pp. 264.

⁸³ *Ibidem.*, p. 270.

⁸⁴ Cfr. BARALDI C., CORSI G., ESPOSITO E.; *Luhmann in glossario. I concetti fondamentali della teoria dei sistemi sociali*, Milano, FrancoAngeli, 1996, 254 pp. 163-164.

acceso al pasado, luego. Memoria se produciría, tanto en los individuos como en la sociedad, mediante la conservación de las imágenes, que son imágenes de eventos externos y de su llamada o reactivación en el presente. En este sentido, se piensa como *memoria* un dispositivo de almacenamiento de informaciones, de representaciones del entorno, reactivables en cualquier momento⁸⁵. No es de este modo que utilizo aquí el término memoria, ya que, también en este caso, esa definición clásica contiene una sobredosis de ontología, inconciliable con los resultados obtenidos en la materia por disciplinas como la neurociencia y la psicología, donde se ha demostrado que el ambiente no contiene ninguna información, y que «lo que es accesible para el sistema nervioso en cualquiera de sus partes son solo estados de actividad relativa entre células nerviosas, las cuales constituyen los estados de actividad relativa a los que reaccionan»⁸⁶. Por tanto, es impropio hablar de memoria como depósito de material informativo que se puede retomar en diferentes ocasiones.

Cómo precisa Luhmann:

Aquí no debe hablarse de memoria en el sentido de un posible regreso al pasado, ni tampoco en el sentido de un almacén de datos o informaciones a los cuales puede recurrirse cuando surge la demanda. Más bien se trata de una función que se utiliza de manera incesante –aunque siempre en el presente– que verifica la consistencia de todas las operaciones que suceden en vista de lo que el sistema construye como realidad. En nuestro ámbito temático estas operaciones son comunicaciones –y no hay cambios de estados neurobiológicos de cerebro, ni tampoco de lo que una conciencia particular se hace consciente. Por eso, la función de la memoria consiste en garantizar los límites de las posibles pruebas de consistencia, y en liberar a la vez capacidad de procesar información con el fin de que el sistema se abra a nuevas irritaciones. La función principal de la memoria reside, pues, en olvidar, en evitar que el sistema se bloquee a sí mismo a causa de una coagulación de los resultados de observaciones anteriores⁸⁷.

Memoria es aquí el *modus operandi* de un sistema que procesa sentido mediante observaciones que reproducen constantemente la distinción entre recordar y olvidar⁸⁸. Esto hace que sea posible, a través del olvido del sentido no seleccionado, la construcción de constantes, de identidades, de suficientes redundancias para el tratamiento consistente del caso. Memoria es la función que acompaña las observaciones del

⁸⁵ Por una crítica de esta posición DE GIORGI, R., «Memoria del diritto», en *Temidi filosofia del diritto*, Lecce, Pensa MultiMedia, 2006, 233 pp. 153.

⁸⁶ Así U. MATURANA, *cit.* por R. DE GIORGI en *Memoria del diritto*, *cit.*, p. 154.

⁸⁷ LUHMANN, N., *Die Gesellschaft der Gesellschaft* (1997), trad. de J. Torres Nafarrate, *La sociedad de la sociedad*, México, Herder, 2007, 954 pp. 457.

⁸⁸ DE GIORGI, R.; *op. cit.*, pp.155-162.

sistema y asegura un control persistente de su consistencia⁸⁹. No tiene nada que ver con las huellas que los eventos se supone que pudieran dejar en los sistemas individuales de conciencia, porque los acontecimientos no dejan huellas; estos son siempre construcciones de observadores y entran en la comunicación como productos de la misma comunicación, y no como duplicados de datos externos. Memoria, entonces, es un logro de las operaciones de comunicación, el resultado de su recursividad⁹⁰. Ella surge por el hecho de que, en la construcción de nuevo sentido, la comunicación tiene que volver sobre sí misma, hacerse presente, con el fin de examinar las propuestas de significado disponibles y ponderar la selección futura. Memoria, pues, no es un retorno al pasado, sino un pliegue sobre el presente. Lo que hace la memoria es construir el pasado enlazando diferentes estados del sistema, relevantes para la siguiente observación. En este sentido, la memoria no es la reactualización del pretérito, sino una forma de organizar el acceso a la información⁹¹. Es esta organización, y no lo que realmente sucedió en el pasado, la que determina las elecciones futuras. A la luz de estas contribuciones, que proceden todas de la teoría de los sistemas, considero la comunicación como el momento de apertura cognitiva que anima la fase de investigación del juicio, y asimismo la memoria como el momento de cierre operativo que conduce a la decisión. Si bien la comunicación introduce en la reconstrucción del caso suficiente variedad y asegura al relato del juez una ventaja cuantitativa, la memoria, no obstante, vincula la narración decisiva al derecho vigente y le confiere así una ventaja cualitativa. La no-combinación de estos dos ingredientes, o un desequilibrio de dosificación, cuestiona la autoridad de lo que, en palabras de Calvo, sería la *gran narrativa del derecho*⁹². En efecto, un derecho que no comunica, ni tiene suficiente memoria para decidir de manera consistente, se convierte fácilmente en una realidad «kafkiana», en la cual el acusado nunca llegará a conocer su culpa y el acceso a la Ley —o sea, a la memoria del sistema jurídico— siempre estará diferido.

La desinformación y la incertidumbre, que siguen a esa realidad, producen en la sociedad un sentimiento de desconfianza hacia el derecho que, a lo largo del tiempo, reaviva la llama de la violencia: por un lado, los ciudadanos atacarán el derecho debido a su impenetrabilidad e imprevedibilidad; por otro, el sistema, sintiéndose atacado, se defenderá con todos los medios a su disposición, violencia incluida. Está claro que, en este estado de irritabilidad por ambos lados, será imposible apostar sobre la diferencia entre el derecho y la violencia, dado que allí el recurso a la fuerza representará la regla y la ley quedará suspensa hasta nueva cita.

Fecha de recepción: 31/03/2015. Fecha de aceptación: 31/10/2015.

⁸⁹ *Ibidem.*, p. 156.

⁹⁰ LUHMANN, N., *La sociedad de la sociedad*, cit., p. 461.

⁹¹ LUHMANN, N., *Il diritto della società*, cit., p. 104.

⁹² CALVO, J., *El Discurso de los hechos*, cit., p. 43.

