

Soft Power

Revista euro-americana de teoría e historia de la política y del derecho

Volumen 5, número 2, julio-diciembre, 2018

Soft Power

Revista euro-americana de teoría e historia de la política y del derecho

Volumen 5, número 2, julio-diciembre, 2018



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia
Vigilada Mineducación



UNIVERSITÀ DEGLI
STUDI DI SALERNO

 Planeta



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia
Vigilada Mineducación

PRESIDENTE

Édgar Gómez Betancourt

DECANO

Germán Silva García

VICEPRESIDENTE-RECTOR

Francisco José Gómez Ortíz

VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

Édgar Gómez Ortíz

**VICERRECTOR JURÍDICO
Y DEL MEDIO**

Edwin Horta Vásquez

DECANO ACADÉMICO

Elvers Medellín Lozano

SOFT POWER

REVISTA EURO-AMERICANA DE TEORÍA E HISTORIA DE LA POLÍTICA Y DEL DERECHO

www.softpowerjournal.com

DIRECTOR

Laura Bazzicalupo, Ph. D., Università degli Studi di Salerno

COMITÉ CIENTÍFICO

Vittoria Borsò, Ph. D., Universität Düsseldorf

Giuseppe Cacciatore, Ph. D., Università degli Studi di Napoli "Federico II"

Roberto Esposito, Ph. D., SUM - Istituto Italiano di Scienze Umane

Maria Rosaria Ferrarese, Ph. D., Università degli Studi di Cagliari

Simona Forti, Ph. D., Università degli Studi del Piemonte Orientale

Patrick Hanafin, Ph. D., Birkbeck, University of London

Daniel Innerarity, Ph. D., Universidad del País Vasco

Thomas Lemke, Ph. D., Goethe-Universität, Frankfurt am Main

Víctor Martín Fiorino, Ph. D., Universidad Católica de Colombia

Ottavio Marzocca, Ph. D., Università degli Studi di Bari

Alfio Mastropaolo, Ph. D., Università degli Studi di Torino

Paolo Napoli, Ph. D., École des Hautes Études en Sciences Sociales, Paris

Antonio Scocozza, Ph. D., Università degli Studi di Salerno

José Antonio Seoane, Ph. D., Universidad de La Coruña

José Luis Villacañas, Ph. D., Universidad de Madrid

Giuseppe Zaccaria, Ph. D., Università degli Studi di Padova

CONSEJO EDITORIAL

Francesco Amoretti, Ph. D., Università degli Studi di Salerno

Dimitri D'Andrea, Ph. D., Università degli Studi di Firenze

Antonio Tucci, Ph. D., Università degli Studi di Salerno

Salvatore Vaccaro, Ph. D., Università degli Studi di Palermo

EDITOR

Valeria Giordano, Ph. D., Università degli Studi di Salerno

COEDITOR

Carmen Scocozza, Ph. D., Universidad Católica de Colombia



UNIVERSITÀ DEGLI
STUDI DI SALERNO

RECTOR
Aurelio Tommasetti

DIRECTOR (DISPSC)
Annibale Elia

PRO-RECTOR
Antonio Piccolo

DECANO
Adalgiso Amendola

COMITÉ EDITORIAL

Renata Badii, Ph. D., Università degli Studi di Firenze
Giovanni Bisogni, Ph. D., Università degli Studi di Salerno
Matthew D'Auria, Ph. D., University College London
Marianna Esposito, Ph. D., Università degli Studi di Salerno
Giuseppe Micciarelli, Ph. D., Università degli Studi di Salerno
Lucia Picarella, Ph. D., Universidad Católica de Colombia
Emma Russo, Ph. D., Università degli Studi di Salerno
Mathias Saidel, Ph. D., Universidad del Salvador de Buenos Aires
Mauro Santaniello, Ph. D., Università degli Studi di Salerno
José Vicente Villalobos Antúnez, Ph. D., Universidad del Zulia
Stefania Leone, Ph. D., Università degli Studi di Salerno
Flor María Ávila Hernández, Ph. D., Universidad Católica de Colombia

Università degli Studi di Salerno
Via Giovanni Paolo, II, 132
84084 Fisciano (SA) Italia
vgiordano@unisa.it
softpower.journal@gmail.com

DISEÑO
Haidy García Rojas

Universidad Católica de Colombia
Avenida Caracas # 46-72. Piso 9
Bogotá, Colombia
ediciones@ucatolica.edu.co

CORRECCIÓN DE ESTILO
Ánderson Villalba

IMPRESOR
Editorial Planeta Colombiana S. A.

© Università degli Studi di Salerno
© Universidad Católica de Colombia, Maestría Internacional en Ciencia Política
© Editorial Planeta Colombiana S. A., Bogotá, D. C., 2018

Primera edición: diciembre de 2018

ISSN: 2389-8232

Revista certificada por la *Agenzia Nazionale di Valutazione del Sistema Universitario e della Ricerca* (ANVUR).
Todos los ensayos publicados en este tomo son evaluados con un procedimiento de *blind peer reviewed*.
Ninguna parte de esta publicación puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea electrónico, químico, mecánico, óptico, de grabación o fotocopia, sin permiso previo del editor.
El editor agradece a la Universidad Católica de Colombia, Maestría Internacional en Ciencia Política; a la Università degli Studi di Salerno, Dipartimento di Scienze Politiche, Sociali e della Comunicazione, y a la Fondazione I.S.LA. per gli Studi Latinoamericani Salerno – Bogotá el apoyo institucional para la edición de esta obra.

CONTENIDO

EDITORIAL	
DEMOCRACIA, PLURALISMO Y “ENFORCEMENT” DE LOS DERECHOS	11
DEMOCRACY, PLURALISM AND ENFORCEMENT OF RIGHTS	
Valeria Giordano (Università degli Studi di Salerno)	
DOI: 10.17450/180201	
¿ DE LOS DERECHOS A LOS DEBERES? UNA PRIMERA APROXIMACIÓN	19
FROM RIGHTS TO DUTIES? A FIRST APPROXIMATION	
Francisco Javier Ansuátegui Roig (Universidad Carlos III de Madrid)	
DOI: 1017450/180202	
EL PARADÓJICO PODER DE LAS INSTITUCIONES POLÍTICAS Y EL PENSAMIENTO POLÍTICO LATINOAMERICANO	35
THE PARADOXICAL POWER OF POLITICAL INSTITUTIONS AND THE LATIN AMERICAN POLITICAL THOUGHT	
Pablo Guadarrama González (Universidad Católica de Colombia)	
DOI: 10.17450/180203	
CONFLICTOS IDENTITARIOS	61
IDENTITY CONFLICTS	
Baldassare Pastore (Università degli Studi di Ferrara)	
DOI: 10.17450/180204	
THE POPULIST DISRUPTION: JURIDICO-POLITICAL REFLECTIONS ON DEMOCRACY, LAW AND RIGHTS	79
Peter Langford (Edge Hill University)	
DOI: 10.17450/180205	

**PLURALISM AND SOCIAL LAW THEORY FROM A
LATIN-AMERICAN PERSPECTIVE** **99**

Antonio Carlos Wolkmer (UNESC-SC and UNILASALLE-RS)

DOI: 10.17450/180206

**EN EL UMBRAL DE LA MODERNIDAD. HUMANIDAD,
DERECHOS, CONQUISTA** **115**
**ON THE THRESHOLD OF MODERNITY. HUMANITY,
RIGHTS, CONQUEST**

Luca Baccelli (Università di Camerino)

DOI: 10.17450/180207

EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y SU CRISIS **137**
THE CONSTITUTIONAL STATE AND ITS CRISIS

Vincenzo Omaggio (Università degli Studi Suor Orsola Benincasa)

DOI: 10.17450/180208

PLURALISMO Y DEMOCRACIA: EL NEO/NUEVO **157**
CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO
PLURALISM AND DEMOCRACY: THE LATIN AMERICAN
NEO/NEW CONSTITUTIONALISM

Lucia Picarella (Universidad Católica de Colombia)

DOI:10.17450/180209

BUILDING THE LAW. WILL, NORM AND INSTITUTION **175**
AFTER MODERN AGE

Carmelo Nigro (Università degli Studi di Salerno)

DOI:10.17450/180210

ARTÍCULOS	189
GENDER EQUALITY, RIGHT TO LIFE AND PRATICAL REASON: WHAT ABOUT THE FROZEN EMBRYOS?	191
Aránzazu Novales Alquézar (Universidad de Zaragoza, Spain) DOI:10.17450/180211	
NOTAS Y DISCUSIONES	211
EL INCIDENTE INCOSPICUO THE INCONSPICUOUS INCIDENT	213
Alberto Moreiras (Texas A&M University) DOI: 10.17450/180212	
WHY BOTHER WITH THE INFRAPOLITICAL? A QUESTION OF (JUST) EXISTENCE	221
Gareth Williams (The University of Michigan) DOI:10.17450/180213	
NOTAS SOBRE EL PARADIGMA INFRAPOLÍTICO NOTES ON THE INFRAPOLITIC PARADIGM	231
Massimo Villani (Università degli Studi di Salerno) DOI: 10.17450/180214	
SOBRE LA REVISTA	240
ABOUT THE JOURNAL	241
NORMAS PARA LOS AUTORES DE LA REVISTA	243
EDITORIAL RULES FOR AUTHORS	246
CODIGO DE ÉTICA	249
CODE FOR ETHICS	253

Valeria Giordano. Titular del Dipartimento di Scienze Giuridiche de la Università degli Studi di Salerno. Enseña Teoría General del Derecho y Teoría del Derecho y de la Argumentación.

Se ha ocupado de los temas de el positivismo jurídico, de el neconstitucionalismo, de la argumentación jurídica, de la democracia y de la globalización. Es autora de: *Il positivismo e la sfida dei principi* (Esi, Napoli, 2004); *Modelli argomentativi delle teorie giuridiche contemporanee* (Esi, Napoli, 2008); *Razionalità del diritto e poteri emergenti* (Giappichelli, Torino, 2013) junto con A. Tucci; *Judicial Decision Making. Artificio, razionalità, valori* (Giappichelli, Torino, 2017) junto con P. Langford. Su libro más reciente dedicado al tema del cuerpo se titula *Le regole del corpo. Costruzioni teoriche e decisioni giudiziarie* (Giappichelli, Torino, 2018).

Contacto: vgiordano@unisa.it

DEMOCRACIA, PLURALISMO Y “ENFORCEMENT” DE LOS DERECHOS

Valeria Giordano

Università degli Studi di Salerno

DEMOCRACY, PLURALISM AND ENFORCEMENT OF RIGHTS

DOI:1017450/180201

Este número de *Soft Power* recoge algunas de las numerosas inspiraciones teóricas emergidas con ocasión del Congreso de Teoría y Sociología del Derecho, organizado en Salerno por la Università degli Studi di Salerno y la Universidad Católica de Colombia del 18 al 20 de septiembre de 2017.

En efecto, durante esas jornadas se plantearon muchos y profundos interrogantes sobre la crisis de las categorías jurídico-políticas tradicionales, cruzada por las democracias actuales que pusieron de manifiesto la necesidad de elaborar nuevos imaginarios para el léxico de los derechos, demasiado a menudo envuelto en un alcance retórico que frena su carga emancipadora. Hoy día, esa emancipación está indudablemente caracterizada por caminos discontinuos y equilibrios inestables que manifiestan la progresiva fragmentación de los derechos en el interior de modalidades de fruición *à la carte*

(Ferrarese, 2006; Rodotà, 2006), y que revelan un debilitamiento de los mecanismos de protección y garantía de los ciudadanos al que, a su vez, se añaden una deflación de los instrumentos de representación política y una erosión progresiva de la fuerza normativa de las Constituciones, en un circuito jurisdiccional de tipo supra y transnacional. En este se destaca la dificultad de coincidir en cuestiones éticamente controvertidas, lo cual convierte en enigmática la previsibilidad de una reglamentación jurídica basada en la especificidad del caso concreto, en un contexto en que proliferan impetuosamente fuentes de producción normativa entre sistemas *multilevel governance* de tipo público-privado.

En este sentido se ha hablado de un pluralismo jurídico que, al desquiciar la imagen monolítica del derecho en un cruce vital entre normas, procedimientos y valores, pone al descubierto las insidias hoy día escondidas en el reconocimiento del derecho (Catania, 2013) y que entrega la carga de complejidad de los procesos de resemantización de los derechos. Muy a menudo, hoy en día esos derechos desembocan en la gobernanza global, fragmentados o negados totalmente a lo largo de los caminos dibujados por transiciones económicas y equilibrios políticos precarios. Esos derechos se hallan cada vez más suspendidos en las mallas de una red transnacional que vuelve opacas sus modalidades de experimentación, relegándolas —en la erosión de la representación política— en el circuito jurisdiccional, en un equilibrio muy débil entre control y balance de los poderes cada vez más lejano del modelo tradicional de *check and balance* (Giordano, 2018).

En efecto, en la relación tradicional entre derechos y poderes, el fatigoso proceso democrático que había estado caracterizado por la legitimación de la representación y del control parece vaciarse progresivamente de sentido. La ampliación del área de la vulnerabilidad de masa, la difusión de un género inédito de inseguridad que instaura regímenes provisionales de existencia, la contracción de las capacidades individuales y colectivas de los sujetos amenazada cada vez más a menudo por una inserción inestable en el interior de los principales sistemas de integración de los recursos, implican la transición de un estado de relativa estabilidad a uno de ordinaria inseguridad derivante del debilitamiento de las principales instituciones de la sociedad —del mercado laboral a la familia— que registran flexibilidad y precariedad crecientes (Bodei, 2014; Castel, 2004; Negri-Saraceno, 2003; Ranci, 2002).

Por lo tanto, se hace patente una deflación de los mecanismos de protección y garantía de los ciudadanos a la que se añade una reducción de las formas de participación en las instituciones políticas, que marca un corte neto entre política y sociedad, en las

formas de un cambio genético de la política (Preterossi, 2015) y en aquellas del renacimiento de un populismo que se considera como fenómeno para nada antipolítico, edificado sobre la evanescencia del confín normal/patológico (Villacañas, 2017).

Lo que señala la crisis de legitimidad de los ordenamientos políticos es la dificultad de configurar el espacio público frente a la emergencia de una heterogeneidad social, es decir, frente a la poderosa presencia de reivindicaciones y pretensiones de una sociedad diferenciada y fragmentada. Es una explosión de lo múltiple, que se caracteriza por la copresencia en la vida social de intereses polifacéticos y diversificados, de diferentes culturas e identidades que impiden la *reductio ad unum* de los variados aspectos de la experiencia en un muy complicado equilibrio que se mueve en una lucha constante por el reconocimiento jurídico (tema al que se dedica el ensayo de Pastore).

Similar complejidad de lo social revela una crisis de aquel universo liberal democrático que parece quedarse frío ante las preguntas al plural e incapaz de tomar en serio la dimensión transversal del miedo o —lo que es lo mismo— la pérdida de confianza respecto de la representación política por parte de un tejido social atravesado por un continuo riesgo sistémico.

El populismo (al cual está dedicado el ensayo de Langford) aparece indudablemente una categoría difícilmente declinable desde el punto de vista semántico, puesto que no se trata de un fenómeno que se puede circunscribir a través de la dicotomía derecha/izquierda o mediante las categorías del pensamiento político tradicional, sino más bien de una lógica social que explica efectos múltiples y diversificados. Así las cosas, es una nueva manera de construir lo político, ya sea en las formas de un significativo vacío que remite a una identidad de pueblo entendido como horizonte de sentido y no fundamento (Laclau, 2005), o declinado en los términos de una ideología comunitarista, no individualista (Zanatta, 2013) que, en definitiva, cancela la dialéctica de la razón ilustrada (Villacañas, 2017).

Más que un concepto político, es una práctica de agregación que incorpora la vida sin transformarla en una representación identitaria (Bazzicalupo, 2016) y que remite inevitablemente —tal y como se destaca en el ensayo de Langford— a la relación tradicional entre derecho y violencia y, aún más, entre derecho y moral.

Desde este punto de vista, la profunda erosión del *framework* jurídico-político cruza las categorías de solidaridad y *commons*, abriendo los confines de una reconceptualización teórica del populismo que supere su interpretación "exclusivista" y que se exceda de las geometrías tradicionales del pensamiento político contemporáneo, anclado a la cuestión candente de la representación política (Caramani, 2017) (Heinisch & Mazzoleni, 2016; Mudde, 2014). Es un populismo *inclusivista*, de pura estrategia defensiva, que

parte de la primacía del derecho y de la revalorización de las instituciones del constitucionalismo contemporáneo y del Estado social, a partir de la recuperación de aquel léxico de derechos “indecidibles” e indisponibles en los que se fundamenta la tradición liberal. En efecto, si la crisis del movimiento de integración de las clases más pobres en el modelo democrático, junto con los procesos de deformalización de la política, han sancionado la decadencia imparable del Estado social (aspecto central en el ensayo de Omaggio), y el recurso en el ámbito europeo y supranacional —también por lo que a la interpretación y aplicación de los textos fundativos se refiere— al concepto de *rule of law* parece más adecuada —para afrontar los desafíos de la globalización, en virtud de su innata propensión jurisdiccional— la sensación de desorientación que envuelve el discurso sobre los derechos en un espacio totalmente transformado que pone de manifiesto su matriz esencialmente cultural y política.

En efecto, la constitucionalización de los derechos, entendidos como la razón de ser del sistema político (como se indica en el artículo por Ansuátegui) no puede sino hacer reflexionar sobre las relaciones complejas entre derecho-moral-política, relaciones que la erosión progresiva de su función limitativa del poder político y la crisis de la política constitucional democrática convierten en extremadamente espinosa y, por lo general, ofuscada por un alcance retórico que confirma la impresión de que el universalismo, más allá de la reivindicación originaria y simbólica, en realidad es una promesa fallida.

Este aspecto pone de manifiesto la necesidad de reconceptualizar los derechos (tal y como se destaca en el ensayo de Ansuátegui) respecto de la relevancia teórica atribuida en el debate reciente a una ética de los deberes (Zagrebelsky) capaz de superar —con relación al problema de las generaciones futuras— la espinosa cuestión de la no existencia de los sujetos y de la no experimentabilidad de los derechos. Es un pasaje no exento de riesgos complejos, que configuraría un regreso al modelo del Estado legislativo en un momento caracterizado por la crisis de la forma y de la pluralización de las fuentes de producción normativa y que inevitablemente, en mi opinión, correría el riesgo de esconder el carácter performativo del léxico de los derechos respecto de una realidad social a construir y reglamentar, y que acabaría relegando los deberes a un ámbito exclusivamente moral.

Es indudable que el lenguaje de los derechos está caracterizado por un excedente semántico respecto de aquel de los deberes independientemente de su representación teórica, ya sea si se definen en clave institucionalista, pluralista, o en términos de deberes, y la reconducción a una lógica deóntica fuerte en un momento caracterizado por la crisis de la mediación política de las democracias globales acabaría devaluando el

alcance normativo realizado a través de prácticas elaboradas en las formas de las reivindicaciones de los derechos.

Es un vínculo entre pluralismo y teoría social del derecho que se ya se ha revelado indispensable en los procesos de descolonización de América Latina a través de la aparición de una nueva forma de constitucionalismo pluralista, particularmente difundido en Ecuador y Bolivia (tema central en el ensayo de Wolkmer) y que ha sido fundamental para configurar un modelo político nuevo, reconocido en forma constitucional, con carácter plural, intercultural y participativo. En efecto, si América Latina siempre ha sido un laboratorio permanente de muestra de las ignominias sobre la población debidas a los cambios de instituciones (este punto está subrayado en el artículo de Guadarrama) y el debate sobre la Conquista pone de manifiesto aspectos paradójicos tanto del universalismo como del particularismo de los derechos (como se puede ver en el ensayo de Baccelli), la actual crisis de legitimidad democrática marca la necesidad de volver a pensar en formas de ciudadanía activa (a quien está dedicado el ensayo de Picarella) que valoricen las diferencias interculturales que generan fuertes y múltiples conflictos (aspecto central en Pastore) en un cuadro pluralista dirigido a una construcción social del derecho (como se puede ver en el ensayo de Nigro) *bottom up*.

Traducción del italiano de M. Colucciello

Referencias

- Bazzicalupo, L. (2016). Populismo y liberalismo: la pretension de la immanencia. *Soft Power. Revista euro-americana de teoría y historia de la política y del derecho*. 4 (2), pp.55-70.
- Bodei, R. (2014). *Immaginare altre vite. Realtà, progetti, desideri*. Feltrinelli: Milano.
- Caramani, D. (2017). Will vs. Reason: The Populist and Technocratic Forms of Political Representation and Their Critique to Party Government. *American Political Science Review*, 111(1), 54-67.
- Castel, R., (2004). *L'insicurezza sociale. Che significa essere protetti?* Torino: Einaudi, 2004.
- Catania, A. (2013) Diritto positivo ed effettività, en V. Giordano, A. Tucci (eds.), *Razionalità del diritto e poteri emergenti*, Giappichelli, Torino.
- Ferrarese, M.R. (2006). *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*.

- Roma-Bari: Laterza.
- Heinisch, R. & O. Mazzoleni (Eds.) (2016). *Understanding Populist Party Organisation: The Radical Right in Western Europe*. London: Palgrave Macmillan.
- Giordano, V. (2018). *Le regole del corpo. Costruzioni teoriche e decisioni giudiziarie*. Torino: Giappichelli.
- Laclau, E. (2005) *On Populist Reason*. London-New York: Verso.
- Mudde, C. (2014). Fighting the System? Populist Radical Right Parties and Party System Change. *Party Politics*, 20(2), 217–226.
- Negri, N. & Saraceno, C. (Eds) (2003). *Povert  e vulnerabilit  sociale in aree sviluppate*. Roma: Carocci.
- Ranci, C. (2002). *Le nuove disuguaglianze sociali in Italia*. Bologna: il Mulino.
- Rodot , S. (2006). *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*. Milano: Feltrinelli.
- Preterossi, G. (2015). *Ci  che resta della democrazia*. Roma- Bari: Laterza.
- Villaca nas. J.L. (2018). *Populismo*. Milano: Mimesis
- Zanatta, L. (2013). *Il populismo*. Roma: Carocci.
- Zagrebelsky, G. (2017). *Diritti per forza*, Torino: Einaudi.

Francisco Javier Ansuátegui Roig. Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad Carlos III de Madrid. Ha sido director del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de esa universidad y presidente de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política. En la actualidad, es director de la revista *Derechos y Libertades*. Entre sus últimas publicaciones se encuentran: (con C. García Pascual y D. Bilotti), *La regola del mondo. La controversia sul diritto internazionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Bari, 2018; “Sul carattere storico del giuridico”, en BALLARINI, A., (ed), *La storicità del diritto. Esistenza materiale, filosofia, ermeneutica*, Giappichelli Editore, Torino, 2018; “Institucionalización de la razón y representación argumentativa: la crítica del constitucionalismo garantista”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, nueva época, tomo XXXIV, 2018.
Contacto: javofil@der-pu.uc3m.es

¿DE LOS DERECHOS A LOS DEBERES? UNA PRIMERA APROXIMACIÓN^{1*}

Francisco Javier Ansuategui Roig

Universidad Carlos III de Madrid

FROM RIGHTS TO DUTIES? A FIRST APPROXIMATION

DOI: 10.17450/180202

Fecha de recepción: 18 de abril 2018; fecha de aceptación: 15 de junio 2018. El presente artículo es resultado de un proyecto de investigación desarrollado con la Universidad Carlos III de Madrid.

Resumen

En este paper se presenta una primera aproximación a la crítica que, desde la reivindicación de la primacía de los deberes, se dirige al discurso de los deberes. Se presta una especial atención al desarrollo de determinados planteamientos en la doctrina italiana,

1. Este texto reproduce, con algunas variaciones, la conferencia impartida en el Dipartimento di Scienze Giuridiche, Dottorato in Scienze Giuridiche, Laboratorio "Hans Kelsen", Università degli Studi di Salerno, el 16 de abril de 2018. Agradezco al Prof. Francesco Mancuso la generosa hospitalidad y a la Prof. Valeria Giordano la invitación para publicar este texto en *Soft Power*. Una versión ampliada del mismo aparecerá en el libro *Novecento del diritto* que, editado por el Prof. Adriano Ballarini, publicará Giappichelli próximamente.

que han asumido como objetivo el análisis crítico de la tesis bobbiana según la cual nuestro tiempo es el tiempo de los derechos. La pretensión del paper es la de analizar, en primer lugar, hasta qué punto la crítica basada en los deberes descansa en buenas razones; y, en segundo lugar, en qué medida los deberes pueden sustituir a los derechos en su función de legitimación de nuestros sistemas jurídico-políticos.

Palabras clave

Derechos, Deberes, Progreso Moral, Derecho Horizontal.

Abstract

This paper presents a first approach to the criticism that addresses the discourse of rights from the claim of the primacy of duties. Special attention is paid to the development of certain approaches in the Italian doctrine, which have taken as their objective the critical analysis of the Bobbian thesis according to which our age is the age of rights. The aim of the paper is to analyze, in the first place, if the duties-based criticism is supported by good reasons; and in the second place, if duties can substitute rights in their function of legitimating our legal-political systems.

Keywords

Rights, Duties, Moral Progress, Horizontal Law.

Sobre el tiempo de los derechos y su revisión

En el año 1990, Norberto Bobbio escribió *L'età dei diritti*, que hoy constituye una referencia básica para todo aquel interesado en el discurso de los derechos. Bobbio justificaba, en términos históricos y racionales, la posibilidad de identificar nuestro tiempo como el tiempo de los derechos. Un tiempo que supone la consolidación jurídica de una serie de conquistas morales, y la consiguiente puesta en marcha de estructuras políticas e institucionales, a nivel nacional e internacional, encaminadas a la garantía de esas conquistas, de manera que se puede afirmar, con Eduardo Rabossi (1990), que los derechos constituyen, hoy, un “hecho-del-mundo” (p. 161). Al mismo tiempo, el tiempo de los derechos era expresión de un determinado progreso moral de la humanidad.

Pues bien, parece que hoy la idea del tiempo de los derechos está siendo sometida a revisión. Así, se señala que los derechos ya no pueden seguir desarrollando las funciones que han venido desarrollando en el sistema jurídico y político; además, se dice, la teoría de los derechos no es tan pacífica y bien estructurada como en ocasiones se ha presentado, incluyendo problemas internos difíciles de resolver y que condicionan la plena efectividad de estos. A ello cabría añadir, posiblemente, otro elemento: la historia de los derechos tampoco es tan lineal, unidireccional y pacífica como los apologetas de los derechos han querido mostrarnos.

En efecto, la función limitativa que los derechos desarrollan en los sistemas jurídico-políticos de las democracias constitucionales, y que en última instancia se manifiesta en un control del poder legislativo mediante sistema de control de constitucionalidad, parece observarse en ocasiones no como una exigencia propia de un sistema que asume la garantía de los derechos como *ultima ratio*, sino más bien como una disfuncionalidad del mismo (Waldron, 1990, 1999). Por otra parte, se denuncia la inexistencia de una teoría jurídica de los derechos con capacidad de ofrecer una propuesta uniforme sobre el concepto de derecho y de explicar aspectos básicos de la posición de los derechos dentro del ordenamiento. Pensemos en la distinción entre reglas y principios, en las críticas al concepto de derecho subjetivo, o en el carácter problemático de los derechos sociales entendidos como derechos de papel o derechos caros (Ansuategui Roig, 2010). A ello cabría añadir que, a partir del contraste entre el sentido del discurso de los derechos y la realidad política, económica, social, se determina el ocaso de un discurso que ha mostrado su incapacidad para cambiar esa realidad. Uno de los elementos de este ocaso tiene que ver con la imposible afirmación de la universalidad de los derechos. O, más bien, con la idea de que la realidad nos demuestra que los derechos no son universales

(Ansuategui Roig, 2013). Y, lo que es más grave, *no* pueden serlo. Porque el mundo es tan plural y diverso que no es posible identificar elementos comunes con los que respaldar esa pretendida universalidad. En definitiva, el discurso de los derechos, y en particular el de los derechos entendidos como derechos universales, sería un discurso fallido.

Antes de continuar, y de entrar en el análisis concreto de alguna de las posiciones que reivindican esa crisis, creo que puede ser útil diferenciar entre la afirmación de la crisis del tiempo de los derechos, y la del fin del tiempo de los derechos, ya que posiblemente no se está diciendo lo mismo en ambos casos. Hablar de crisis de los derechos no tiene por qué suponer certificar el fin del tiempo de los derechos. Podemos estar haciendo referencia a un momento de transformación, motivado, por ejemplo, por la necesidad de abordar de manera satisfactoria nuevos problemas y nuevas situaciones, de donde surge la necesidad de adecuar los modelos de organización articulados en torno a los derechos a estas situaciones. Lo cual nos permite seguir hablando de derechos. Y digo “seguir hablando de derechos” porque parecería que, tras algunas descripciones y algunas responsabilidades dirigidas al discurso de los derechos, parecería que lo más adecuado es eliminar la referencia a los derechos de nuestro argumentario moral, jurídico y político. De la misma manera, también habría que distinguir entre las críticas a la idea de los derechos, de aquellas dirigidas a un determinado discurso de los derechos. En ocasiones parecería que algunos planteamientos que se presentan como críticos respecto a los derechos, en realidad lo son hacia una concreta versión de los derechos. Así, por ejemplo, en algún momento se ha asumido como objeto de crítica lo que ciertamente es una versión histórica —la primera— ideológicamente localizada, de los derechos, y centrada en el egoísmo, como presupuesto racional, en el individualismo moral y en la patronomialización de los derechos, y en la jerarquización de los mismos, que dota de una prioridad absoluta a unos derechos frente a otros (Rodríguez Palop, 2017, p. 136.). Es decir, se presenta una determinada teoría de los derechos como la única posible.

¿Promesa incumplida?

De los derechos se ha predicado su carácter histórico (Peces-Barba, 1998). El propio Bobbio habla de “invención” de los derechos para sintetizar la idea de que la idea de los derechos surge en determinados contextos. La misma idea de “giro copernicano”, con la que Bobbio se refiere al significado que tiene el tiempo de los derechos en la filosofía jurídica, política y moral, es bien expresiva al respecto. Es cierto que un determinado

relato de la evolución histórica de los derechos vincula la historia de los derechos con la idea de progreso moral de la humanidad. Esta vinculación se encuentra bien presente en la obra de Bobbio y de otros autores. Es decir, el hecho de que podamos hablar del tiempo de los derechos, y que podamos describirlo, es una señal de que existe un progreso moral de la humanidad.

Sin embargo, la afirmación de que el reconocimiento de los derechos humanos está vinculado al progreso moral de la humanidad ha de enfrentarse con la realidad del mundo que nos rodea, que está caracterizado por elementos (hambre, pobreza, terrorismo, guerra, discriminación, exclusión) que son difíciles de negar y que más bien son una negación de cualquier noción de progreso moral mínimamente reconocible. En este contexto surge la cuestión sobre la posibilidad de seguir hablando de progreso moral y en qué sentido.

Ciertamente, hay determinadas dimensiones del discurso de los derechos que nos permiten seguir hablando de progreso moral. Pensemos en el significado de los procesos a través de los cuales Peces-Barba y Bobbio (1998) explicaron el devenir histórico de los derechos (pp. 62-65). El proceso de positivación es expresión del convencimiento de que el reconocimiento del valor de los derechos no se puede quedar sólo en el ámbito moral sino que, más bien, ha de trascender al ámbito jurídico, con todo lo que ello implica en relación con el compromiso (al menos teórico) de los poderes públicos y la puesta en marcha de los mecanismos coactivos del Estado. La generalización de los derechos, con su progresiva ampliación de contenidos y titulares, supone también una ampliación de las exigencias morales. De la misma manera, la internacionalización de los derechos implica la voluntad, entre otras cosas, de generar espacios de libertad mediante la fiscalización externa de las actividades de los Estados en relación con los derechos. Por fin, el proceso de especificación de los derechos es expresión de una mayor atención a las concretas y particulares circunstancias que acompañan a la titularidad y al ejercicio de los derechos.

Muy bien —se podrá decir— pero los derechos se siguen violando, y quizás con magnitudes desconocidas en otros momentos históricos. ¿Cómo es posible seguir hablando de progreso moral? Existe la posibilidad de seguir hablando de ese progreso, desde el momento en que hoy somos más sensibles en relación con las violaciones de los derechos (Rorty, 1998) y con los problemas de los derechos. Es cierto que este aumento de la sensibilidad puede tener que ver, entre otras cosas, con la facilidad con la que accedemos a la información y podemos conocer lo que ocurre lejos de nosotros. Pero, en todo caso, el hecho de que hoy reaccionemos frente a ultrajes que hace tiempo no nos

espantaban, que hoy nos planteemos problemas —medio ambiente, generaciones futuras (Menga, 2016) — que hace tiempo no nos planteábamos, es expresión, si se quiere, de una sensibilidad más refinada, lo cual tiene que ver evidentemente con la idea de progreso moral. Lynn Hunt (2009) ha explicado la historia de los derechos, la historia de una “invención”, como un proceso movido por la fuerza de la empatía, que permite el reconocimiento del otro sin el cual es difícil hablar de derechos. La relevancia de la empatía no significa ceder todo el terreno a las emociones. Si fuera así la historia, y el fundamento de los derechos, descansarían en bases inseguras, evanescentes, como pueden serlo los sentimientos, frente a la razón. Por ello la historia de los derechos viene impulsada por la combinación de sentimientos, razones y prácticas: “La historia de los derechos humanos demuestra que al final la menor defensa de los derechos son los sentimientos las convicciones y las acciones de multitudes de individuos que exigen respuestas acordes con su sentido interno para la indignación” (pp. 220). Es cierto que la empatía no sirve para eliminar por sí sólo la existencia de violaciones de derechos. Pero también lo es que es esa empatía, esa sensibilidad moral, la que nos permite reaccionar y afirmar que “nunca más”, que “basta ya”, con independencia de la letra de la ley. Esto es algo generalmente reconocido, más allá de que se mantengan posiciones críticas, como veremos. Un crítico tan radical como Costa Douzinas (2008a) ha reconocido que los derechos humanos se han convertido en una “parte pacífica de la ideología de la mayoría de los regímenes políticos contemporáneos” (p. 2). Desde paradigmas muy diferentes, Tommaso Greco (2012) los ha identificado como el “vero alfabeto delle relazioni sociali” (p. 91).

Deberes y derecho horizontal

La responsabilidad de certificar el fin del tiempo de los derechos es grave, desde el momento en que los derechos se han convertido en una lengua franca. La referencia a ellos constituye un criterio compartido de valoración de los modelos de organización social. La mejor o peor salud de los derechos determina el carácter más o menos democrático de un sistema político. Por tanto, hablar de crisis del tiempo de los derechos implica la necesidad de plantear alternativas que los sustituyan en su dimensión evaluadora. En esta ocasión, puede ser interesante centrar la atención en algunas reivindicaciones de la idea de deber.

En *Il diritto mite* (1992), Gustavo Zagrebelsky había diferenciado ya entre “il tempo dei diritti” e “il tempo dei doveri”, para hacer referencia a dos concepciones de los

derechos, una subjetiva y otra objetiva, y también a dos tipos de sociedades: aquellas “in cui vige la libertà, e quindi vagono i diritti”, y aquellas “ove vige la giustizia, e quindi vagono i doveri” (p. 114). A partir de ahí, Zagrebelsky diferencia entre la problemática de los derechos y la problemática de la justicia: “L’imperialismo del linguaggio dei diritto ha nascosto quel che di irriducibile a essi sta nelle esigenze della giustizia” (p. 125); “La riduzione dell’ordine giusto ai diritti è impossibile perché il postulato della giustizia appartiene a un ethos dominato non dai diritti individuali ma dai doveri” (p. 126).

Posteriormente, el mismo Zagrebelsky ha mostrado su desconfianza respecto a las “narraciones de los derechos”, que contrastan con la realidad de los hechos. Las narraciones teóricas y políticas no tienen valor porque han demostrado su incapacidad para cambiar la realidad y porque en muchas ocasiones no son sinceras. La retórica de los derechos, el uso ilegítimo y el abuso que se hace de los mismos, conduce a que los derechos “invece di serviré la giustizia, spesso alimentano le ingiustizie” (Zagrebelsky 2017, p. 8), son un criterio “di legittimazione delle ingiustizie” (p. 6).

Es cierto que hoy puede haber razones para hablar de un uso retórico de los derechos, que viene facilitado al menos por dos elementos: por el carácter emotivo del lenguaje de los derechos y por el lugar que la referencia a los derechos ocupa en el discurso jurídico-político de nuestros sistemas. Un buen ejemplo de esta retórica de los derechos es el que observamos cuando vemos que, con independencia de la valoración que merezcan sus decisiones y acciones en términos de respeto a los derechos, ningún gobernante a lo largo del mundo de hoy se declara contrario a los derechos. Todo son buenas palabras y compromisos respecto a los derechos. Es un buen ejemplo de un uso retórico de los derechos. Zagrebelsky nos recuerda el ejemplo de las llamadas “guerras humanitarias” (p. 71).

Pero una cosa es denunciar, con razón, la retórica abusiva de los derechos y otra es confundir esa retórica con el discurso de los derechos. Este discurso, fraguado históricamente, tiene una dimensión emancipadora irrenunciable. No cualquier alusión a los derechos, no todo empleo del término puede ser identificado con el discurso de los derechos. Por el contrario, es necesaria una perspectiva crítica a la hora de diferenciar “discursos que usan/abusan del argumento de los derechos”, de “discursos basados en las exigencias morales de los derechos”. Si no se hace esa diferenciación, se puede afirmar que la ambigüedad de los derechos permite identificarlos unas veces como instrumentos de resistencia, otras veces como instrumentos de dominación (p.19). Pero, en realidad, hablar de un “lato malefico” de los derechos que “invece di serviré la giustizia,

spesso alimentano le ingiustizie” (p. 8) puede implicar al menos dos cosas: a) una visión demasiado alternativa de la función histórica de los derechos, de aquello para lo que fueron “inventados” (siguiendo la terminología de Bobbio y Hunt); b) hacer depender el valor y la aceptabilidad de las proposiciones sobre derechos de su efectividad. Ciertamente, Zagrebelsky nos invita a dejar de pensar en las palabras e ir a los hechos, en un paralelismo con la propuesta bobbiana de dejar de pensar en el fundamento de los derechos y de centrarnos en su protección. Pero, en realidad, la reivindicación de los derechos tiene la función de cambiar esos hechos, de transformar esa realidad. De lo contrario, parece haber una rendición frente a esa realidad, que contrasta sin duda con el espíritu emancipador y utópico de los derechos.

La función crítica de los derechos ha sido puesta en entredicho también a partir de su vínculo con la idea de naturaleza. Esta vinculación es un ejemplo más de esa identificación entre la teoría de los derechos, genericamente considerada, y una determinada visión de la misma. El hecho de que exista una cierta “relación hereditaria o sucesoria” entre los derechos humanos de hoy y los derechos naturales reivindicados en la Ilustración no quiere decir que la idea de naturaleza —cuyas dificultades ya subrayó Bobbio, entre otros muchos (Bobbio, 1966, p.227)— siga ocupando en el discurso de los derechos el mismo lugar que ocupaba hace dos siglos. En todo caso, Costa Douzinas (2008) ha señalado que la apelación a la naturaleza pierde su función crítica cuando triunfa la revolución: “los revolucionarios victoriosos convertidos en legisladores pueden resultar tan opresivos como sus predecesores” (p. 10). La reducción de la potencialidad transformadora y liberadora de la apelación al Derecho natural disminuye, en efecto, cuando aquel deja de ser moral crítica para convertirse en moral legalizada. Este argumento se aplica por algunos, como hemos visto, a los derechos una vez positivizados. En este punto creo que hay buenas razones para diferenciar bien, para no confundir entre la capacidad transformadora de los derechos (de acuerdo con las exigencias de su juridificación, comenzando por el respeto al imperio de la ley y al principio de legalidad —lo cual también lleva implícita una determinada posición respecto a la confianza en la capacidad del Derecho de realizar determinadas funciones que tiene que ver con el cambio social—) y, por ejemplo, la sacralización de la Constitución con su consiguiente confusión con un texto bíblico.

La función de los derechos en el sistema jurídico y político es la de constituirse como límites frente al poder. En un primer momento, el poder era el poder político del Estado, cuyo dominio constituía un peligro, teórico y real, para la libertad. Pero posteriormente el concepto de poder se ha ido ampliando para abarcar todas aquellas expresiones de

dominio que pueden poner en riesgo esa libertad. Pues bien, el relato que se nos ofrece es aquel en el que los derechos son presentados, precisamente, como un instrumento de dominio y de explotación en una visión jerarquizada y verticalizada de las relaciones sociales: “I diritti sono una realtà per chi sta sopra, e una menzogna per chi sta sotto” (Zagrebelsky, 2017, p. 11); “I diritti umani non hanno giovato a tutti nello stesso modo; anzi hanno giovato ad alcuni, i pochi, a danno degli altri, la moltitudine” (p. IX); “... i diritti dei potenti sono in realtà pre-potenze sugli impotenti” (p. 121). La alternativa que se presenta es la que consiste en la reivindicación de los deberes, en sustitución de los derechos.

Así, asistimos a una interesante reivindicación de la lógica de la horizontalidad frente a la lógica de la verticalidad: de alguna manera, nos encontramos con el discurso de los deberes horizontales frente al de los derechos verticales. Estamos frente a una comparación que invita a la reflexión. Cabe adelantar, por cierto, que no toda referencia a la horizontalidad es extraña al discurso de los derechos. Creo que la sola alusión a la *Drittwirkung der grundrechte* es, de por sí, suficiente.

En todo caso, verticalidad y horizontalidad aluden a diversos modelos sociales, y también a diferentes formas de entender, creo, el rol social del Derecho. La horizontalidad de los deberes implica un modelo de vínculo social en donde la idea de respeto, fraternidad, “esenciales para vivir una vida decente” (Greco, 2012a, p. 92), ocupan un lugar importante. El respeto y la fraternidad están en la base del reconocimiento de deberes, que nos obligan respecto a los otros. Parece un contexto en el que tanto el Estado como el Derecho (entendido, como veremos, como Derecho vertical) causan una cierta molestia. Estevez Araujo (2013) ha señalado que la debilidad de la estrategia de los derechos es que tiende a delegar su protección en el Estado (p. 18). Por otra parte, Tommaso Greco (2010; 2014; 2016), en varios de los múltiples trabajos que ha dedicado a esta cuestión, ha mostrado su desconfianza respecto a la coacción estatal (p. 342), ante la confianza en la concordia y en la prioridad de las garantías primarias (horizontales) frente a las secundarias (verticales) (p. 141-144). En realidad, la desconfianza sería frente a un Derecho entendido en sentido vertical, expresión de la voluntad del Estado, cuya alternativa se encuentra en un Derecho horizontal, que es “el que se da en el recíproco y espontaneo cumplimiento de las obligaciones entre sujetos que se reconocen recíprocamente dignidad de seres humanos” (p. 116).

Es decir, estamos frente a un modelo en el que la tentación que se podría atribuir al jurista, la de pensar que el Derecho es el único vínculo social, no se produce, reivindicando otras formas de vínculo social y, por lo tanto, otras estrategias de garantía de la

posición, exigencias y satisfacción de las necesidades y pretensiones morales de los sujetos (Greco, 2012b). Por cierto —y a modo de inciso— no parece lo mismo afirmar que el Derecho es el único vínculo social, que afirmar la relevancia del Derecho como estrategia de vínculo social. En todo caso, me parece, si he entendido bien, que la propuesta es la de concebir al Derecho como *secunda ratio* en el vínculo social, confiando en la capacidad de las dinámicas horizontales a la hora de garantizar la libertad, la igualdad, la dignidad, que es al fin y al cabo de lo que se trata.

En realidad, y aunque formalmente estamos ante diferencias apreciables, el contenido del discurso de los deberes o, si se prefiere, su razón de ser, tampoco es tan diferente respecto a la de los derechos. Y ello porque la idea de reconocimiento del otro juega un papel importante en ambos casos. En efecto, tanto en un caso como en el otro necesitamos reconocer al otro como un ser digno merecedor de respeto, cuyas exigencias morales han de satisfacerse. Creo que esta afirmación está tanto en la base del reconocimiento de derechos como de la existencia de obligaciones respecto al otro.

Me siento obligado respecto al otro porque le reconozco derechos. Es evidente que aquí se plantea el problema de la prioridad lógica de los deberes respecto a los derechos, o viceversa. Pero posiblemente ese problema puede ser disminuido en su gravedad si el tema que nos planteamos es el de la capacidad de ambos conceptos, derechos y deberes, de ocupar un determinado lugar entre los criterios de legitimidad. ¿Hasta qué punto el discurso de los deberes puede sustituir al discurso de los derechos como criterios de legitimidad? La modernidad ha reivindicado el carácter instrumental de la organización jurídica y política, del Derecho y del Estado, desde el momento en que ambos son mecanismos encaminados a garantizar derechos. Los derechos son la razón de ser del constructo político. ¿Los deberes podrían desarrollar esa función?

Ese rol de *secunda ratio* que se atribuye al Derecho contrasta con la confianza en el Derecho que ha caracterizado determinados momentos históricos y modelos jurídico políticos. No estoy pensando en todo lo que en nuestros días puede significar el moderno constitucionalismo, sino en la situación que se produce hace dos siglos (pero también hoy) cuando comienza a desarrollarse el proceso de positivación de los derechos. Allí, la juridificación de determinadas exigencias morales era considerada como la garantía de la igualdad y de la libertad. ¿Por qué esa positivación, que entonces era algo perseguido, ahora es considerada secundaria respecto a los “mecanismos horizontales de persuasión”? (Greco, 2012, p. 94).

Podemos pensar en diversas posibilidades a la hora de responder a esta cuestión. Una primera puede ser la referida al desarrollo de la virtud y de la educación moral

(Bea, 2013), al desarrollo de un determinado progreso moral. Se puede ser un firme defensor de la capacidad integradora, igualadora y civilizatoria de la educación, de la relevancia de la educación en valores, y al mismo tiempo tener dudas sobre el hecho de que todos los problemas de los derechos se puedan solucionar recurriendo exclusivamente a la educación (si bien hay casos en los que el Derecho muestra sus límites como estrategia de evitación/resolución de conflictos). Una segunda estrategia es la que tiene que ver con la comparación de modelos antropológicos, pero también sociales (Aristóteles vs. Hobbes, o mejor Hobbes vs. Aristóteles), ya que la evolución de nuestras sociedades nos mostraría que la verticalidad hobbesiana ya no es necesaria frente al retorno de la operatividad de la horizontalidad aristotélica. Pero creo que cabe una tercera posibilidad. Me parece que tiene que ver con una determinada transformación, evolución, de la idea de poder. La reivindicación de la horizontalidad en el análisis de las relaciones sociales estaría justificada por una transformación de la idea de poder. La ampliación del concepto de poder (no sólo público, también privado), y su ubicuidad (se presenta de manera paralela, inferior y superior al poder del Estado), aconsejaría una profundización en el discurso de los deberes, pero precisamente como mecanismo de garantía de los derechos, de las pretensiones morales, antes de la llegada del Derecho del Estado.

No es difícil ser consciente de los riesgos de recurrir exclusivamente a dinámicas horizontales en el reconocimiento y garantía de derechos, a no ser que se mantenga una visión antropológica radicalmente (i-realistamente) optimista. Cuando hablamos de derechos es mucho lo que está en juego como para permitirnos excluir el recurso a la fuerza democrática de la institucionalidad estatal. En este sentido, la doble fuerza de los derechos, a la que se ha referido Tommaso Greco, no excluye la sanción formalizada (Greco, 2014, p. 147).

El discurso de los deberes se basa, en casos como los de Gustavo Zagrebeksky y Sergio Ferlito, en una preocupación —entre otras cosas— por las generaciones futuras y por su supervivencia. Respecto a las generaciones futuras, se produce una *rottura di contestualità* que imposibilita la articulación de una relación jurídica en el marco de la cual se puedan ejercer derechos subjetivos. Las generaciones futuras, se afirma, no pueden tener derechos subjetivos porque no existen, y el derecho subjetivo “presuppone un titolare presente” (Zagrebelsky, 2017, p. 124). Por eso, hay que comenzar a hablar de deberes, ya que esta es la única manera de asegurar la viabilidad de las generaciones futuras, en un esquema en el que las razones de los deberes prevalecen sobre las de los derechos (p. 100).

Pero en este punto cabe preguntarse cuál sería el argumento a favor de esa primacía. La obligatoriedad de los deberes estaría encaminada precisamente a la creación de condiciones en las que las generaciones futuras pudieran ejercer sus derechos, al menos en las mismas condiciones en las que los ejercen las generaciones presentes. Si eso es así, vemos que por lo tanto el argumento referido a los derechos no ha desaparecido de nuestro discurso. Es decir, podríamos afirmar que la razón de ser de los deberes sigue siendo los derechos.

Sin embargo, la exclusión del derecho subjetivo del discurso de los derechos no parece falta de implicaciones que afectan directamente al sentido mismo de los derechos. Históricamente, el derecho subjetivo supone la juridificación de la idea de individuo. El derecho subjetivo no parece imaginable si antes no se cuenta con la idea de individuo. Massimo La Torre (1996) ha escrito que “il diritto soggettivo può affermarsi come concetto solo in un’atmosfera culturale nella quale venga esaltato il valore della soggettività umana e il legame sociale sia pensato nei termini di un’aggregazione volontaria di individui” (p. 44). Ese individuo es un sujeto del que se predica autonomía y poder y que por tanto exige un armazón jurídico que le permita materializar las exigencias de aquellas. A partir de ahí, el derecho subjetivo implica la existencia de un título jurídico, de un lado, y de una acción procesal, de otro.

Por otra parte, y en relación con la deslegitimación del recurso al derecho subjetivo, no está de más reconocer que no todas las situaciones jurídicas identificables con la titularidad y el ejercicio de los derechos son fácilmente reconducibles a la figura del derecho subjetivo en sentido estricto. Esto es algo que podemos extraer de los análisis —entre otros— de Hohfeld, Kelsen o Alexy, sobre la diversidad de relaciones jurídicas que se incluyen en la idea de derecho subjetivo.

Derechos y conservadurismo

Se ha afirmado que seguir hablando de derechos es una forma de conservadurismo intelectual que tiene mucho que ver con la resistencia del jurista a poner en riesgo el orden establecido. Así, se ha hecho referencia a “una tendenza, ancorchè inconsapevole, di segno apertamente conservatore, volto al mantenimento dell’ordine costituito e del suo assetto normativo, teso alla preservazione dell status quo giuridico e político che ha scolpito il paradigma di fondo incardinándolo sui diritti in maniera talmente profonda da rendere difficile pensare al diritto senza pensare ai diritti” (Ferlito, 2016, p. 63). No

voy a negar el carácter conservador que demuestran en ocasiones los juristas a la hora de someter a revisión los esquemas de pensamiento en los que han sido formados. Pero, posiblemente, vincular el discurso de los derechos a posiciones conservadoras también es problemático ya que supone, entre otras cosas, seguir asociando los derechos a su dimensión vertical (p. 65), dando por descontado que los derechos no son operativos más allá de las relaciones entre los individuos y el poder político. No olvidemos, por una parte, la importancia de la reivindicación de la operatividad de los derechos en las relaciones entre particulares y, por otra, el hecho de que los derechos no están llamados a limitar sólo al poder político, sino también cualquier expresión del poder.

En todo caso, hablando de conservadurismo, en la reivindicación de los deberes parece que existe una especie de vuelta al pasado. Cuando Norberto Bobbio (1999) se refiere a la “revolución copernicana”, que en una determinada concepción de la filosofía de la historia supone la afirmación de los derechos del hombre, señala que lo que se produce en realidad es un “rovesciamento del punto di osservazione”: “Al inizio, non importa se mitico, fantástico o reale, della storia millenaria della morale, c’è sempre un codice di doveri (o di obblighi) non di diritti” (p. 432). La primacía de los derechos implica que los problemas, a la hora de justificar el ejercicio del poder político y de proponer una correcta estructura de la organización de la res publica, se abordan desde el punto de vista del individuo y no de la sociedad. Así, la primacía de los derechos implica la primacía del individuo; del individuo entendido como protagonista del discurso político. Este protagonismo supone el reconocimiento del carácter instrumental de la organización jurídica y política, del Derecho y del Estado. Bobbio se encarga de recordarnos que la noción de individualismo (en su dimensión metodológica, ontológica y ética) debe desprenderse de cualquier connotación negativa, como las que le han atribuido tanto el pensamiento reaccionario como el revolucionario.

Referencias

- Ansuategui Roig, F. J. (2010). Argumentos para una teoría de los derechos sociales, *Revista de Derecho del Estado*. (24), pp. 45-64.
- Ansuategui Roig, F. J. (2013). La cuestión de la universalidad de los derechos: de las intuiciones a los problemas. En G. Peces-Barba, E. Fernández, R. De Asís, F. Ansuategui, C. Fernandez Liesa. (Eds.), *Historia de los derechos fundamentales. Siglo XX* (pp. 73-12). Madrid: Dykinson.

- Bobbio, N. (1990). *L'età dei diritti*, Torino: Einaudi.
- Bobbio, N. (1966). Algunos argumentos contra el Derecho Natural. En H. Kelsen, N. Bobbio et al. *Crítica del Derecho natural*. Madrid: Taurus.
- Bobbio, N. (1999). Il primato del diritti sui doveri. En N. Bobbio. *Teoria Generale della Politica*. Torino: Einaudi.
- Bea, E. (2013). Derechos y deberes. El horizonte de la responsabilidad. *Derechos y Libertades*, (29), pp. 53-92.
- Douzinas, C. (2008a). *El fin de los derechos humanos*, trad. de Sanín Restrepo R., Guardiola-Rivera O., y Alonso Medina O. Bogotá: Universidad de Antioquia-Legis.
- Douzinas, C. (2008b). El fin(al) de los derechos humanos. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, (22), pp. 6-34.
- Estevez Araujo, J. A. (2013). *El libro de los deberes. Las debilidades e insuficiencias de la estrategia de los derechos*. Madrid: Trotta.
- Ferlito, S. (2016). *Il volto beffardo del diritto. Ragione economica e giustizia*, Milano-Udine: Mimesis.
- Greco, T. (2010). Antes el deber. Una crítica de la filosofía de los derechos. *Anuario de Filosofía del Derecho*, (26), pp. 327-243.
- Greco, T. (2012a). Il ritorno dei doveri. *Cultura e diritti per una formazione giuridica*, 1(1), 91-96.
- Greco, T. (2012b). *Diritto e legame sociale*. Torino: Giappichelli.
- Greco, T. (2014). La doppia forza dei diritti. Una riflessione sulle garanzie. *Methodo. International Studies in Phenomenology and Philosophy*, 2(1), pp. 135-150.
- Greco, T. (2016). Algunas reflexiones sobre la horizontalidad del derecho. *Crónica Jurídica Hispalense*, (14), pp. 109-132.
- Hunt, L. (2009). *La invención de los derechos humanos*, trad. esp. de J. Beltrán Ferrer. Barcelona: Tusquets.
- La Torre, M. (1996). *Dissaventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*. Milano: Giuffrè.
- Menga, F. (2016). *Lo scandalo del futuro. Per una giustizia intergenerazionale*. Roma: Edizioni di Storia e Letteratura.
- Peces-Barba, G. (1988). Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales. En *Escritos sobre derechos fundamentales* (pp. 227-264). Madrid: Eudema.
- Rabossi, E. (1990). La teoría de los derechos naturalizada. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, (5), pp. 159-175.

- Rodríguez Palop, M. E. (2017). Reformular los derechos humanos desde una visión relacional. El fin de la inmunidad y la autosuficiencia. *Derechos y Libertades*, (36), pp. 135-166.
- Rorty, R. (1998). Derechos humanos, racionalidad y sentimentalidad. En S. Shute, S. Hurley (Eds.), *De los derechos humanos* (pp. 117-136), trad. de H. Valencia Villa, Madrid: Trotta.
- Waldron, J. (1993). A Right-Based Critique of Constitutional Rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, 13(1), pp. 18-51.
- Waldron, J. (1999). *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press.
- Zagrebelsky, G. (1992). *Il diritto mite*. Torino: Einaudi.
- Zagrebelsky, G. (2017). *Diritti per forza*. Torino: Einaudi.

Pablo Guadarrama González. Profesor de Mérito de la Universidad Central de Las Villas, Santa Clara, Cuba. Académico titular de la Academia de Ciencias de Cuba. Doctor en Ciencias (Cuba), doctor en Filosofía (Leipzig). Profesor de la Maestría en Ciencia Política de la Universidad Católica de Colombia-Universidad de Salerno. Línea de investigación: Filosofía política latinoamericana. Libros: *Pensamiento filosófico latinoamericano. Humanismo, método e historia.* Università degli Studi di Salerno-Universidad Católica de Colombia-Planeta, Bogotá. Tomo I, II y III.
Contacto: pabloguadarramag@gmail.com

EL PARADÓJICO PODER DE LAS INSTITUCIONES POLÍTICAS Y EL PENSAMIENTO POLÍTICO LATINOAMERICANO

Pablo Guadarrama González
Universidad Católica de Colombia

THE PARADOXICAL POWER OF POLITICAL INSTITUTIONS AND THE LATIN AMERICAN POLITICAL THOUGHT

DOI: 10.17450/180203

Fecha de recepción: 1 de junio 2018; fecha de aceptación: 3 de julio 2018. El presente artículo es resultado de un proyecto de investigación desarrollado en la Universidad Central de Las Villas, Santa Clara, Cuba, en conjunto con la Universidad Católica de Colombia.

Resumen

Desde las primeras manifestaciones de organización humana en la gens, la tribu, el pueblo, hasta formas más avanzadas como el Estado, los tribunales, las iglesias, las

ciudades, las constituciones, los partidos políticos, los sindicatos, las diversas organizaciones de la sociedad civil, etc., los hombres han tratado de encontrar en ellas algún tipo de protección y realización personal, pero a la vez, paradójicamente, han temido a su poderío al considerar que se constituyen en poderoso búmeran que pone en peligro sus intereses individuales. Los más destacados representantes del pensamiento político latinoamericano han elaborado propuestas concretas y objetivas de «humanismo práctico». Por lo general, se han distanciado de formulaciones de corte especulativo e idealista, porque consideran que resultan dañinas a los objetivos emancipadores de los pueblos. Este rasgo de concreción se observa también en relación con las instituciones políticas.

Palabras claves

Poder, alienación, instituciones políticas.

Abstract

Since the first manifestations of human organization in the gens, the tribe, the people, up to more advanced forms as the State, courts, churches, cities, constitutions, political parties, trade unions, the different organizations of civil society the men have tried to find some kind of protection and personal fulfillment, but paradoxically at the same time have feared its power to consider, that they constitute powerful boomerang that endangers her individual interests. The most outstanding representatives of the Latin American political thought have developed concrete proposals and objective of «practical humanism». They have generally distanced itself from speculative and idealistic cut formulations, because they think are harmful to the emancipatory goals of peoples. This feature of concretion is also observed in relation to the political institutions.

Keywords

Power, alienation, political institutions.

Introducción

Desde los primeros estadios de la evolución de la humanidad, aparecen instituciones de diversos géneros, como expresión de las necesidades de regulación de las relaciones interpersonales. Pero del mismo modo que surgen como un producto imprescindible para asegurar la convivencia humana, ponen de manifiesto su paradójico poder.

En primer lugar, las instituciones siempre han surgido condicionadas por las demandas ideológicas históricas particulares del contexto, y cuando han sido trasplantadas de forma simplificada como mera copia a otros pueblos y regiones, sin tomar en consideración las particularidades de las nuevas circunstancias especiales, han generado serios conflictos e inadaptaciones.

Los procesos de transculturación siempre traen aparejados esos riesgos, pero a la larga se producen procesos de reacomodo de las instituciones a los nuevos contextos, de manera que se convierten también en auténticas expresiones de las nuevas culturas. Así sucedió durante el proceso de conquista y colonización de América y continúa sucediendo en estos tiempos de galopante globalización.

Las instituciones constituyen un fértil terreno para el cultivo de infinitas formas de enajenación al constituirse, por un lado, en factores posibilitadores de potencialidades que solo de forma regulada podrían desarrollar los primeros individuos de la especie humana, y por otro, en severos obstáculos para que algunos de ellos pudiesen llevar a cabo todos sus propósitos.

Una definición aceptable de institución la define como:

(...) una configuración social, un conjunto de normas, roles y pautas de comportamiento aceptados en el seno de determinada sociedad y centrados en la satisfacción de una necesidad básica. Son instituciones en tal sentido, por ejemplo, la familia, la monarquía, el voto universal, la propiedad privada, la moneda, etc. Estas instituciones se caracterizan por la permanencia o arraigo social, aunque pueden no estar sancionadas jurídicamente, y aunque sus formas y subsistencia dependen de las contingencias históricas. (Torcuato di Tella, Paz, Gamba & Chumbita, 1989, p. 327)

Lo más valioso de esta definición es la contextualización histórica que le atribuye a todas las instituciones, pues de otro modo no se podría valorar la significación específica de cada una de ellas y, en particular, de las políticas.

Otras definiciones resultan tan amplias que las identifican con cualquier producto social, para diferenciarlo de algo natural —como es el matrimonio, a diferencia del acto sexual—; lo importante es delimitar en qué medida algunas de ellas han sido facilitadoras de expresiones de «humanismo práctico» y han contribuido al progresivo e ininterrumpido proceso de hominización del hombre, en tanto otras, o ellas mismas, en otra relación, han sido enajenantes.

Por humanismo práctico —término utilizado por Marx en sus trabajos tempranos así como los de «humanismo concreto», «humanismo positivo» y «humanismo culto», que diferenciaba del «humanismo real» de Feuerbach— consiste en una postura de compromiso activo, militante y arriesgado, con la defensa de la dignidad de determinados grupos humanos, que se diferencia del «humanismo abstracto» que se limita a simples declaraciones filantrópicas, que no trascienden más allá de cierta misericordia o postura piadosa ante indígenas, esclavos, siervos, proletarios, mujeres, niños, minusválidos, etc. Un «humanismo práctico» se distancia del antropocentrismo que ha caracterizado generalmente a la cultura occidental y toma en consideración la imprescindible interdependencia entre el hombre y la naturaleza.

Algunas definiciones no limitan el contenido conceptual de las instituciones estrictamente a componentes materiales, sino que los extienden a fenómenos espirituales como la siguiente, que resulta controvertible por la dificultad de objetivación de las mismas (Angulo, 2001, p. 45).

Algo más acertado es aquella que equilibra el componente ideal y el material en cualquier definición de las instituciones, pues en definitiva el hombre no emprende ninguna tarea si antes no ha sido cultivada en su pensamiento. Así, la de Duverger intenta conciliar ambos componentes:

Las instituciones no son solamente «formas o estructuras» de organización social; son también representaciones colectivas que siempre se valoran en alguna medida, y esa valoración constituye un elemento esencial de su eficacia. La legitimidad de la institución —es decir, su conformidad con el sistema de valores de un grupo dado— es uno de los fundamentos de su existencia. (Duverger, 1984, p. 32)

También resulta aportadora la definición que considera que “Las instituciones facilitan la interacción entre las personas al ayudarlas a formarse las expectativas que cada una de ellas puede tener dentro de lo razonable al tratar con otros. Las instituciones pueden ser formales, es decir, incorporadas en leyes o en organizaciones, pero pueden

existir también informalmente, como consecuencia de una repetición de la tradición” (Borner, 1991, p. 64).

Esta definición resulta más apropiada porque toma en debida consideración aquellas que se han constituido de una forma más espontánea en la historia de la humanidad y que no siempre lo han hecho de manera formal, como los grupos de amigos, colegas de trabajo, simpatizantes de un equipo de deportivo, etc. Sin embargo, este hecho no las exonera de la condición de paradójicas, al resultar generadoras de ciertas formas de enajenación.

Los más destacados representantes del pensamiento político latinoamericano (Guadarrama, 2018) han elaborado propuestas concretas y objetivas de «humanismo práctico». Por lo general se han distanciado de formulaciones de corte especulativo e idealista, porque consideran que resultan dañinas a los objetivos emancipadores de los pueblos. Este rasgo de concreción se observa también en relación con las instituciones políticas. Esto se aprecia en Bolívar cuando planteaba:

Los códigos que consultaban nuestros magistrados no eran los que podían enseñarles la ciencia práctica del gobierno, sino los que han formado ciertos buenos visionarios que, imaginándose repúblicas aéreas, han procurado alcanzar la perfección política, presuponiendo la perfectibilidad del linaje humano. Por manera que tuvimos filósofos por jefes, filantropía por legislación, dialéctica por táctica, y sofistas por soldados. Con semejante subversión de principios y de cosas, el orden social se resintió extremadamente conmovido, y desde luego corrió el estado a pasos agigantados a una disolución universal, que bien pronto se vio realizada, (Bolívar, 1975, p. 9).

Generalmente, los más dignos representantes del pensamiento político latinoamericano concibieron las instituciones en sus expresiones más concretas, como el panameño Justo Arosemena, quien con analítico realismo planteaba:

El municipio es la verdadera sociedad: la Nación no es sino una pura idealidad, una abstracción, a la cual no deben subordinarse los intereses de la ciudad o del común. Emancipemos pues las ciudades, o grupos de poblaciones dependientes entre sí por igualdad de situación y de necesidades. (Arosemena, 1953, p. 198)

Por supuesto que esta cuestión no se reducía a un simple debate filosófico. Por el contrario, tendría profundas implicaciones prácticas en el período posterior a la

independencia, cuando cualquier concepción errónea sobre la significación e incidencia de las instituciones produciría un inmediato efecto práctico y muy material. No eran tiempos de diluir los análisis en entidades metafísicas.

Sin embargo, esto no significa que el pensamiento político latinoamericano se haya caracterizado por desdeñar el análisis teórico, no solo de las instituciones, sino de otros fenómenos sociales. En verdad, es todo lo contrario. Desde su gestación, los debates filosóficos, teológicos y científicos serían muy frecuentes en la intelectualidad latinoamericana, a partir de la profunda convicción de que si no se posee claridad teórica en relación con el objeto por el que se lucha, el resultado puede ser contra-productivo.

El pensamiento político latinoamericano y el “humanismo práctico”

De ahí que la mayor parte del pensamiento filosófico, teológico y político latinoamericano, desde el proceso de la conquista y colonización, se haya caracterizado por estudios de extraordinaria profundidad teórica, tal vez con la precoz concepción, luego expresada por Einstein, de que no hay nada más práctico que una buena teoría.

El pensamiento político latinoamericano, en sentido general, se ha distinguido por evitar las discusiones estériles o sobre temas metafísicos trascendentales. En su lugar, ha sido más común la preocupación por cuestiones terrenales que reclama el «humanismo práctico» y de significación auténtica al corresponderse con las luchas sociales de cada época histórica. Por esa razón, Alberdi había destacado que la filosofía en estas tierras obligatoriamente tendría preocupaciones de carácter político, porque tales eran las exigencias comunes de los pueblos latinoamericanos, una vez planteada a los pueblos latinoamericanos la tarea de romper con la tutela colonial y emprender la marcha política independiente (Bautista, 1986).

Resulta necesario precisar de qué modo el pensamiento político latinoamericano, desde sus primeras expresiones con la modernidad hasta nuestros días, ha contribuido de alguna forma al enriquecimiento teórico a escala universal del papel de las instituciones, y en especial su relación con la cultura y la paz.

Tal análisis no tiene la pretensión de desconocer los aportes a esta problemática de la cultura occidental, pues en definitiva el pensamiento político latinoamericano forma parte activa de ella, pero sí debe contribuir a debilitar el eurocentrismo que ha

caracterizado generalmente a la filosofía y la ciencia. Cualquier contribución que brinde elementos para la justa valoración del pensamiento político latinoamericano sobre el análisis de estos temas no solo elevará su estimación, sino también la de toda la cultura occidental.

Las instituciones, desde el momento en que se constituyen, son instrumentos de poder, porque ellas han sido conformadas por grupos sociales, clases, sectores dominantes que aprecian en ellas un valioso instrumento para imponer sus intereses, a través del derecho. Resulta difícil encontrar que alguien desconozca, subestime o desprecie cualquier institución, pues en última instancia cualquiera de ellas significa alguna forma de poder. De ahí que José Martí (1975) expresase: “(...) ¡feliz el que desdeña lo que tantos se disputan! La indiferencia del poder es la prueba más difícil y menos frecuente de la grandeza del carácter” (p. 177).

El paradójico poder de las instituciones se revela de diversas formas. Si bien por un lado la humanidad no hubiera podido desarrollarse sin ellas, por el otro, toda su historia está marcada por la lucha contra múltiples de sus formas de alienación.

Desde las primeras manifestaciones de organización humana en la gens, la tribu, el pueblo, hasta formas más avanzadas como el Estado, los tribunales, las iglesias, las ciudades, las constituciones, los partidos políticos, los sindicatos, las diversas organizaciones de la sociedad civil, etc., los hombres han tratado de encontrar en ellas algún tipo de protección y realización personal, pero a la vez, paradójicamente, han temido a su poderío al considerar que se constituyen en poderoso búmeran que pone en peligro sus intereses individuales.

A pesar de dicho reconocimiento —que podría llevar a pensar que lo más lógico sería que la humanidad tendiese a disminuir el número y magnitud o el poder de las instituciones—, no deja de resultar también paradójico observar todo lo contrario, pues en realidad, especialmente a partir de la modernidad, la tendencia ha sido incrementar su número y aumentar sus esferas de dominación.

El hombre moderno ha preferido soportar nuevas formas de enajenación a cambio de tener la posibilidad, como utopía abstracta, de disponer de mayor libertad y evasión de poderes arbitrarios. Todo indica que esa tendencia es ya irreversible.

Una paradójica situación se revela en cuanto a la especificidad de las instituciones políticas se muestra en relación con su objetividad y la actuación, impulsada por móviles subjetivos, de los encargados de hacerlas funcionar o de recibir sus beneficios y sanciones. En definitiva, estas han surgido producto de la creatividad intelectual de pensadores, funcionarios, intelectuales, gobernantes, etc., quienes casi siempre han tra-

tado de presentar como beneficiosas para toda la población las medidas e instituciones generadas. Bien es sabido que esto no ha sido así, y nunca lo será, pues, como plantea Dedieu (2000):

Una institución, en efecto, no funciona sino con hombres. La información, en última instancia, no la procesan máquinas, sino personas. Personas inmersas, a su vez, en redes sociales que desbordan por todas partes a la institución, pero redes que están presentes dentro de la misma cada vez que actúa un actor institucional. Entre la institución y la sociedad, los hombres son el puente. (p. 28)

Tal condición de puente da lugar a que los hombres sean los encargados de hacer funcionar las instituciones o de recibir el resultado de sus efectos mediadores nunca neutrales axiológicamente, lo que significa, cargados de valores, ideologías, concepciones, etc., que de algún modo permean su actuación.

Es sabido que la «mediación» presupone de algún modo cierta permeable interacción entre las dos cualidades que deben entrar en contacto para lograr una cualidad que supere a ambas. Esto quiere decir que no se trata de una actividad indiferente o neutral. Siempre estará caracterizada la «mediación» por elementos de las dos entidades que deben ser conectadas, y en este caso los «puentes» son individuos concretos que deben interactuar entre las instituciones y la sociedad, pero ninguna de las dos es abstracta, sino muy concreta, por lo que responden a intereses de sectores, grupos, redes, clases, partidos, sindicatos e innumerables entidades de la sociedad civil.

Por lo tanto, resulta difícil admitir la existencia de instituciones desprovistas de perspectivas axiológicas, pues aunque sus respectivas misiones se plasmen en estatutos, reglamentaciones, códigos, etc., siempre todos ellos serán puestos en práctica por individuos concretos que, generalmente durante sus jornadas de trabajo, no podrán prescindir de sus respectivas ideologías, concepciones políticas, jurídicas, religiosas, éticas y hasta estéticas.

Existe un determinado consenso en cuanto a considerar las instituciones como entidades que aspiran a viabilizar y ordenar determinadas relaciones sociales, pero a la vez pretenden controlar la actuación de determinados grupos, y a través de ellos, de alguna forma, a toda la sociedad. Es ahí precisamente donde también se manifiesta su carácter paradójico, pues casi siempre tienen pretensiones universales, pero deben orientarse en primer lugar hacia un sector particular de la población. En definitiva, ninguna de ellas logra el cometido de representar o satisfacer las necesidades de la totalidad de la población,

más el hecho de que lo intenten da lugar a que muchos individuos se sientan al menos representados o que puedan satisfacer sus exigencias en determinadas circunstancias.

Tal es la paradójica situación que se observa en la democracia representativa, pues lo más común es que en la conformación de las instituciones políticas no participe la totalidad de la población, sino una reducida parte que asume protagonismos de representación (Picarella, 2018, p. 33).

Lo importante no es tanto los mecanismos de validación de tal representatividad, sino de aceptación por parte de aquellos que no participan directamente en su conformación.

Una vez constituidas las instituciones políticas, resulta por lo general más fácil, mediante innumerables vías de cooptación, encontrar aceptación entre la mayoría de la población que sustituirlas por otras de mayor aceptación. De igual forma, es más viable el reacomodo de las normas o reglamentaciones que la derogación o sustitución total de ellas.

En definitiva, todas las instituciones de algún modo expresan alguna forma de alienación, pues siempre sus poderes se revierten directa o indirectamente sobre sus propios creadores. Este hecho no debe concebirse como la manifestación de una presunta «naturaleza enajenable» del hombre, sino como expresión histórica de limitaciones propias del desarrollo de la «condición humana» circunstancialmente favorecidas y, por tanto, superables.

Aunque existen innumerables esferas en que se corporizan las instituciones, serán objeto esencial de análisis en este estudio las políticas, pues ellas parecen subsumir a todas las demás de alguna forma, ya que en definitiva no solo están relacionadas con ellas, sino que en la mayoría de las ocasiones las tutelan y controlan.

Algunos autores consideran que

Por otra parte, las instituciones políticas, en un sentido más estricto, pueden definirse como acuerdos formales para vincular individuos y regular su conducta a través del uso de reglas explícitas, procesos de decisión ejecutados por un actor o grupo formalmente dotados y reconocidos como poseedores de ese poder. Obviamente, ni la «cultura» ni las «normas» son explícitas o están formalizadas. (Rothstein, 2001, pp 215-216)

En verdad, tales acuerdos no son tan formales, sino muy reales, pues establecen mecanismos de promoción, dominación y control de poderes tan reales como los

reconocimientos, las premiaciones, las sanciones, la cárcel, el exilio e incluso persecuciones que en ocasiones terminan en el homicidio.

El hecho de que las instituciones políticas, al igual que el resto de las instituciones sociales, posean instrumentos formales para su despliegue no significa que su impacto quede limitado a las formalidades —además porque la formalidad en la política presagia el desinterés en la población— (Galcerán, 2016, p. 41), pues en verdad estas cuentan con extraordinarias vías muy efectivas para realizar sus objetivos.

El día que estas desaparezcan y queden reducidas a lo superficial y lo formal, las funciones de las instituciones políticas perderán su contenido. De hecho, dejarán de ser, al distanciarse de lo que las distingue. Pero ciertamente, esto nunca sucederá, sino todo lo contrario, pues en los últimos tiempos se ha apreciado que se han debilitado sus aparatos formales y se han fortalecido sus instrumentos de poder reales. Todo indica que esta tendencia no se invertirá, sino que se incrementará, sin que esto necesariamente constituya una paradoja, ya que en verdad las instituciones políticas han surgido y se han desarrollado para cumplir determinadas funciones de control y fiscalización real en favor de determinados grupos o clases sociales.

Sobran razones para pensar que “Las instituciones políticas surgen como sistema de seguridad para darles respuesta eficaz a las situaciones de inseguridad que se presentan en la convivencia social. En realidad toda institución política trata de evitar un posible conflicto (Angulo, 2001, p. 46).

Tal vez sea esa la misión esencial que las caracteriza. Pero una cosa es estas pretendan a ofrecer “respuesta eficaz” a tales situaciones de inseguridad y otra cuestión es que lo logren. Pues en ocasiones resulta contraproducente que produzcan mayor inseguridad las brutales acciones de las fuerzas policivas, militares y jurídicas, encargadas de mantener el “orden” (Naranjo, 2000, p. 120). De manera que no todo es color de rosa en las funciones de las instituciones políticas. Por supuesto que tales situaciones son muy diferentes en diversos países, en correspondencia con el papel que pueda desempeñar la sociedad civil como muro de contención ante las posturas irracionales de algunas de las instituciones de la sociedad política. Pero, aun así, incluso en aquellos países más desarrollados donde, se supone, la modernidad alcanzó mayores logros, sorprenden las noticias de brutales represiones a huelgas obreras, estudiantiles, etc.

Sin duda, la institución política por excelencia ha sido, es y será el Estado. En él confluyen la mayor parte de los poderes que sintetizan las luchas de factores endógenos y exógenos. Pero estas se modifican sustancialmente con las transformaciones socioeconómicas que se han operado en el mundo a partir de la modernidad. Latinoamérica no

ha estado al margen de dichos efectos. Por el contrario, ha sido un elemento decisivo en la conformación del «sistema mundo» (Wallerstein, 2002) del capitalismo.

A partir del momento en que este transitó de su fase premonopolista a la monopolista o imperialista, se produjeron significativos cambios en relación con la pérdida de soberanía. Esta situación se recrudecería aún más con el despliegue de la globalización presuntamente posmoderna (Guadarrama, 2006). De manera que en la actualidad se ha podido detectar y revelar las severas consecuencias que para estos países ha traído la injerencia de las transnacionales (González, 2009, pp. 186-187).

En relación con esta problemática de la incidencia de los poderes de las transnacionales sobre las instituciones y decisiones políticas de numerosos países, Toni Negri y Michael Hardt (2001) han sostenido que “(...) la soberanía ha tomado una nueva forma, compuesta por una serie de organismos nacionales y supranacionales unidos bajo una única lógica de mando” (p. 44). Por supuesto que tal lógica de mando no radica en verdad en los gobernantes latinoamericanos, sino en los megapoderes, tales como G7, G20, FMI, Banco Mundial, BID, etc., que imponen los criterios prevalecientes en el mercado mundial.

A partir de una concepción amplia de la política —que, como su etimología indica, tiene que ver con todos los asuntos relacionados con el control y el ejercicio del poder en la ciudad (*polis*)—esto significa que su ámbito de actuación es muy amplio, pero a la vez tiene límites que los gobernantes deben tener muy presentes.

Una cuestión es la política como praxis de control y dominación de determinados sectores sociales, partidos, gobiernos, etc., y otra es su estudio, ya sea por la filosofía política, la ciencia política, la sociología política, etc.

Si en el caso de la práctica política —aunque presuponga el manejo de la información que le pueden proporcionar diversos estudios sobre la realidad social en que debe desempeñarse— en ocasiones prevalecen algunos mecanismos que escapan al análisis científico. De ahí que a veces se diga que la política es ante todo un arte, lo cual no dista mucho de la verdad. Pero cuando se emprende el análisis riguroso de las causas que determinan algunas acciones políticas, sus manifestaciones, efectos, objetivos, etc., deben prevalecer los exigidos instrumentos epistemológicos y metodológicos propios de las ciencias sociales para poder admitir la posible validez de sus resultados y recomendaciones.

Lógicamente, si son las instituciones políticas las que subsumen de algún modo a todas las demás, esto significa que aquella que contenga el mayor poder de control y dominación tendrá la supremacía con respecto a las demás instituciones de la sociedad,

como se pone de manifiesto en las constituciones. En ellas se concentra el mayor nivel del poder, de manera que un pueblo que alcance una cultura política superior estará en mejores condiciones, no solo de ejercer el protagónico papel de autogobernarse, sino también de propiciar relaciones pacíficas con otros pueblos y hacer todo lo necesario —ya que nunca es posible eliminar todos los conflictos sociales— para tratar, al menos, de mitigarlos, en especial cuando se trate de guerras civiles o con países vecinos, por lo general hermanos en la historia, como es el caso de los latinoamericanos.

Un análisis en cualquier país sobre democracia, derechos humanos, libertades públicas, soberanía, justicia, (Guadarrama, 2016) y, sobre todo, en relación con la paz, (Guadarrama, 2017), aunque el país no se encuentre en guerra, tiene que asentarse ante todo en principios constitucionales que permitan a los representantes de las diversas instituciones jurídicas, policivas, militares y civiles actuar con el respaldo de la ley.

Paradójicamente, no siempre el perfeccionamiento de las constituciones, de los códigos penales y de otras instituciones políticas o jurídicas conduce a una disminución de los delitos e ilegalidades, pues esta depende más de la situación socioeconómica del país en cuestión, de la magnitud de las desigualdades sociales existentes, de la eficiencia de los gobiernos y sus instituciones fiscales, etc., que de la cultura política o ciudadana de la población, aunque estas últimas pueden contribuir a su mejoramiento.

Ha sido nota común entre investigadores latinoamericanos comparar innumerables aspectos socioeconómicos, políticos y culturales latinoamericanos con lo sucedido en Estados Unidos de América. En ese sentido no han faltado los que comparan las instituciones que han dado lugar a desarrollos totalmente diferentes (Bidart, 1988, p. 19).

Resulta necesario destacar que este autor no solo destaca las diferencias existentes en ese aspecto entre los países latinoamericanos y los Estados Unidos de América, sino que reconoce a su vez las paradojas que han existido también entre las constituciones y la realidad sociopolítica de este país.

Otro aspecto en el cual se revela el paradójico carácter de las instituciones, especialmente de las políticas, es en su perduración, pues si las nuevas siempre traen algunas consecuencias indeseables, peor resulta cuando algunas se anquilosan y no se renuevan en correspondencia con las cambiantes exigencias de los tiempos, por lo que dejan de ser auténticas (Guadarrama, 2009, pp. 58-59).

Este proceso no se comporta de esa forma en el caso de las instituciones de otro carácter como las educativas, donde, por el contrario, se exige mayor renovación constante (Tünnermann, 1999, pp. 95-110). Lo cierto es que incluso en aquellas instituciones donde regularmente deben prevalecer ideologías más conservadoras, como las iglesias

o los tribunales penales, se observa en los últimos tiempos una mejor disposición a la renovación.

Los extremos se tocan. Por lo tanto, si bien no es aconsejable la eternización de las instituciones políticas, tampoco es recomendable someterlas a incesantes cambios que no posibiliten la suficiente maduración de las funciones que deben realizar (Weingast, 2001, p. 268).

En relación con los cambios en las instituciones, existen innumerables teorías, desde las más conservadoras, que las conciben casi como estáticas, hasta las más renovadoras, que estimulan la mutación constante. Entre ellas se encuentra el nuevo institucionalismo (Vergara, 1997, pp. 19-20).

América Latina ha sido generalmente un permanente laboratorio de demostración de lo nefasto que resultan para la población los cambios radicales de instituciones, especialmente cuando se producen cambios gubernamentales. Este ha sido un terreno de debate ideológico, fundamentalmente entre conservadores, liberales, socialistas, anarquistas, fascistas, neoliberales, etc.; aunque también en los últimos tiempos, con el surgimiento de movimientos sociales que han puesto en jaque la existencia de los partidos tradicionales, han aparecido otras concepciones y prácticas al respecto.

En muchas ocasiones, algunas instituciones no han comenzado a dar sus primeros frutos cuando se ven interrumpidas sus funciones por gobernantes que arriban al poder con mesiánicas posturas populistas “novedosas” que desean romper de manera nihilista con el pasado, y en ocasiones, lamentablemente, se verifica el criterio según el cual no siempre lo nuevo es superior a lo viejo.

Estas prácticas se incrementarían en la maduración de la modernidad latinoamericana, en particular desde el siglo XVIII con el “despotismo ilustrado”, pero llegarían a inusitadas proporciones tras la independencia y con el inicio de la vida republicana, por lo que se les prestaría mayor atención desde entonces hasta nuestros días.

Para que las instituciones cumplan debidamente su cometido deben ser históricas, es decir, corresponderse adecuadamente con su época y sus circunstancias. Cualquier tipo de eternización de ellas resulta contraproducente. Además, no siempre las instituciones se corresponden con las demandas e intereses de determinados grupos sociales. Prueba de ello es que Duverger (1962) señala: “En el siglo XIX eran los partidos de izquierda los que reclamaban constituciones: hoy son más bien los partidos de derecha los que las reclaman” (p. 8). Esto no quiere decir que en la actualidad las izquierdas las rechacen; otra cuestión es que las consideren insuficientes o inadecuadas y se planteen renovarlas, pero, paradójicamente, nunca eliminarlas o desconocerlas.

Otra expresión de la historicidad de las instituciones en el ámbito del pensamiento político latinoamericano se aprecia en relación con la promoción de la revolución o la evolución. Si durante el período independentista se caracterizaría por la promoción de radicales ideas revolucionarias, inspiradas en el jacobinismo de Rousseau, posteriormente, durante la consolidación de la vida republicana, predominaría el reformismo y el evolucionismo, que preconizaría ante todo el “orden y progreso” auspiciado por el positivismo *sui generis* latinoamericano (Guadarrama y Maddaloni, 2016), como se evidencia en la Revolución Mexicana (Funes, 2014, p. 111).

Tal vez una de las instituciones de mayor atención por parte del pensamiento político latinoamericano, especialmente desde la ilustración hasta el presente, haya sido la democracia. Sin embargo, desde sus primeras manifestaciones de implementación, en esta región se evidenció que no resultaba fácil desprenderse del autoritarismo que había caracterizado tres siglos de dominación colonial y del caudillismo que se le opuso durante el proceso independentista y el surgimiento de las repúblicas, hasta el punto de mantenerse vivo en cierta forma incluso en nuestros días, asumiendo entre otras formas el presidencialismo como una forma de “democracia controlada por el jefe” (Mejía, 2013, p. 56).

Tanto los precursores de la independencia como sus próceres, herederos y hasta críticos han tenido que pronunciarse sobre el tema del sobredimensionado poder de los presidentes y del populismo, renovador del caudillismo (Patiño, 2007, p. 68), porque han sido consustanciales a la construcción de la modernidad, que en el caso de América Latina no fue postergada, como sostiene Rubén Jaramillo Vélez (Jaramillo, 1990, p. 9), sino “malograda” (Guadarrama, 1998).

Lo cierto es que su paradójico carácter no debe servir de excusa para rechazarla, sino todo lo contrario, debe constituir un motivo esencial para luchar por perfeccionarla a partir del criterio de que ningún país debe considerar que posee el «democratómetro» perfecto para medir las proporciones de las instituciones democráticas en otros países y no en el propio, aunque se debe reconocer que existen algunas de ellas y valores universales, que no constituyen patrimonio exclusivo de la modernidad y la sociedad burguesa, sino que han sido elaborados y conquistados por múltiples pueblos durante el largo proceso de evolución de la humanidad.

Para Norbert Lechner (1995):

He aquí la paradoja: la revaloración de la democracia en América Latina se apoya en una cultura política que privilegia el consenso y la comunidad, o sea, una legitimación cultural que, por otra parte, dificulta precisamente la consolidación de

una democracia representativa. En ello radica el déficit institucional de modernidad que mencionamos antes. Al mismo tiempo, sin embargo, esta cultura política representa un recurso indispensable en tanto genera una imagen de futuro que permite postergar la satisfacción de las necesidades. (p. 29)

Los pueblos latinoamericanos, del mismo modo que con la independencia y la vida republicana lograron la realización del predominio de instituciones democráticas, estaban y están obligados a perfeccionarlas, pues no se justifica una vuelta atrás, ni a regímenes monárquicos ni a dictaduras fascitoides, como las que en el pasado siglo estos tuvieron que padecer.

Sin embargo, por paradójico que resulte, “(...)los golpes militares y los regímenes autoritarios, además de afirmarse mediante el terror, también logran cierta adhesión apoyándose en la cultura autoritaria de buena parte de la población y contribuyendo a difundirla” (García, 1989, p. 171).

No cabe duda de que en determinados sectores de la población se mantiene el criterio de Goethe de preferir la injusticia al desorden. Esto es, identificarse con dictaduras militares al estilo de Pinochet, en lugar de hacerlo con gobiernos elegidos democráticamente, como el de Allende, que no era del agrado de la oligarquía chilena ni del gobierno yanqui porque se orientaba hacia un rumbo socialista. Tales ideas militaristas sobre los gobiernos distan mucho de las de varios pensadores y líderes latinoamericanos, como José Martí (1975), para quien “(...) el poder en las Repúblicas sólo debe estar en manos de los hombres civiles. Los sables, cortan. — Los fracs, apenas pueden hacer látigos de sus cortos faldones” (p. 95).

Llama la atención la forma en que los sectores dominantes han sido capaces de imponer ideológicamente las preferencias hacia políticas de mano dura, hasta el punto que han permeado a los propios sectores contestatarios (Vilas, 1998, p. 41), lo que demuestra que paradójicamente algunas instituciones antidemocráticas pueden cultivarse en grupos de sectores populares de diversas posturas ideológicas.

Aún hoy las preferencias hacia gobiernos de derecha por amplios sectores de la población en algunos países latinoamericanos confirman las ideas de Juárez, según las cuales cada pueblo tiene el gobierno que se merece. Así como el respeto al derecho ajeno es la paz, ante tales victorias de algunos candidatos de derecha, —que muy rápido decepcionan a sus propios electores— no debe prevalecer más que el respeto, no obstante, el posible cuestionamiento de los mecanismos de cooptación ideológica cada vez más sofisticados de los procesos electorales.

Los vaivenes de derechas e izquierdas apreciados en algunos gobiernos latinoamericanos en las décadas recientes confirman el paradójico criterio sobre las instituciones democráticas, pues si bien se supone que deben representar los intereses mayoritarios de los sectores populares, en algunos países gobernados por líderes de izquierda estos han sido derrotados en elecciones, pues la derecha ha sabido atisbar el temor al «diablo comunista» y otros engendros.

Esta situación comenzó a observarse a partir del derrumbe del socialismo soviético. Dos décadas después de ese planteamiento la situación se ha tornado algo diferente. Las nuevas e interminables expresiones de descontento, sobre todo de una siempre vacilante clase media, son aprovechadas muy bien por los cantos de sirena de las propuestas neoliberales de candidatos victoriosos de la derecha. Poco tiempo después, al asumir el poder, se evidencia su verdadera raigambre y se producen nuevas huelgas y manifestaciones por parte de los que poco antes habían votado por ellos. Lo cual no parece ser una paradoja, sino la confirmación de una tendencia común de las demagógicas luchas electorales latinoamericanas. Se dice que las mentiras son lo más común en las elecciones, durante las guerras y después de la cacería.

Es lógico que el carácter paradójico de una institución como la democracia haga que sea considerada por múltiples representantes del pensamiento político latinoamericano, no sólo de orientación marxista (Guadarrama, 2013), como una práctica gubernamental conflictiva y, consecuentemente, un objeto teórico de análisis muy polémico (Portantiero, 1995, 216).

Esto significa que, según este autor, las propuestas socialistas resultan más favorables para el ejercicio de la democracia que las neoliberales. Es conocido que el neoliberalismo, como señala Chomsky (2004), no es muy amigo de las democracias, de ahí que no sorprendiesen las simpatías de Von Hayek y Friedman por Pinochet.

A esto se añade que, como plantea Mac Pherson, la tradición general occidental del pensamiento político desde Platón y Aristóteles hasta los siglos XVIII y XIX fue en esencia antidemocrática, en tanto se pensó durante mucho tiempo que la democracia era el gobierno de los pobres, los ignorantes y los incompetentes, a expensas de las clases ociosas, civilizadas y ricas. Por esa razón, en los primeros documentos de la vida republicana de los países latinoamericanos, al igual que había sucedido en los de los nacientes Estados Unidos de América, se evitaba hacer alusión al término «democracia», y en su lugar era más común usar el de «república» (Gross, 1988, pp. 185-186).

Desde la conformación de la modernidad, y especialmente en los últimos años, los grupos dominantes han sabido manejar con astucia la democracia y han propiciado

formalmente algunas de sus propuestas, pero al mantener intactas las jerarquías de poder real, no han tenido nada que temer, pues incluso los cambios gubernamentales reformistas, aun cuando hayan sido realizados por gobiernos de izquierda, no han producido transformaciones radicales del orden socioeconómico, y por tanto, como la sabiduría popular expresa, “cambian de gobierno para que todo siga igual o incluso peor”.

Aceptar este hecho presupone considerar válido el criterio según el cual “en las sociedades occidentales, donde el principio de legitimación democrática es todavía predominante, suele haber acuerdo en que lo prioritario es la democracia formal” (Guedan & Escobar, 2015, pp. 274-275).

No cabe duda de que en determinados momentos esto ocurre, pero aceptarlo del todo implicaría no admitir la posibilidad de que cambios democráticos reales puedan producirse en el seno de la institucionalidad de la contradictoria y paradójica democracia representativa —ante la imposibilidad de realización de la democracia directa— (Hernández, 2014, p. 221) que salvaguarda la sociedad capitalista (Lechner, 1995, p. 445).

Es necesario admitir que en determinados países puede producirse un relativo equilibrio del experimento democrático, cuando coinciden una serie de factores que favorecen cierta estabilidad política (Colomer, 2001, p. 232).

Este criterio bien puede conducir al inmovilismo por parte de los sectores sociales que, imbuidos de un rotundo pesimismo, no lucharían por mejoras sociales (Sen, 1997, p. 197). La otra opción es promover la radical propuesta de que la justicia social solo puedan alcanzarse mediante una revolución socialista.

De manera que la gran paradoja de la institución de la democracia representativa es que, aunque ella en verdad no representa los intereses de la mayoría de la población —la cual ni siquiera participa en los procesos electorales por múltiples causas: hastío ante la corrupción y genuflexión de los candidatos ante las oligarquías nacionales y transnacionales, insatisfacción por el formalismo de los procesos (Colectivo, 1989, p. 19) analfabetismo, lejanía de los colegios electorales, etc.—, tampoco es recomendable ignorarla o subestimarla promoviendo el abstencionismo, que por regla general no beneficia a los sectores populares (Zuluaga, 2014, pp. 240-241).

La paradoja de la democracia

La gran paradoja de la institución democrática consiste en que, aunque se reconozcan sus limitaciones para poder viabilizar efectivas transformaciones favorecedoras de

la mayoría de la población, es necesario cultivarla y profundizarla si se pretenden alcanzar algunos logros sociales en beneficio de los sectores populares.

No hay otra alternativa ante las insuficiencias de la democracia, pues no existe mejor fórmula superadora que enriquecer y perfeccionar la democracia. Puede ser que en un futuro lejano las instituciones elaboren nuevas formas de ejercer de manera más adecuada el poder político, pero por el momento no existe mejor vía para superar las insuficiencias de la democracia que la propia democracia.

En la actualidad, con el desarrollo tecnológico comunicativo se le plantean a la democracia numerosos desafíos paradójicos, pues está claro el impacto que las redes sociales desempeñan en cuanto a la información o desinformación de los votantes en los procesos electorales; por lo tanto, esta cuestión amerita la máxima atención.

Hoy resulta imposible desconocer la influencia de las redes sociales en cuanto a la conformación de la opinión pública. Intentar desconocerlas o subestimarlas constituye un grave error que se puede pagar muy caro. Actualmente, las propuestas neoliberales han tenido más éxito mediático que económico, por lo que numerosos sectores sociales, incluso populares, se han dejado influir por tales falacias, y cuando ya reaccionan ante la implantación de medidas que atentan contra sus intereses es tarde, pues tienen el aval otorgado por triunfos electorales manipulados.

Si se desea entrar en la batalla de la lucha política no queda otra alternativa que incursionar en estas y contribuir de algún modo a la adecuada formación de una cultura política, y una de las vías es a través de las vías comunicativas de las redes sociales, pues, (...) De nada sirve que tengamos regímenes democráticos en Latinoamérica si los ciudadanos no participamos activamente en la toma de decisiones, como tampoco nos sirven las redes sociales y la blogósfera si no desarrollamos una culturización digital en torno a estas (Madrid, 2014, p. 228).

Si bien es cierto que la enajenación actual se manifiesta en formas de cosificación dada la nefasta dependencia de una gran parte de la población de sus teléfonos celulares, parece que la batalla contra las mismas, además de promover otras vías informativas y comunicativas, tiene que desarrollarse por medio del perfeccionamiento de la lucha ideológica en favor de formas superiores de democracia a través de los ya engrasados mecanismos de las redes sociales.

De ahí que resulte esencial y estratégico promover la cultura política a través de vías educativas tanto formales como informales, pues:

Una principal actividad de las instituciones políticas es la de educar a los individuos para convertirlos en ciudadanos bien informados. Tal tipo de ciudadano es aquel que está familiarizado con las reglas correctas de conducta y con las virtudes morales e intelectuales del gobierno, por lo cual conoce las razones institucionales de las conductas y puede justificarlas por referencia a las exigencias de un orden superior. (March & Olsen, 1997, p. 254)

Esta ha sido una exigencia históricamente planteada por los más destacados pensadores latinoamericanos desde el inicio de las luchas por la dignificación de estos pueblos. En consecuencia, Francisco de Miranda llegó a plantear que un pueblo que desconociera la filosofía estaba condenado a ser esclavo.

Tanto Bolívar como Martí insistieron en que la educación era una de las vías fundamentales para conquistar la verdadera emancipación humana y contribuir al enriquecimiento de la condición humana.

La humanidad no habría podido dar un solo paso progresivo desde sus primeros estadios hasta la actualidad si hubiese prescindido de las instituciones políticas. Ellas, desde su aparición hasta nuestros días, han sido expresión de poder y, a la vez, de debilidad del hombre en su lucha por alcanzar mejores formas de vida. En esa labor las instituciones le han permitido superar innumerables obstáculos frente a diversas formas de enajenación, pero simultáneamente su aparición y la generación de nuevas manifestaciones han propiciado otras no menos alienantes. En esto consiste, entre otras consideraciones, el paradójico carácter de las instituciones.

Ellas son entidades creadas por determinados grupos o clases sociales con objetivos ideológicos específicos que responden básicamente a sus intereses; sin embargo, se presentan con proyecciones universales en las que aparentan representar los de toda la sociedad.

No es difícil percibir la verdadera esencia de cada una de las instituciones políticas que se manifiesta a través de determinadas apariencias. Mas, en muchas ocasiones estas últimas cambian parcialmente o parecen hacerlo totalmente, y con el tiempo se revela que estas transformaciones han sido cosméticas. Este fenómeno se produce en todo tipo de instituciones, pero donde resulta más fácil identificar tales supuestas metamorfosis es en las políticas, pues ellas de algún modo sintetizan las expresiones de intereses de múltiples sujetos de la sociedad civil.

El pensamiento político latinoamericano que se ha forjado en lo esencial desde la modernidad, aunque necesariamente tuvo expresiones en las más desarrolladas civilizaciones

originarias de América —de lo contrario no se explica que hubiesen llegado a tener instituciones políticas, jurídicas, económicas, religiosas, educativas, etc.—, se ha manifestado de un modo u otro en relación con el poder de las instituciones políticas, porque la única forma de asumir una postura práctica ante ellas, especialmente para transformarlas, era estudiando sus estructuras y mecanismos.

Ahora bien, la lucha por la realización de un «humanismo práctico» en diversas etapas del desarrollo de los pueblos latinoamericanos ha dado lugar a que sus intelectuales se hayan preocupado más por analizar las características, funciones y particularidades de las instituciones, especialmente políticas, de cada país, que por realizar estudios generales y construcciones teóricas metafísicas sobre ellas.

Este hecho no debe llevar a pensar que el pensamiento filosófico y político latinoamericano se ha caracterizado en su desarrollo por tendencias pragmáticas. En verdad, es todo lo contrario. Ha habido una preocupación permanente por el enriquecimiento teórico y el cuestionamiento crítico de algunas concepciones provenientes de otros contextos, fundamentalmente europeos, en el normal proceso de transculturación, que si bien resultan aportadores, a veces son sesgados por emanar de contextos históricos culturales muy diferentes.

Las reflexiones de los pensadores latinoamericanos sobre las instituciones políticas deben ser reconocidas, pues desde que se produce el controvertido “descubrimiento”, los pueblos de esta región, y por tanto sus instituciones, se convierten en objeto imprescindible de análisis de pensadores tanto vernáculos como de otras latitudes sobre la especificidad de las culturas de estas tierras. La crítica al eurocentrismo no debe conducir al extremo de desconocer los aportes del pensamiento europeo a la cultura universal, pero extrapolar sus potencialidades implica desconocer o subestimar los de otras regiones del orbe.

Esto significaría no solo subvalorar el papel de los pensadores latinoamericanos, sino algo peor: considerar que todas las soluciones a las demandas de los pueblos de esta región las hayan podido ofrecer exclusivamente intelectuales europeos. Esto tiene una posible consecuencia ideológica preocupante: creer que en la actualidad hay que esperar por las ideas generadas por pensadores europeos para resolver los problemas que afrontan hoy estos países.

El pensamiento político latinoamericano se ha caracterizado por develar las tendencias ideológicas ocultas en las instituciones generadas tanto por el poder colonial como las nuevas creadas en la vida republicana, al demostrar que ninguna de ellas es expresión de una presunta neutralidad axiológica.

Precisamente, al revelar las esencias de las diversas expresiones de poder que subyacían en las distintas instituciones durante la época colonial, demostraban por qué razón se debían combatir y generar una nueva institucionalidad apropiada a los nuevos tiempos republicanos.

Del mismo modo, en las últimas décadas los estudios más profundos de investigadores latinoamericanos sobre la especificidad de las instituciones han contribuido a una mejor comprensión de su carácter y han demostrado que mientras algunas han favorecido el enriquecimiento del humanismo práctico, otras, o las mismas en otras condiciones y relaciones, han tenido un carácter enajenante.

La institución política que por excelencia expresa ese carácter es el Estado. Sin embargo, paradójicamente, ¿qué hubiera sido del proceso civilizatorio si este no hubiese aparecido y desarrollado en sus diversas formas?

De igual manera, la democracia ha sido la forma que mayores posibilidades tiene de favorecer a una mayor cantidad de sectores populares. Independientemente de las formas históricas a través de las cuales han existido —a cada una de ellas se le pueden indicar sus falencias—, lo cierto es que han contribuido y prometen seguirlo haciendo a favorecer las condiciones de enriquecimiento de la condición humana.

Si alguna institución puede continuar promoviendo el proceso de fortalecimiento del humanismo práctico y ayudando a enfrentar las diversas formas históricas de alienación es la democracia, apuntalada como las columnas de la educación y la cultura.

El pensamiento político latinoamericano ha expresado en diversas épocas la confianza en ese postulado, y la investigación en las ciencias sociales debe continuar contribuyendo a esa labor si se aspira, como debe ser, a cultivar la paz en y entre los pueblos, en lugar de ponerla en peligro.

Referencias

- Angulo, A. (2001). *Instituciones políticas y derecho constitucional general*. Bogotá: Leyer.
- Arosemena, J. (1953). El estado federal de Panamá. En R. Miró (Comp.), *Documentos fundamentales para la historia de la acción panameña* (p. 198). Panamá: Asamblea Legislativa de la República de Panamá.
- Bautista, J. (1986). Ideas para un curso de filosofía contemporánea. En L. Zea (Ed.), *Ideas en torno de Latinoamérica*. México: Ediciones UNAM.

- Bidart, G. (1988). Constitución y democracia en el Nuevo Mundo. En H, Fix-Zamudio (Ed.), *Constitución y democracia en el Nuevo Mundo* (p. 19). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bolívar, S. (1975). *Documentos*, La Habana: Casa de las Américas.
- Borner, S.; Weder, B. & Brunetti, A. (1991). La incertidumbre institucional como el obstáculo central al crecimiento en América Latina. En Soto, H de, & Schmidheiny, S (Eds), *Las nuevas reglas del juego. Hacia un desarrollo sostenible en América Latina*, (p. 64). Bogotá: Editorial Oveja Negra-FUNDES.
- Chomsky, N. (2004). *Hegemonía o supervivencia. El dominio mundial de EEUU*, Bogotá: Grupo Editorial Norma.
- Colectivo de autores. (1989). Nuevas perspectivas en el desarrollo de la sociedad civil. En *Sociedad civil e instituciones democráticas*, Madrid: Editorial Popular S.A.
- Colomer, J. (2001). *Instituciones políticas*, Barcelona: Editorial Ariel, S.A.
- Dedieu, J.P (2000). Procesos y redes. La historia de las instituciones administrativas de la época moderna, hoy. En Castellanos, J.L. y otros, *La pluma, la mitra y la espada. Estudios de historia institucional de la edad moderna*. Barcelona: Marcial Pons.
- Duverger, M. (1962). *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Barcelona: Ediciones Barcelona.
- Duverger, M. (1984). *Instituciones políticas y derecho constitucional*. Barcelona: Editorial Ariel S.A.
- Funes, P. (2014). *Historia mínima de las ideas políticas en América Latina*. España: El Colegio de México-Turner.
- Galcerán, M. y otros. (Eds). (2016). *Hacia nuevas instituciones democráticas. Diferencia, sostenimiento de la vida y políticas públicas*. Madrid: Traficantes de Sueños.
- García, N. (1989). Políticas culturales para el fin de siglo. En *Sociedad civil e instituciones democráticas*. Madrid: Editorial Popular S.A.
- González, P. (2009). *De la sociología del poder a la sociología de la explotación*. Siglo del Hombre. Bogotá: Editores-CLACSO.
- Gross Spiel, H. (1988). Constitución y democracia en el Nuevo Mundo. En H, Fix-Zamudio (Ed.), *Constitución y democracia en el Nuevo Mundo* (pp. 185-186). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Guadarrama, P. (1998). *Humanismo, marxismo y postmodernidad*. La Habana: Editorial Ciencias Sociales.
- Guadarrama, P. (2006) *Cultura y educación en tiempos de globalización posmoderna*. Editorial Magisterio. Bogotá.

- Guadarrama, P. (2009). Autenticidad. En Biagini, H. & Roig, A (Directores). *Diccionario del pensamiento alternativo* (pp. 58-59). Buenos Aires: UBA.
- Guadarrama, P. (2013). *Pensamiento Filosófico Latinoamericano. Humanismo, método e historia*. Università degli Studi di Salerno-Universidad Católica de Colombia -Planeta. Bogotá. Tomo III.
- Guadarrama, P. y Maddaloni, D. (2016). *Le origini della sociologia in America Latina. Eugenio María de Hostos ed Enrique José Varona*. Ipermedium libri. Salerno.
- Guadarrama, P. (2016). *Democracia y derechos humanos: visión humanista desde América Latina*. Università degli Studi di Salerno-Universidad Católica de Colombia-Taurus-Penguin Random House. Bogotá. 2016. T. I y II.
- Guadarrama, P. (2017). Cultura de paz y poder de las instituciones democráticas. En Picarella, L, y Scocozza, C. (Eds). *Democracia y procesos políticos en América Latina y Europa*. (pp. 113-148). Università degli Studi di Salerno-Universidad Católica de Colombia -Taurus- Penguin Random House. Bogotá.
- Guadarrama, P. (2018). *Filosofía política umanesimo in America Latina..* Guida Editori. Napoli.
- Guedan, M. & Escobar, G (Editores). (2015). Conclusiones. En *Democracia e instituciones en América Latina*, pp. 274-275. Madrid Dykinso S.A.
- Hernández, M. (2014). Principales teorías sobre la democracia. En Duharte, E (Compilador). *Teoría y procesos políticos contemporáneos*. tomo I, p. 221.La Habana: Editorial Félix Varela.
- Jaramillo, R. (1990). Presentación a: Cientificismo, modernidad, educación. En *Argumentos*, # 24-25:26-27. Bogotá.
- Lechner, N. (1995). ¿Son compatibles modernidad y modernización? El desafío de la democracia latinoamericana. En Grompone, R (Editor). *Instituciones políticas y sociedad*, p. 29. Lima: Instituto de Estudios Peruanos.
- Lechner, N. (1995). Las transformaciones de la política. En Grompone, R. (Editor). *Instituciones políticas y sociedad*. p. 445. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, Lima.
- Madrid, P. (2014). Agota 2.0 hacia una cultura deliberativa en Latinoamérica. En Cerón, W. (Compilador). *Democracia o engaño*. p. 228 Medellín: Ediciones Unaula.
- March, J. & Olsen, J. (1997). *El redescubrimiento de las instituciones. La base organizativa de la política*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Martí, J. (1975). Carta a Manuel Mercado. Guatemala, 10 de noviembre de 1877. En *Obras completas*, t. I, p. 95. La Habana: Editorial Ciencias Sociales.

- Martí, J. (1975). Inauguración de un Presidente en los Estados Unidos, *La Nación*, Buenos Aires, 7 de mayo de 1885, en *Obras completas*, t. X, La Habana: Editorial Ciencias Sociales.
- Mejía, O. (director). (2013). *Identidad y pensamiento latinoamericano*. Bogotá Universidad Nacional de Colombia.
- Naranjo, V. (2000). *Teoría constitucional e instituciones políticas*, Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Negri, T. y Michael, H. (2001). *Imperio*. Bogotá: Ediciones Desde Abajo.
- Patiño, L. (2007). *Del populismo al neopopulismo en América Latina*, Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.
- Picarella, L. (2018). *Democracia, evolución de un paradigma. Una comparación entre Europa y América Latina*. Bogotá: Penguin Random House Editorial.
- Portantiero, J.C. (1995). Democratización del Estado. En Grompone, R (Editor). *Instituciones políticas y sociedad*. p. 216. Lima: Instituto de Estudios Peruanos.
- Rothstein, B. (2001). Las instituciones políticas. En Goodin, R. & Klingemann, H (Eds). *Nuevo manual de ciencia política*, (pp. 215-216). Madrid: Itsmo.
- Sen, A. (1997). *Bienestar, justicia y mercado*, Barcelona: Paidós.
- Torcuato di Tella, G. Paz, S. Gamba y Chumbita, H. (1989). *Diccionario de ciencias sociales y políticas*. Buenos Aires: Punto Sur Editores.
- Tünnermann Bernheim, C. (1999). El compromiso social de la universidad con la paz y la cultura en el próximo siglo. En *Educación superior y sociedad*, 10(2), pp. 95-110.
- Vergara, R. (1997). El redescubrimiento de las instituciones: De la teoría organizacional a la ciencia política. En March, J & Olsen, J. *El redescubrimiento de las instituciones. La base organizativa de la política*, (pp 19-20). México: Fondo de Cultura Económica.
- Vilas, C. (1998). Lo político y lo privado: redes de familia en la política centroamericana. En Tarrés, M.L (Coordinadora). *Género y cultura en América Latina*, p. 41. Mexico: Colegio de México.
- Wallerstein, I. (2002). *Sistema mundo y mundo sistémico*, Panamá: Instituto de Estudios Nacionales.
- Weingast, B. (2001). *Nuevo manual de ciencia política*, Roberty Goodin y Hans Klingemann, (Edit). Madrid: Itsmo, 2001.
- Zuluaga, C. (2014). De la democracia y otros inconclusos en América Latina. En Cerón, W. (Compilador). *Democracia o engaño*. (pp. 240-241). Medellín: Ediciones Unaula.

.....

Baldassare Pastore. Catedrático de Filosofía del derecho en el Dipartimento di Diritto de la *Università degli Studi di Ferrara*. Es coeditor de “Ars interpretandi”. Ha escrito numerosas obras sobre teoría jurídica, teoría de la interpretación legal, derechos humanos y pluralismo cultural. Dentro de sus obras más recientes, recuérdense: *Interpreti e fonti nell’esperienza giuridica contemporanea* (Cedam, Padova, 2014); *Decisioni, argomenti, controlli. Diritto positivo e filosofia del diritto* (Giappichelli, Torino, 2015); *Le ragioni del diritto* (Il Mulino, Bologna, 2017, junto con Francesco Viola y Giuseppe Zaccaria).

Contacto: baldassare.pastore@unife.it

.....

CONFLICTOS IDENTITARIOS

Baldassare Pastore

Università degli Studi di Ferrara

IDENTITY CONFLICTS

DOI: 10.17450/180204

Fecha de recepción: 20 de abril 2018; fecha de aceptación: 15 de mayo 2018. El presente artículo es resultado de un proyecto de investigación desarrollado con el Departamento de Derecho de la Università degli Studi di Ferrara.

Resumen

Los conflictos identitarios presentan una serie de problemas a las sociedades liberal-democráticas contemporáneas. Nos hallamos ante pretensiones de reconocimiento avanzadas por identidades colectivas. El deber del Estado constitucional es tomar en serio esas peticiones de reconocimiento y garantizar una política que respete las diferencias culturales. Al mismo tiempo, debe tutelar la integridad y la libertad de cada individuo, asegurándole la posibilidad de poder vivir en el mundo de su propia cultura, de tener una actitud crítica hacia esa cultura y de apartarse de esta. La equiparación jurídica de las formas de vida, mediada a través de los derechos, exige el respeto mutuo por lo que a las diferentes pertenencias culturales que forman su propia identidad se refiere. El reconocimiento de la igual dignidad exige relaciones sociales inclusivas, que se establecen por medio del discurso comunicativo y se desarrollan en el espacio público político solo a través de confrontaciones dialógicas.

Palabras clave

Derecho y conflicto, identidad, multiculturalismo, reconocimiento, inclusión social.

Abstract

Identity conflicts pose a series of problems to contemporary liberal-democratic societies. We deal with claims to the recognition of collective identities. The constitutional State is bound to take these requests for recognition seriously and it must guarantee a politics of consideration of cultural differences. The constitutional State must, at the same time, protect integrity and freedom of individuals, ensuring the possibility of being able to live in the world of their culture, the possibility of taking a critical attitude towards this culture, the possibility of breaking with it. The legal coexistence with equal rights for forms of life implies the mutual respect of the different cultural memberships that form own identity. The recognition of equal dignity requires inclusive social relations, which are established through the communicative discourse and which develop in the public political space only through dialogical confrontation.

Keywords

Law and conflict, identity, multiculturalism, recognition, social inclusion.

Intereses, identidades, valores

El tema de los conflictos identitarios atañe al derecho, que es un medio necesario para realizar algunos bienes y para alcanzar algunas finalidades. Dentro de estas se hallan el fomento de la sociabilidad, la convivencia entre personas que no se conocen, la tutela de las expectativas de los socios y de la continuidad de la vida social, la protección de la seguridad y la libertad.

Las relaciones humanas están caracterizadas por la presencia de dos dimensiones relacionadas entre sí: las conflictiva y la cooperativa. Conflicto y cooperación se cruzan continuamente con modalidades variables.

Los agregados sociales articulados y diferenciados tienden a crear conflictos en su interior. La complejidad de las sociedades actuales contribuye fuertemente a redefinir la forma de esos conflictos, que tienen diferentes naturaleza, contendientes y manifestaciones.

Dado que una de las finalidades fundamentales del derecho es coordinar las acciones de los individuos (Finnis, 1989, pp. 97-104), este adquiere un papel central a la hora de reglamentar los conflictos: los encauza, produciendo integración (aunque a menudo el derecho produce nuevos conflictos, actuando de forma desintegradora) (Pastore, Viola, Zaccaria, 2017, pp. 52-53). El derecho afronta el conflicto favoreciendo de alguna manera la cooperación, que está dirigida al beneficio recíproco de los que participan en la interacción. Sin embargo, debe tener en cuenta la diversidad de los conflictos.

A este respecto, es posible individualizar tres tipos de conflictos sociales (Pizzorno, 1994, pp. 195-200).

El primero es aquel *de interés*. En este caso, las partes sociales tienen objetivos específicos que conllevan beneficios. Se trata de un conflicto distributivo. La victoria o la derrota consisten en la conquista o pérdida de posiciones de poder relativo en el interior de un sistema. La dimensión de la negociabilidad caracteriza a esos conflictos.

El segundo tipo de conflicto es aquel de *reconocimiento*, donde una parte social entra en conflicto con el objetivo de que sea reconocida su identidad distinta. Este conflicto excluye la negociación o la admite solo si es útil al resultado. En efecto, la identidad parecería ser no negociable. Además, aceptar la negociación significa reconocer la identidad de los demás.

El tercer tipo de conflicto es el *ideológico* y atañe a las concepciones generales de la realidad y de la vida humana. Estos conflictos — en los que están en juego valores — se caracterizan por el hecho de que cada individuo, comprometido por completo, avanza

pretensiones universalistas y no acepta mediaciones. Su apuesta es la verdad, y quien participa en estos está convencido de ser el portador de una verdad que debe ser válida para todos.

Esta tipología permite pensar en los conflictos reales, cada vez vislumbrando en estos la prevalencia de uno u otro componente, sin que por esto se excluyan los demás. De hecho, en conflictos caracterizados por un componente, también los otros podrán estar presentes, aunque de forma atenuada (Pizzorno, 1994, p. 195). Los conflictos de redistribución (conflictos de interés) no resueltos pueden adquirir la forma de conflictos ideológicos y ambos pueden, a su vez, desembocar en conflictos de identidad para el reconocimiento (Offe, 1998; Fraser & Honneth, 2003). Está claro que esto repercute en las maneras de gestión de los conflictos y convierte en inevitablemente compleja la respuesta que el derecho puede dar.

El derecho se relaciona con estos conflictos de maneras diferentes (Pastore; Viola; Zaccaria, 2017, pp. 53-55). En el caso de conflictos de interés, los instrumentos jurídicos sirven para llegar a su resolución sobre la base de la voluntad de las partes o bien, en última instancia, valiéndose de un juicio autoritativo con razón o sin ella. Así las cosas, la actividad cooperativa que el derecho debe sostener exige reglas organizativas y procedimientos decisionales.

Frente a conflictos de reconocimiento e ideológicos, la cuestión es más complicada, considerando que la identidad (personal o colectiva) está relacionada, a menudo de forma indisoluble, con valores con los que nos identificamos nosotros mismos (Gutmann, 2003, pp. 207-211; Viola, 2005, pp. 62-64). El conflicto de identidad reclama el reconocimiento en las formas de la atribución de derechos y de la imposición de deberes. Si no se quiere excluir de la deliberación política las concepciones “comprensivas” del bien¹, según la perspectiva de la neutralidad liberal, el conflicto de valores implica que se predispongan instrumentos de defensa de la intolerancia y de protección de las condiciones necesarias para un discurso público abierto e inclusivo, amparado por la señal de la sensatez.

1. Sobre la noción de “doctrina comprensiva” véase Rawls (1993, pp. 12-14, 58-59): «A moral conception [...] is comprehensive when it includes conceptions of what is of value in human life, and ideals of personal character, as well as ideals of friendship and of familiar and associational relationships, and much else that is to inform our conduct, and in the limit to our life as a whole. A conception is fully comprehensive if it covers all recognized values and virtues within one rather precisely articulated system; whereas a conception is only partially comprehensive when it comprises a number of, but by no means all, nonpolitical values and virtues and is rather loosely articulated» (p. 13).

Pluralismo cultural y reconocimiento

Una de las características de la época actual es la que podría llamarse “explosión de lo múltiple”. Es la copresencia, en la vida social, de intereses múltiples y diversificados, de diferentes culturas, de varias identidades, de heterogéneos criterios valoriales, de diversas peticiones de reconocimiento, que impiden cada *reductio ad unum* de los distintos aspectos de la experiencia.

De ahí que se trate de echar las cuentas con la proliferación de los sujetos que viven en la sociedad y en el mundo jurídico, que es cada vez más inestable, y en el que uno de los cimientos del derecho moderno — el sujeto único y autónomo — entra en crisis (Rodotà, 2012).

En las sociedades contemporáneas, en contextos liberal-democráticos, chocamos con la petición de igual reconocimiento de grupos y comunidades que se distinguen (y quieren distinguirse) de los otros por tradiciones, formas de vida, descendencia étnica, para mantener y realizar su identidad. La cuestión concierne a la búsqueda del difícil equilibrio entre exigencias de respeto de las formas de pertenencia y condivisión de orientaciones y convicciones comunes. La lucha por el reconocimiento deriva de la falta de “estimación social” que afecta a los grupos cuyas tradiciones y formas de vida quedan marginalizadas en el contexto de una cultura mayoritaria. En este sentido, el desconocimiento representa una forma de injusticia porque genera humillación, despiadada crítica social y discriminación.

En realidad, en el mundo actual, es mucho más frecuente hacer referencia a la identidad y, respecto de sus dimensiones (biológica, personal, antropológica, cultural), se caracteriza por un sentido de necesidad y resolutividad y adquiere un alcance central en la vida de los individuos y de las colectividades². Esta deriva de los compromisos y las características que individualizan el horizonte dentro del cual es posible intentar encontrar lo que es bueno, válido, lo que se debe hacer, suscribir o rechazar (Rajchman, 1995; Eisenberg, 2009).

La identidad se presenta como el eje de una constelación valorial que se relaciona con la dignidad y sostiene una idea de integridad enlazada con la sociedad, las pertenencias y las diferentes realidades (Gutmann, 2003).

2. Al tema de la identidad, en sus diferentes facetas, está dedicada la parte monográfica titulada “A proposito di identità” (Pozzolo & Verza, 2015).

Pertenecer a una comunidad, compartir un lenguaje, una cultura y una tradición desempeña un papel constitutivo en el proceso de formación de la identidad³. Además, cabe subrayar que nuestra identidad no está compuesta solo por lo que descubrimos ser, sino también por lo que elegimos ser o llegar a ser. En este sentido, esta no es una sustancia inmóvil, ni una estructura fija. Más bien remite a una actitud crítica, basada en la reflexión y el juicio, capaz de posibilitar su evolución y transformación, evitando la exasperación de las especificidades y su aislamiento agresivo (Appiah, 2005, pp. 73-78; Benhabib, 2002). Por otra parte, las identidades son múltiples y multisituadas, caracterizadas por hibridaciones y cruces⁴ (Gutmann, 1993, p. 183). Cabe recordar que intolerancia, racismo, opresión, fanatismo nacionalista y violencia proceden de una visión de la identidad como exclusiva pertenencia a sí mismo que no permite la alteridad y absolutiza las diferencias.

Ante un escenario similar, la realidad social se configuraría como el lugar de la fragmentación de los discursos propios de cada *diversidad*, de toda *diferencia*, abriendo el camino para la *susceptibilidad a la diferencia* que, a su vez, lleva a la división agresiva, a la identificación de un *nosotros*, fuente de intolerancia, de exclusión, de conflictos asoladores. De esa manera se llegaría a una balcanización cultural (Coleman, 1996). Las identidades se configurarían como elementos rígidos, monolíticos, plenamente definidos una vez por todas, fosilizados. Esto presupone una imagen autorreferencial, esencialista y museal de las culturas, que excluye toda posibilidad de interacción, confrontación, enredo, permeabilidad, transformación.

Desde hace muchos lustros, en la reflexión contemporánea, el tema de las identidades comunitarias y de la convivencia entre grupos culturalmente diferentes, en el marco de los principios y de las instituciones de las democracias liberales, se halla en el centro del debate (Gutmann, 1994; Pareckh, 2000; Benhabib, 2002; Parolari, 2016).

Las consiguientes respuestas intentan ajustar cuentas con las tensiones producidas por las peticiones identitarias. De todas formas, la elección entre los diferentes modelos propuestos —predisponiendo también los instrumentos políticos y jurídicos útiles para implementarlos— debe intentar evitar tanto el efecto perverso del asimilacionismo —dirigido a la síntesis de las culturas diferentes en la dominante— como los peligros de la fragmentación del cuerpo social y la transición hacia un relativismo que convierte en equivalentes, y de ahí legítimas, todas las culturas y las prácticas culturales, enfatizando una concepción segregacionista de la pertenencia —la cual perjudica la integridad, la

3. Para un análisis de la cuestión de la identidad en el debate relativo al multiculturalismo, véase Parolari (2016).

4. “[...] most people’s identities [...] are shaped by more than a single culture” (Gutmann, 1993, p. 183).

libertad y la dignidad de cada ser humano (Ferrajoli, 2007, pp. 57-60; Pastore, 2007)— que presenta un potencial entrópico: el riesgo de que la explosión de las diversidades implique disgregación.

A esta altura, cabe preguntarnos cómo pueden coexistir las diferencias. Para hacerlo, tenemos que remitir al tema de los equilibrios sociales e institucionales mediante los cuales se incorporan las diferencias, se convive con estas, se les confiere una presencia en el espacio público. La cuestión —ineludible para las democracias contemporáneas— atañe a la relación entre identidad cultural y cohesión social. El problema reside en la mezcla de culturas en el mismo territorio y en reivindicaciones de paridad. Esto exige que se acceda a un código, que se configura como horizonte de colaboración entre más particulares, que sirva de criterio de referencia en las dinámicas de cooperación y conflicto, específicas de los equilibrios sociales, y que articule el reconocimiento como forma regulativa de la existencia plural de los seres humanos⁵.

Muy importante es la cuestión del pluralismo normativo que producen los conflictos identitarios. Se trata de una perspectiva fundamentada en la coexistencia, superposición, penetración y mezcla de diferentes espacios de regulación. Frente a sistemas normativos diversos (de naturaleza variada, que no siempre se pueden considerar jurídicos), cada uno de los cuales avanza pretensiones de validez y efectividad y en los cuales se dan relaciones complejas, el individuo hace unas elecciones. A este respecto, adquieren mucha importancia los casos en que los comportamientos, justificados sobre la base de normas remitibles a las prácticas propias de cada etnia y cultura, conciernen a la esfera de aplicación del derecho penal de los ordenamientos occidentales. Se trata de los llamados «delitos culturalmente orientados», que se dan cuando el comportamiento, prohibido por el derecho penal, en cambio es tolerado, admitido, aceptado o, en algunas situaciones, incluso prescrito como necesario por normas existentes en la comunidad de pertenencia, impuestas y aplicadas a través de duras sanciones sociales. Los reatos culturales son el resultado de un conflicto normativo. Con respecto a estos, se da el problema de cómo deben comportarse los sistemas penales con los autores (en nuestros contextos sociales se trata de inmigrantes) (Miller, 2016)⁶ insertados en grupos minoritarios y fieles a las normas de comportamiento de su grupo (Foblets, 1998;

5. Sobre el reconocimiento como característica de las actuales sociedades complejas, diferenciadas, pluralísticas y cruzadas por confines culturales, véanse: Honneth (1992); Taylor (1994); Ricouer (2004).

6. Sobre el tema de las respuestas políticas a la inmigración en las actuales sociedades occidentales liberal-democráticas, véase (Miller, 2016).

Renteln, 2004; Van Broeck, 2001; Basile, 2010, Provera, 2018)⁷. Así las cosas, la “tensión intercultural” afecta al ordenamiento jurídico y a la administración de la justicia. De todos modos, cabe evitar el peligro de que se formen y consoliden “segmentos jurídicos”, como excepciones a la regla, y que se creen “estructuras jurisdiccionales” multiculturales donde está vigente la autoridad de “comunidades normativas” (Shacher, 2001). Esto debilitaría el irrenunciable principio de la igualdad frente a la ley.

En realidad, las instancias de reconocimiento son heterogéneas y piden tratamientos diferenciados. Pueden atañer a peticiones de tutela pública de las diferencias sociales, que implican actitudes de aceptación y legitimación; a solicitudes de protección de los ataques y ofensas que ponen en peligro la duradera presencia de las identidades; a peticiones de cambio de las convenciones públicas basadas en la cultura mayoritaria; a peticiones de apoyo a miembros de grupos oprimidos, que remiten a programas de acciones positivas para compensar las desventajas; a solicitudes para sostener culturas minoritarias, ayudando su supervivencia, para que se garantice la oportunidad de practicarlas; a peticiones de autonomía del grupo de la sociedad más amplia, que pueden también transmitir una voluntad de separación y secesión (Appiah, 2005; Gutmann, 2003).

La lista de reivindicaciones sigue abierta. En esta toman asiento instancias anti-discriminatorias (desde el punto de vista social, económico y político), inclusivas, de alcance simbólico, y todas estas se enlazan de forma variada al principio del igual respeto y al derecho a ser tratados de la misma manera. En esta también se hallan pretensiones que pueden producir efectos degenerativos, relacionados con formas de segregación comunitaria o de aplastamiento social y político. Así las cosas, cabe reconocer aquellas peticiones que, al transmitir inclusión, operan como condiciones para que los individuos puedan expresar sus identidades, identificándose con su propia cultura y estimándose, compatiblemente con los derechos de los miembros del mismo grupo y, en general, de todos los demás individuos, bajo la óptica de una pluralidad que evite asimilaciones uniformantes e imposiciones unilaterales de diferencias absolutizadas.

7. Sobre el conflicto normativo y las repercusiones en ámbito penal, a los que está relacionada – desde muchos puntos de vista – el debate acerca de la oportunidad del empleo de eximentes y/o atenuantes culturalmente motivadas, véanse Foblets (1998); Renteln (2004); Van Broeck (2001); Basile (2010); Provera (2018).

Diferencias e inclusión entre política y derecho

De ahí que la amenaza del conflicto identitario (Pizzorno, 1993)⁸ exija la redefinición de los confines internos a la comunidad política, de manera que el “hecho del pluralismo” se presente como variedad de círculos y comunidades diferentes. El conflicto identitario o para el reconocimiento es aquel en el cual alguien entra con otros, con la finalidad de que se le reconozca su propia identidad distinta. Esta identidad puede ser conferida previamente o puede quedar excluida del círculo estable de los reconocimientos. El resultado del conflicto puede ser que el nuevo círculo de los reconocimientos derive de la inclusión de lo que antes estaba excluido.

La cuestión se relaciona con la distinción entre comunidad cultural y comunidad política y con la articulación del enlace entre identidad cultural e identidad política.

Las *comunidades culturales* reúnen a los individuos sobre la base de prácticas y formas de vida y actúan para su conservación; la *comunidad política* está caracterizada por la diversidad y debe poder acoger en sí una pluralidad de concepciones del bien, además de permitir en cruce de diversidades. En efecto, el objetivo específico de la comunidad consiste en posibilitar el ejercicio de los derechos y de las responsabilidades exigidas por la estructura político-institucional, poniendo en relación a los que poseen diferentes identidades culturales, para alcanzar un acuerdo por lo que a los términos (equitativos) de la cooperación social se refiere (Pastore; Viola; Zaccaria, 2017).

Es evidente que, bajo esta óptica, la relación entre identidad cultural e identidad política no puede seguir el camino de la asimilación, es decir, de un modelo que, desde el punto de vista político, no considera la existencia de identidades diferentes de la definida por la ciudadanía jurídica (*pleno jure*). En este caso, hablamos de *negación de la diferencia* y de *transfusión de identidades culturales extrañas*, basadas en un universalismo etnocéntrico, que toma como dato fundamental la pertenencia al Estado-Nación, en una lógica soberanista. Tampoco puede seguir el camino de una mera coexistencia entre conjuntos culturales fuertemente estructurados, de los que se reconocen la identidad y la especificidad, así como formas de organización en comunidades localmente homogéneas y autogobernadas, pero que no interactúan. En este caso nos hallamos ante una *diferencia segregada*. Además, tampoco es posible “olvidar las diferencias”. También por su tendencia a preservar como valor esencial la supuesta homogeneidad y especificidad del pueblo autóctono, este modelo lleva a desconocer las identidades culturales de las

8. Sobre la noción de *conflicto identitario*, véase Pizzorno (1993).

minorías étnicas, dado que la finalidad es mantener a los *extranjeros* en su condición precaria, considerada útil a su deseado regreso al país de origen.

Por lo tanto, para evitar intolerables formas de conflictividad para el funcionamiento de la sociedad, además de peligrosos fenómenos de disgregación social que la asimilación con pérdida de identidad, la segmentación disimulada de pluralismo y la cultivación que la recíproca ajenidad producen, la relación entre identidad cultural e identidad política necesita que se sigan otros caminos.

El objetivo es lograr una “inclusión sensible a las diferencias”, que salvaguarde la diversidad de los demás sin “nivelar” abstractamente, ni “confiscar” totalitariamente (Habermas, 1994), para que las identidades comunitarias se reconozcan e interactúen entre ellas, abriéndose a recíprocas formas de aprendizaje, y participen en una identidad política más amplia, que se haga cargo de las especificidades distintivas (Habermas, 2005, pp. 15-27). En este sentido, la comunidad política se caracteriza como ámbito en el que se hallan más comunidades culturales, cuya convivencia desemboca en su reconocimiento recíproco.

La inclusión atañe al reconocimiento público y a la participación paritaria en la comunidad política. En este caso, son fundamentales el enfoque y el tratamiento de las diferencias existentes entre los miembros de esa comunidad, en un discurso que tematiza la relación entre los sujetos y el orden político-jurídico. Pero también atañe a la posibilidad, garantizada a cada individuo, de reconsiderar sus propias elecciones, convicciones y creencias, de ponerlas en discusión, cambiando la orientación de su propia vida, excepción hecha de los compromisos contraídos con los demás. Por lo tanto, a todos debe ser garantizado el derecho a salir del grupo cultural de pertenencia sin sufrir vejaciones⁹. Las instituciones tienen el deber de garantizar la libertad *de la* cultura, por ser forma expresiva y organizativa de identidades, también plurales, así como la libertad de alejarse *de la* cultura, si esta se hace opresiva para el individuo (Galli, 2008).

Por lo tanto, cabe subrayar que si, por un lado, los grupos tienen la libertad de exigir el respeto de reglas y criterios peculiares respecto de la pertenencia, por otro lado, es injusta e ilegítima cada tentativa de circunscribir la libertad de sus miembros, violando la condición —fundamental en los Estados constituciones de derecho— para la cual cada comunidad está obligada a respetar los derechos de los que participan en esta, considerando una relación entre individuo y comunidad cultural congruente con la dignidad de la persona humana. Si los sujetos que pertenecen a grupos culturales

9. Sobre el principio de revisabilidad de sus propias elecciones, véase Kymlicka (1991, 1995); Raz (1994).

recurren a las instituciones jurídicas para salir de la violencia, de la explotación y de la opresión, cada Estado tiene el derecho de protegerles en el caso de que la libertad, la seguridad personal y la integridad queden comprometidas (Pastore & Lanza, 2008). Sería incoherente que, por una supuesta integridad cultural, se entregaran a las normas tradicionales del grupo a los sujetos débiles (por lo general, niños y mujeres) que no quieren someterse a costumbres opresivas, segregaciones y abusos que, además, sirven para consolidar los equilibrios de poder dados, que hallan su eje en el ambiente familiar y doméstico (Okin, 1998).

A esta altura destacan las prestaciones del derecho, dirigidas a la coordinación de las acciones sociales, a la reglamentación de los conflictos, a la lucha contra las discriminaciones, a la tutela de las identidades. El papel y la apuesta del derecho responden a la necesidad de pacificar la ajenidad de las diferencias, encauzándolas hacia una recíproca coordinación y unidad. Preservar el pluralismo, junto con los principios de cohesión social y promoción de los intereses comunes, sirve estructural y orgánicamente para la vida del derecho que, esto es, se convierte en el lugar de la administración y del gobierno del desacuerdo (Gutmann & Thompson, 1996; Waldron, 1999; Zaccaria, 2008; Pastore, 2012).

El derecho sostiene la exigencia de la coordinación, tutela aquellos bienes considerados fundamentales para la vida social, verifica que en las relaciones intersubjetivas se respeten algunos valores esenciales para la igualdad y la dignidad de las personas, eliminando los acontecimientos humanos del abuso, de la incertidumbre y de la inseguridad (Fuller, 1981, pp. 213-214). Desempeña una función estabilizadora de las expectativas y determinativa de modalidades procedurales e institucionales dirigidas a alcanzar objetivos comunes, manteniendo las condiciones generales dentro de las cuales todos puedan crearse de forma adecuada su existencia —distribuyendo los recursos sobre la base de criterios de equidad y justicia y dividiendo beneficios y responsabilidades— y tengan las mismas oportunidades y posibilidades de poner en práctica sus elecciones.

El derecho tiene la tarea de garantizar la dinámica relacional de las prácticas de reconocimiento en contextos conflictivos pero pacíficos. Sobre todo en los Estados constitucionales —que incorporan los derechos fundamentales como criterios para medir la acción—, el derecho debe custodiar los requisitos que posibilitan la convivencia de las diversidades, considerando las diferentes motivaciones de la acción, sin comprometer la identidad de los que participan en el discurso público y en la lógica de la confrontación. La única alternativa a la confrontación es el choque, “es decir, las pequeñas y grandes guerras en las que se enfrentan identidades diferentes” (Gianformaggio, 2005, p. 102).

La reconceptualización actual del pluralismo como pluralismo de culturas y pertenencias colectivas hace reflexionar sobre una ecuánime inclusión de las solicitudes identitarias (que a menudo nacen de discriminaciones, intolerancias, opresiones, desprecio, invisibilidad pública) y remite a las modalidades de puesta en práctica de estrategias sostenidas por razones adecuadas a favor del reconocimiento público de las diferencias.

Al reconocer, se cimienta una identidad que no antecede, ni es independiente del mismo reconocimiento. La identidad nace en la relación entre sujetos que interactúan en un espacio público; es una construcción que se desarrolla y se mantiene gracias a la reiteración de los actos de reconocimiento, y se caracteriza como resultado de la acción pública, que exige la garantía de la libertad comunicativa y de la autonomía de los sujetos.

La gestión de los conflictos representa una tarea institucional fundamental en sociedades complejas, pluralísticas y desacordes, y pretende que —respecto de cuestiones controvertidas que atañen a aspectos cruciales de su vida común— los sujetos tengan la misma posibilidad de decir lo que quieren. La idea es que otorgar a todas las partes la posibilidad de expresar su punto de vista se configura como requisito de justicia básico. Así las cosas, para que los trámites para la gestión de los conflictos sean justos, es necesario que similar oportunidad —la de dar a conocer su propia opinión— sea otorgada de forma ecuánime a todos los sujetos comprometidos (Hampshire, 1999). De ahí que todos los sujetos debieran tener los derechos necesarios para participar en el discurso y ser tratados como socios iguales en el proceso de formación de la opinión y la voluntad. Esa condición de igualdad remite al requisito por el cual a los sujetos es concedida la posibilidad de hablar. Sigue el ulterior requisito por el cual a todos se les exige escucharse, responderse y justificar sus propias posiciones recíprocamente (Forst, 1999, pp. 35-60)¹⁰. Las libertades personales asociadas con los derechos civiles (como la libertad de expresión y asociación) y los derechos políticos de participación se ponen como elementos esenciales del proceso democrático.

Nosotros podemos identificarnos con la comunidad política porque, aunque guardamos nuestra identidad (étnica, cultural, religiosa, etc.), se nos reconoce el estatus de miembros plenamente aceptados y respetados, por medio de la garantía de la igual oportunidad y nivel de efectiva participación. En efecto, la política se fundamenta en el hecho de la pluralidad de los seres humanos y se ocupa de la convivencia y comunidad de los “diversos” (Arendt, 1993). Sin embargo, en una comunidad política, las diver-

10. Sobre el derecho que cada ciudadano posee en la democracia a la justificación argumentada, véase Forst (1999).

sidades necesitan de interacción e integración, poniendo a los seres humanos en una relación de reconocimiento que produzca cohesión en su diferencia¹¹. Similar exigencia remite al tema de la ciudadanía.

En realidad, la apertura y la inclusión de quienquiera en la ciudadanía (como individuo con una identidad peculiar y no a despecho de sus pertenencias) representan rasgos específicos del orden político moderno. Estas implican que a cada uno sea reconocido el derecho a una igual consideración y respeto, para que se le aseguren los derechos fundamentales y las condiciones sociales de vida. Además, la participación en la ciudadanía necesita que las diferencias sean respetadas y que las desigualdades (las negaciones de las iguales oportunidades sociales de vida) sean eliminadas o compensadas, de manera que sea posible mantener su singularidad siendo personas diferentes de los demás y, al mismo tiempo, se pueda llegar a ser, en las condiciones mínimas de vida y supervivencia, personas iguales a las demás y personas como todas las demás (Ferrajoli, 2007, pp. 796-797).

Dado que se quiere discutir y solucionar discursivamente los problemas (y no engañar, amenazar, reprimir), la praxis argumentativa, típica de la confrontación, se puede considerar como *focus* en el que se hallan las tentativas de acuerdo de los que participan en la argumentación, más allá de sus diferentes contextos de origen (Habermas, 1992, p. 378), gracias a su posición de simetría y paridad, en la común tensión dirigida a la solución discursiva de los problemas. En este caso, es central el papel del derecho como lenguaje de la interacción, con la garantía que este proporciona de relaciones de reconocimiento recíproco, protegiendo, entre otras cosas las redes de la comunicación social como condición de posibilidad de la política, según los principios del Estado de derecho (*Rule of Law*) (Fuller, 1974; Habermas, 1992).

La esfera pública se caracteriza como “espacio de la presencia” que proporciona la “publicidad” necesaria para confirmar las identidades y evaluar simétricamente discursos y acciones. Representa el ámbito en el que los individuos, al comunicar recíprocamente, pueden formar y transformar sus opiniones y participar en los procesos decisionales. Es aquí donde se expresa aquella politicidad que remite a una “comunidad de discurso”, dirigida a relacionar las diferencias con la práctica de la ciudadanía.

La convivencia de las diversas identidades —que tienden al mantenimiento de sus propias formas de vida, a la competición por los recursos y a la protección de necesidades e intereses— necesita de la existencia de una cultura civil común, de la adquisición

11. A este respecto, cabe referirse al art. 22 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que afirma: “La Unión respeta la diversidad cultural, religiosa y lingüística”.

de un lenguaje político compartido y de comunes convencionalismos de comportamiento. Es lo que posibilita el hecho de estar juntos entre diversos, que sabe conjugar, en el espacio relacional generado por la interacción y la confrontación plural entre sujetos diferentes, la común lealtad civil con las variadas, divergentes y a menudo conflictivas pertenencias y condisiones. De ahí que podamos hablar de la prevalencia de la argumentación respecto de la primacía de la identidad. En el ámbito de la esfera pública y de las relaciones intersubjetivas, las identidades se vuelven a negociar continuamente a la luz del debate, dirigiéndose a la reconstrucción reflexiva de las mismas identidades (Benhabib, 2002).

Para la coexistencia e interacción entre diversos, el papel del derecho es fundamental. A este le corresponde el papel de garantizar el espacio donde se da la coordinación social, se distribuyen las oportunidades existenciales y los recursos, se reglamentan los conflictos: es un espacio en el que habitan más comunidades y tradiciones identitarias, que se confrontan buscando las razones de una vida común y plural.

Traducción del italiano de M. Colucciello

Referencias

- Appiah, K.A. (2005). *The Ethics of Identity*. Princeton and Oxford: Princeton University Press.
- Arendt, H. (1993). *Was ist Politik?*. München: Piper.
- Basile, F. (2010). *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano: Giuffrè.
- Benhabib, S. (2002). *The Claims of Culture: Equality and Diversity in the Global Era*. Princeton: Princeton University Press.
- Coleman, D.L. (1996). Individualizing Justice Through Multiculturalism: The Liberals' Dilemma. *Columbia Law Review*, (96), 1098-1161.
- Eisenberg, A. (2009). *Reasons of Identity. A Normative Guide to the Political and Legal Assessment of Identity Claims*. Oxford: Oxford University Press.
- Ferrajoli, L. (2007). *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia, 2. Teoria della democrazia*. Roma-Bari: Laterza.
- Finnis, J. (1989). Law as Co-ordination. *Ratio Juris*, (2), 97-104.

- Foblets, M.C. (1998). Les délits culturels: de la répercussion des conflits de culture sur la conduite délinquante. Réflexions sur l'apport de l'anthropologie du droit à un débat contemporain. *Droit et cultures*, 35(1), 195-222.
- Forst, R. (1999). The Basic Right to Justification: Toward a Constructivist Conception of Human Rights. *Constellations*, (6), 35-60.
- Fraser, N. & Honneth, A. (2003). *Umverteilung oder Anerkennung?*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag.
- Fuller, L.L. (1974). Law as an Instrument of Social Control and Law as a Facilitation of Human Interaction. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, (8), pp. 99 ss.
- Fuller L.L. (1981). *The Principles of Social Order*. Durham (N. C.): Duke University Press.
- Galli, G. (2008). *L'umanità multiculturale*. Bologna: Il Mulino.
- Gianformaggio, L. (2005). *Eguaglianza, donne e diritto*, Bologna: Il Mulino.
- Gutmann, A. (1993). The Challenge of Multiculturalism in Political Ethics. *Philosophy and Public Affairs*, 22, (3), 171-206.
- Gutmann, A. (Ed.) (1994). *Multiculturalism. Examining the Politics of Recognition*. Princeton: Princeton University Press.
- Gutmann, A. & Thompson, D. (1996). *Democracy and Disagreement*, Cambridge (Mass.) - London: Harvard University Press.
- Gutmann, A. (2003). *Identity in Democracy*. Princeton-Oxford: Princeton University Press.
- Habermas, J. (1994). *Struggles for Recognition in the Democratic Constitutional State*, en A. Gutmann (ed.), *Multiculturalism. Examining the Politics of Recognition*, pp. 107-148.
- Habermas, J. (1992). *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Habermas, J. (2005). Equal Treatment of Cultures and the Limits of Postmodern Liberalism. *The Journal of Political Philosophy*, 13(1), 15-27.
- Hampshire, S. (1999). *Justice is Conflict*. London: Duckworth.
- Honneth, A. (1992). *Kampf um Anerkennung. Grammatik sozialer Konflikte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Kymlicka, W. (1991). *Liberalism, Community and Culture*. Oxford: Clarendon Press.
- Kymlicka, W. (1995). *Multicultural Citizenship. A Liberal Theory of Minority Rights*. Oxford: Clarendon Press.
- Miller, D. (2016). *Strangers in Our Midst. The Political Philosophy of Immigration*. Cambridge (Mass.) - London: Harvard University Press.

- Offe, C. (1998). «Homogeneity» and Constitutional Democracy: Coping with Identity Conflicts through Group Rights. *The Journal of Political Philosophy*, 6(2), 119-124.
- Okin, S.M. (1998). Feminism and Multiculturalism: Some Tensions. *Ethics*, (108), 661-684.
- Parekh, B. (2000). *Rethinking Multiculturalism. Cultural Diversity and Political Theory*. Basingstoke (Hampshire) - New York: Palgrave.
- Parolari, P. (2016). *Culture, diritto, diritti. Diversità culturale e diritti fondamentali negli stati costituzionali di diritto*. Torino: Giappichelli.
- Pastore, B. (2007). *Pluralismo, fiducia, solidarietà. Questioni di filosofia del diritto*. Roma: Carocci.
- Pastore, B. & Lanza, L. (2008). *Multiculturalismo e giurisdizione penale*. Torino: Giappichelli.
- Pastore, B. (2012). Impegni ermeneutici: il diritto e le tensioni del pluralismo culturale. *Ars Interpretandi*, 1(1), 41-58.
- Pastore, B., Viola, F., Zaccaria, G. (2017). *Le ragioni del diritto*. Bologna: Il Mulino.
- Pizzorno, A. (1993). *Le radici della politica assoluta e altri saggi*. Milano: Feltrinelli.
- Pozzolo, S. & Verza, A. (2015). A proposito di identità. *Ragion pratica*, (45), 293- 561.
- Provera, A. (2018). *Tra frontiere e confini. Il diritto penale dell'età multiculturale*. Napoli: Jovene.
- Rajchman, J. (Ed.) (1995). *The Identity in Question*. New York and London: Routledge.
- Rawls, J. (1993). *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press.
- Raz, J. (1994). *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*. Oxford: Clarendon Press.
- Renteln, A.D. (2004). *The Cultural Defense*. New York: Oxford University Press.
- Ricoeur, P. (2004). *Percours de la reconnaissance*. Paris: Éditions Stock.
- Rodotà, S. (2012). *Il diritto di avere diritti*. Roma-Bari: Laterza.
- Sen, A. (2006). *Identity and Violence. The Illusion of Destiny*. New York – London: W.W. Norton & Company.
- Shacher, A. (2001). *Multicultural Jurisdictions: Cultural Differences and Women's Rights*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Taylor, C. (1994) The Politics of Recognition. En A. Gutmann (ed.), *Multiculturalism. Examining the Politics of Recognition* (pp. 25-73). Princeton: Princeton University Press.
- Van Broeck, J. (2001). Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences). *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 9(1), 1-32.

- Viola, F. (2005). Conflitti d'identità e conflitti di valori. *Ars interpretandi*, (10), 61-96.
- Waldron, J. (1999). *Law and Disagreement*. Oxford: Clarendon Press.
- Zaccaria, G. (2008). Pluralismo, ermeneutica, multiculturalismo: una triade concettuale. *Ragion pratica*, (31), 559-584.

Peter Langford. Senior Lecturer in Law, Department of Law and Criminology, Edge Hill University, UK. His research interests are in the fields of legal, political and social theory. His most recent publications include, *Roberto Esposito: Law, Community and the Political* (2015); (with Bryan, I. & McGarry, J (eds.)) *The Foundation of the Juridico-Political: Concept Formation in Hans Kelsen and Max Weber* (2016) (with Bryan, I. & McGarry, J (eds.)) *The Reconstruction of the Juridico-Political: Affinity and Divergence in Hans Kelsen and Max Weber* (2016); (with Bryan, I. & McGarry, J. (eds.)) *Kelsenian Legal Science and the Nature of Law* (2017); (with Giordano, V.) *Judicial decision-making. Artificio, razionalità, valori* (2017).

Contacto: langforp@edgehill.ac.uk

THE POPULIST DISRUPTION: JURIDICO-POLITICAL REFLECTIONS ON DEMOCRACY, LAW AND RIGHTS

Peter Langford

Edge Hill University

DOI: 101745450/180205

Reception date: 27th July 2018; acceptance date: 18th August 2018. This article is the result of research activities held at the Department of Law and Criminology, Edge Hill University, UK.

Abstract

In the current conjuncture, populism describes the disruption of the definition of, and connection between, democracy, law and rights. It represents the challenge to both the existing forms of political representation of the people and to the wider juridico-political framework or institutions of democracy. In contrast to predominantly political analyses of this populist phenomenon, which have rendered the relationship of populism to positive law peripheral, the focus will be upon a juridico-political analysis of populism. The analysis will concentrate upon the central aspects of the relationship between populism and positive law (Law and Morality; Law and Rights and Law and Violence).

Keywords

Law, Morality, Populism, Violence

Resumen

En la coyuntura actual, el populismo describe la interrupción de la definición y la conexión entre democracia, ley y derechos. Representa el desafío tanto para las formas existentes de representación política del pueblo como para el marco jurídico-político más amplio o las instituciones de la democracia. En contraste con los análisis predominantemente políticos de este fenómeno populista, que han hecho que la relación del populismo con el derecho positivo sea periférica, la atención se centrará en un análisis jurídico-político del populismo. El análisis se concentrará en los aspectos centrales de la relación entre populismo y ley positiva (Ley y Moralidad; Ley y Derechos y Ley y Violencia).

Palabras clave

Derecho, Moralidad, Populismo, Violencia

Introduction

The following analysis, which places the notion of the juridico-political at the centre of a reflection upon populism, arises from a position of critical distance from central elements of the predominant conceptualization of populism. The adoption of this critical distance is, however, related to the forms of contemporary populism in Europe which are considered to disrupt or challenge the interconnection between democracy, law and rights in an exclusively negative sense: a transformation or modification which constrains or undermines this interconnection.¹ The definition of the limits of the domain of this critical, juridico-political reflection, therefore, relinquishes the intention to engage in an analysis of forms of populism marked by a predominantly positive or inclusionary sense which seek to broaden the existing interconnection between democracy, law and rights. The analysis, therefore, leaves both the tradition of Latin American populism and the comparatively novel instances or pre-figurations of a left populism in Western Europe unexamined. The absence of analysis of the predominantly positive or inclusionary character of Latin American populism derives from its geographical and historical distinctiveness which requires a separate analysis attentive to its particular complexities.² The more recent, tentative emergence of a phenomenon of left populism in Western Europe remains outside the focus of analysis as it is unclear whether it is, as yet, a sufficiently well-delineated phenomenon to enable sustained interrogation of both its particular and general features.³ The analysis is initiated through a critical overview of certain of the central elements of the predominant approach to the conceptualization of contemporary populism. From this critical overview, the pertinence of the juridico-political framework for reflection will be indicated, and the analysis will

1. The analysis leaves aside the phenomenon of populism in the United States of America as it is unclear whether the recent election of Donald Trump, as President of the United States of America, represents a general transformation of the historical origin and character of populism in the United States of America or, alternatively, is confined to an alteration of the character of the Republican Party.

2. For recent analyses of Latin American populism, see, for example, Barr (2017), Munck (2018), Peruzzotti (2017), Sznajder, Roniger & Forment (2012), de la Torre and Arnson (2013). For recent considerations of the emergence of the phenomenon of left populism in Western Europe, see, for example, Hamburger (2018); Kioupiolis & Seoane Pérez (2018), Mouffe (2018), Olsen (2018); Solar & Rendueles (2018), De Giorgi & Russo (2018).

3. This is something other than the “series of *aporias*” that Krastev formulates to encapsulate a politics of global protest: “The protesting citizen wants change but he rejects any form of political representation. He longs for political community, but he refuses to be led by others. He is ready to take the risk of being beaten or even killed by the police, but he is afraid to take the risk of trusting any party or politician. He is dreaming of democracy, but he has lost faith in elections” (Krastev, 2014, p.32). Rather, it requires a much more fundamental interrogation of the adequacy of, or necessity for, a notion of a left or a progressive populism.

then proceed to examine the relationship between the exclusionary form of populism and positive law.

Critical Overview of Predominant Analysis of Contemporary Populism

The critical overview, in confining its parameters to the contemporary form of populism which is essentially exclusionary, concentrates upon the character of the predominant analysis of a populism which disrupts or challenges the interconnection between democracy, law and rights. From this negative definition, the predominant approach to the conceptualization of contemporary populism is of a political project centred upon the reconfiguration of the character of democratic political representation (for example, Caramani, 2017; Heinisch & Mazzoleni, 2016; Mudde, 2014).

The further analysis of the political project of contemporary exclusionary populism describes both the emergence of new forms or expressions of political representation of the people and a wider challenge to the existing juridico-political framework or institutions of democracy. In relation to this placing into question and wider challenge, the specific position of positive law and forms of legal argumentation have been a relatively peripheral consideration.

In particular, the predominant analysis of the current phenomenon of exclusionary populism, has led to a type of weakening of the connection between the two terms of the juridico-political combined with an increased primacy accorded to the political. This is evident in the concentration upon the question of the formation or origin of a populist politics which is determined by the categories of political philosophy/theory, psychoanalysis and psychology (for example, Brömmel, König & Sicking, 2017; Bizeul & Rohgalf, 2018; Hoffman, 2018; Marchlewska et. al., 2018; Reynié, 2013; Taguieff, 2007; Taguieff, 2015) which is then accompanied by the concomitant transformation of the juridical into the formation and expression of a populist (collective) will or plurality of wills.

Hence, from a theoretical perspective, there is a tendency for this return to be one which results in a reflection upon the *aporias* of the will of popular sovereignty (in which the will is never fully instantiated in its products or results); and upon the creative or destructive position of this will with regard to the existing framework or institutions of democracy. The reorientation of the focus upon the juridico-political, in the

following analysis, involves something other than the mere restoration of the connection between the two terms as either the reassertion of the primacy of the juridical and/or the reassertion of a liberal legalism or constitutionalism.⁴

The Juridico-Political Analysis of Contemporary Populism and Positive Law

The notion of the juridico-political, which guides the reflection upon contemporary exclusionary populism, restores a particular analytic conjunction between law and politics. The conjunction centres upon the relationship between contemporary exclusionary populism and positive law and, in this manner, identifies the distinctive character of disruptive effect of contemporary exclusionary populism upon the interconnection between democracy, law and rights.

Law and Morality

In relation to the debate within Anglo-American legal positivism (for example, Himma, 2004; Kramer, 1999; Marmor, 2004; Raz, 1994; Waluchow, 1994), contemporary exclusionary populism situates itself outside the question of an inclusive or exclusive relationship between law and morality. It is unconcerned with the determination of the degree of autonomy or independence of law and morality because this autonomy or independence is considered to be an aspect of the obstruction of the expression of the popular will.

The content of this popular will, divisible into a set of beliefs or conceptions of its position in regard to the existing interconnection between democracy, law and rights, becomes the basis for a form of 're-embedding' of morality into law. The term 're-embedding' is used here, in place of a theory of natural law, in order to indicate a broad foundation which potentially encompasses, but is not confined to, the theological or a notion of absolute justice.⁵

4. Thus, the analysis differs from the approaches to contemporary exclusionary populism of Müller (2017) and Mounk (2018).

5. Thus, the analysis differs from that of Mouffe (2018) who considers that, in demarcating the domain of analysis of populism, "although the question of populism is, no doubt, also relevant in Eastern Europe, those countries necessitate a special analysis. They are marked by their specific history under communism and their political culture presents different features" (pp. 9-10).

The broad foundation also acknowledges that contemporary populism is not necessarily synonymous with nor confined to the simple reassertion of conventional forms of morality ('family values' etc.).⁶ It appears to have a marked orientation towards the identification of sources or figures representing external hindrances and obstacles rather than to merely ensuring the solidity of the internal morality of the 'we' of the popular will. The broad foundation is, therefore, considered to flow predominantly from the perception of the character of the limits or obstructions to the full expression of this popular will. The limits or obstructions are viewed as multifarious and are held to be equally present within the interlinked elements of society, law and state.

In the absence of a simple reiteration of forms of conventional morality, the marked focus upon limits and obstructions generates the reassertion of a popular sovereignty whose origin is held to arise beyond existing state institutions. The character of these limits and obstructions, although commonly held to inhere in the present, has a certain fluidity depending upon the degree to which the reassertion of this popular sovereignty involves a wider process of historical reinterpretation.⁷ Within this broad relationship between morality and law, the disruptive and negative effect results from a process of 're-embedding' of morality into law which has the capacity to be centred upon both upon the limits and obstructions in the present and to extend or combine this focus with the reinterpretation of the past.⁸

The differing configurations of the 're-embedding' of morality into law in the various forms of contemporary exclusionary populism are accompanied by a common functional conception of law. The relationship between morality and law is one in which the process of 're-embedding' morality accords law the essentially instrumental

6. Hence, the focus, in Poland, upon women's reproductive rights (on the question of women's reproductive rights in Poland, see Mishtal (2015, 2018), is encompassed within this broadly defined relationship between law and morality, as one particular configuration of this relationship. For, since the European "migration crisis" of 2015, in this form of exclusionary populism, the regulation of Polish women's reproductive rights has been combined with the presentation of an "invasion" of Muslim "refugees" who, beyond their supposed propensity for terrorism, have a "natural" propensity to have more children. Thus, creating, on the basis of this presupposition, the eventual possibility for an Islamic majority (see, Goździak & Márton, 2018).

7. The configuration of the relationship between law and morality tends to involve a more pronounced process of historical reinterpretation in Poland, centred upon World War II, with the Holocaust Law and the Museum of the Second World War in Gdańsk (see, Koncewicz, 2017; Kridle, 2018; Clark & Duber, 2018). In Hungary, the emphasis is upon a more general reconfiguration of the meaning of central historical experiences of the Hungarian people of the twentieth century (see, Benazzo, 2017; Seewann, 2018).

8. It is in this sense, perhaps, that it is possible to differentiate, within this analysis, the contemporary forms of exclusionary populism in Western Europe from those in Eastern Europe. The term differentiation is utilized here in order to suggest a difference within a more general identity, as the contemporary forms of exclusionary populism in Western Europe also include an understanding of their relationship to the past.

function of overturning these limits and obstructions. The instrumentalization of law is accompanied by the designation of the comparative importance of specific domains of law which will, in turn, be reflected in the intensity and extent of legal intervention within them.

The emphasis upon both internal and external limits and obstructions leads to the heightened concentration, within the particular national legal system, upon the legal fields of constitutional/administrative law, criminal law, immigration law and, to a lesser degree, family law. The areas of civil law and criminal law which relate to the economy – composed of both the private and public sector – remain relatively undisturbed except insofar as they relate to the intersection between the labour market and state provision for those outside the labour market.⁹ The legal fields which are selected as the primary sites are subject to a radical form of legal intervention which involves significant substantive and procedural transformation.

In the field of constitutional/administrative law, the legal intervention is marked by the hollowing out of the independence of state institutions, with a particular focus upon the provisions of the constitution and the composition and powers of the constitutional court. The legal intervention seeks to reorder the hierarchy of the elements of the state within the juridical framework of the constitution to ensure the primacy of the executive and legislative branches and to reduce the effective capacity of the judicial branch – the constitutional court – to engage in constitutional review of legislation and its application by other state institutions and personnel.¹⁰

The comparative diminution of the judicial branch of the state is an aspect of the broader phenomenon, within contemporary exclusionary populism, of the assertion of the primacy of state sovereignty in relation to the obligations imposed by international legal instruments. The limitation or denial of obligations of international law are centred upon those relating to regular and irregular migrants and are the corollary of the assertion of the primacy of the state's determination of the entry, residence and expulsion of non-nationals.¹¹ This central focus of contemporary exclusionary

9. It is here that the question of the relationship between contemporary exclusionary populism and the preceding neo-liberalism of the existing political parties arises most directly. Although contemporary exclusionary populism in Hungary indicates a strong degree of continuity (Szikra, 2014; Szikra, 2018), this is not manifest to the same degree in other contemporary exclusionary populisms (Afonso & Rennwald, 2018; Otjes et al., 2018).

10. This field of law is a primary focus of the contemporary exclusionary populism in Poland and Hungary (Kelemen, 2017; Konciewicz, 2018; Sadurski, 2018).

11. The limitation and/or denial potentially involves the European Convention of Human Rights, European Union Law, the International Covenant on Civil and Political Rights, the UN Convention Against Torture, the Law of the Sea and norms which have attained the status of customary international law. There will also be a differentiation between the forms of

populism overlaps with a broader challenge to the European Union – the transnational framework of contemporary European liberal and social democracy – if the assertion of the primacy of state sovereignty is combined with a project of juridico-political transformation which limits or denies the Member State’s positive and negative obligations arising from Article 2 of the Treaty of the European Union.¹²

Law and Rights

The fields of law which are the focus of the legal intervention of contemporary exclusionary populism, animated by the ‘re-embedding’ of morality into law, are subject to a transformation which affects the existing structure and foundation of legal rights. The modification of legal rights, resulting from this transformation, is uninterested in responding to the question ‘what is a right?’, and, therefore, substitutes the presupposition of an already existing ‘we’ for any further questioning of the foundation of legal rights. Thus, contemporary exclusionary populism conceives the structure and foundation of rights in a manner which cannot be thematised by either an interest theory or a will theory of rights derived from contemporary Anglo-American legal positivism.¹³ For, the consideration of rights, and their expression as norms of positive law within a domestic legal system, is unconcerned with the determination of the function of a right or the character of the individual legal subject upon which right is conferred.

The focus of contemporary exclusionary populism is solely upon who is to be attributed with rights and, in this process of attribution, the determination of the comparative strength of rights and their correlative obligations. The position is more complex than a mere reduction or destruction of the notion of rights. Rather, it is the modification of a spectrum or field of legal statuses, defined by the existing framework of positive law, within which it seeks to translate the values/morals of this ‘we’. This focus opens the further question of the extent to which the process of modification

contemporary exclusionary populism derived from the effect of this limitation and/or denial on the status of already established immigrant communities together with historically older minority communities.

12. Article 2 of the Treaty of the European Union, states that “The Union is founded on the values of respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities. These values are common to the Member States in a society in which pluralism, non-discrimination, tolerance, justice, solidarity and equality between women and men prevail”. This is considered, by the European Union, to be the situation with regard to the forms of contemporary exclusionary populism in Poland (Wyrzykowski, 2018) and Hungary (Halmay, 2018).

13. For the contrasting positions of Anglo-American discussion, see Kramer, Simmonds & Steiner (2000), Kramer & Steiner (2007), Van Duffel (2012), Kramer (2013), Steiner (2013).

involves the creation and/or maintenance of legal statuses which do not attain the level of complete rights and obligations.

The process of modification of the spectrum of existing legal statuses will potentially result in both the introduction of new or additional rights and the modification/reduction/abolition of existing rights. In this process of transformation, the people is conferred with its expression in legal rights and the existing legal statuses of those who are considered to oppose, obstruct or undermine this expression in rights of the people will be modified, reduced or abolished. The alteration of existing legal statuses establishes a firm juridical distinction between those are within the people and those are outside the people. The firmness of the distinction is established by both the inferior legal status of those defined as outside the people – exemplified by the legal status and rights accorded to regular and irregular migrants – and the severing of the notion of a duty or obligation to those deemed outside the people. The interruption of the relationship between rights and duties is particularly marked in relation to migrants where the notion of a duty or obligation, in relation to individual or civil society assistance, has been severed through criminalization.¹⁴

This process immediately raises the question of the conflict of rights at two levels or stages. The first concerns the conflict which is associated with the process of transformation itself: the insistence upon the continued validity/legitimacy of the existing legal statuses and the recourse to institutional (e.g., judicial review/constitutional court) and non-institutional forms of challenge (demonstrations, civil disobedience, etc.), which themselves involve further questions of the scope of legal rights and freedoms. The boundary between the people and those outside the people established by the process of legal transformation remains essentially unstable as it is subject to potential contestation from those whose legal status is altered and to perpetual revision, by contemporary exclusionary populism, of the definition of the people.

The second concerns the extent of the recognition or acknowledgement, by contemporary exclusionary populism, of the continued inherence of conflict within the process of the translation of the people – the ‘we’ – into legal rights. For, the passage from the people to legal rights involves the differentiation and individualization of the morality

14. The character of criminalization differs with the criminalization in Denmark, under the Aliens Act, specified as assistance in the form of transportation of undocumented migrants which is defined as the criminal offence of human trafficking. In contrast, the 2018 legislation and constitutional amendment in Hungary creates a criminal offence of “promoting and supporting illegal immigration” which encompasses the criminalization of assistance by lawyers and individuals to asylum seekers in the Hungarian border zone together with the wider activities of NGOs of monitoring of the Hungarian border, producing or disseminating information and network building.

which contemporary exclusionary populism re-embeds in law. In this differentiation and individualization, the pre-existing unity of the people – the ‘we’ – is fragmented into a set of separable values which, as legal rights, individuates the ‘we’ into a plurality of distinct legal right holders. The individuation creates a set of formally equal rights which contain the potential for a conflict of rights with the assertion of one of these rights against another. Thus, contemporary exclusionary populism, in the passage from the ‘we’ to legal rights, reinforces the instability of the ‘we’ and is required to consider the institutional mechanisms which it will utilize in order to resolve them.¹⁵

Law and Violence

The potential for the emergence of a conflict of rights within the process of legal transformation of contemporary exclusionary populism leads to the further question of the relationship between law and violence. This question relates both to the manner of the modification, by this form of populism, of the existing spectrum of legal statuses and institutions and to the populism’s wider conception of the connection between norm and enforcement.

In regard to the existing spectrum of legal statuses, the relationship between law and violence arises from the radicalism of project of modification. The radicalism becomes the symbolic violence of the legislative formulation of the character of the modification which is to be undertaken.¹⁶ This relates both to the type of legislation – new law or amendment of existing law – which is utilized to effect the modification and to the content of the legal norms, created by the legislation, which alter the existing spectrum of legal statuses. The degree of violence which arises is further qualified or reinforced depending upon the extent to which the juridical branch of the state retains the capacity to review the legislative provisions.

The symbolic violence of the preparatory stages of the drafting and introduction of the legislative modification is transformed, with the passage of the legislation, into a violence inscribed in the legal statuses which result from this modification. The inscription

15. This potential conflict will be more immediately evident in situations where the political parties of contemporary exclusionary populism form a coalition, or the coalition is between a political party of contemporary exclusionary populism and a political party from the pre-existing political system.

16. It should also be emphasized that the radicalism of the project of legislative modification will be shaped by the presence of preparatory violence in the discourse of adopted by contemporary exclusionary populism. The attribution a of causal connection between the violence of this discourse and the incitement to violence – an immediate and, in many cases, lethal violence without legislation – is, however, always denied by a contemporary populism which seeks to remain within the framework of the existing political system (see, Leezenberg, 2015).

of the violence is produced by the creation and reproduction of a legal status, within the spectrum of legal statuses, which entails the permanent precariousness or uncertainty of the individuals who are ascribed this status. The precariousness or uncertainty relates predominantly to the legal statuses ascribed to those individuals or groups considered by contemporary exclusionary populism to be outside the 'we'. Within those held to exist outside the 'we', the primary focus for the ascription of these perpetually precarious or uncertain legal statuses are irregular and regular migrants seeking entry to, or present on the territory of, the state whose juridico-political framework is directed by contemporary exclusionary populism. The precarity and uncertainty relates to the possibility of entry and continued residence together with the type of socio-economic existence that migrants experience within the territory of the particular state.

The violence embedded in the definition of these legal statuses is compounded by the enforcement of these statuses. The essential precarity and uncertainty of the legal status is the corollary of the range of coercive actions of state institutions accompanied by minimal procedural protection utilized to maintain individuals within the parameters of a particular legal status. The state's recourse to arrest, detention and deportation is subject to minimal regulation by either judicial or administrative proceedings.

The relationship between law and violence in contemporary exclusionary populism extends beyond that involved in the modification of the spectrum of legal statuses to encompass the wider question of the existing institutions of liberal democracy and the welfare state. The radicalism of the modification of the spectrum of legal statuses is an aspect of the transformation of the existing juridico-political framework and indicates the disruptive force of the particular form of contemporary exclusionary populism. The disruption and reconfiguration of the existing institutional system is accompanied by the weakening of the conventional conceptualization of the relationship between law and violence: the return to the personalization of forms of authority and the accompanying personification of juridico-political concepts.¹⁷

The increasing emphasis of contemporary exclusionary populism upon personification remains a weakening, rather than a supplanting of the existing relationship between law and violence, as it is simultaneously bound to the continued affirmation of the 'we' of popular sovereignty. The forms of contemporary exclusionary populism involve the continuous passage between forms of personal authority and popular sovereignty in the

17. The ascendancy of personification will also be reinforced to the extent that the practice of personal patronage becomes a central mechanism in the institutional practices of a form of contemporary exclusionary populism.

weakening of the existing juridico-political framework or institutions of democracy.¹⁸ The predominant effect of weakening is itself the reflection of the dependence upon the different internal dynamics of the passage between personal authority and popular sovereignty. The difference is determined by the relative position of the leader, party and movement within a form of contemporary exclusionary populism.¹⁹

The return to the personalization of forms of authority and the accompanying personification of juridico-political concepts is the manner in which contemporary exclusionary populism reformulates the relationship between law and violence. It is a reformulation which, in place of all conceptualizations of the regulation and diminution of violence by law, assumes their essential reversibility as the counterpart of the disruption of the existing relationship between democracy, law and rights.²⁰ The presumption of reversibility is the expression of the inherent instability of the juridico-political framework of contemporary exclusionary populism which is subject to the perpetual upheaval of reproducing popular sovereignty within positive law.

Conclusion

The profound disruption, by contemporary exclusionary populism, of the juridico-political framework, revealed through its effect upon positive law, requires that, if one is to proceed from the critical analysis proceed to a critical response, this is to be undertaken through a reconceptualization of the juridico-political. The combination of reflection and reformulation involved in this reconceptualization detaches the critical response from both the delineation of a progressive, inclusionary populism and the purely defensive posture of the revalorization of the institutions of liberal constitutionalism and the welfare state.

The reflection and reformulation concentrate upon the conceptualization of a life-in-common, beyond the perpetual passage between forms of personal authority and popular sovereignty of contemporary exclusionary populism, through the juridico-political notions of solidarity and the common. The foundation of the reflection and re-

18. See, for example, the analysis of the Austrian Freedom Party (FPÖ) in Ajanovic, Mayer and Sauer (2018).

19. For Minkenberg (2018) the different internal dynamics indicate a distinction between the dominance of parties over movements in Western European forms of contemporary exclusionary populism and the Eastern European forms marked by mutual interaction between parties and movements.

20. Thus, the conception of the relationship between law and violence of contemporary exclusionary populism never attains the level of a self-reflection of law on its own violence as thematised by Menke (2018).

formulation in the concept of a life-in-common displaces the construction of the ‘we’ of contemporary exclusionary populism resulting from the ‘re-embedding’ of morality into law. The further internal differentiation and distinction within this concept of a life-in-common are elaborated through the connection to the notions of solidarity and the common.

In this elaboration, the domains of private law – property and the economy – and public law – the state and the constitution – together with their conceptual traditions are rethought in order to provide for the expression of the notions of solidarity and the common in categories of law.²¹ The distinctive universalism of these notions encompasses the distinction between national and international law as an integral part of the process of rethinking and rearticulation of domains and categories of law.

References

- Afonso, A. & Rennwald, L. (2018). Social Class and the Changing Welfare State Agenda of Radical Right Parties in Europe. In P. Manow, B. Palier, & H. Schwander (Eds.), *Welfare Democracies and Party Politics: Explaining Electoral Dynamics in Times of Changing Welfare Capitalism* (pp.171-197). Oxford: Oxford University Press.
- Ajanovic, E., Mayer, S., & Sauer, B. (2018). Constructing ‘the people’: An intersectional analysis of right-wing concepts of democracy and citizenship in Austria. *Journal of Language and Politics*, <https://doi.org/10.1075/jlp.18013.may> (not yet assigned a journal issue).
- Barr, R. R. (2017). *The Resurgence of Populism in Latin America*. Boulder: Lynne Reiner.
- Benazzo, S. (2017). Not All the Past Needs To Be Used: Features of Fidesz’s Politics of Memory. *Journal of Nationalism, Memory & Language Politics*, 11(2), 198-221.
- Bizeul, Y. & Rohgalf, J. (eds.). (2018). *Offene oder geschlossene Kollektividentität: Von der Entstehung einer neuen politischen Konfliktlinie*. Wiesbaden: Springer.
- Brömmel, W., König, H. & Sicking, M. (Eds.). (2017). *Populismus und Extremismus in Europa: Gesellschaftswissenschaftliche und sozialpsychologische Perspektiven*. Bielefeld: Transcript.

21. See, for example, the approaches of (Brunkhorst, 2005); (Capra & Mattei, 2015); (Chignola, 2012); (Dubet, 2014); (Lucarelli, 2013); (Marella, 2012); (Mattei, 2018); (Negri, 2010); (Paugam, 2015); (Rodotà, 2013); (Rodotà, 2014); (Supiot, 2015); (Teubner, 2010); (Teubner, 2016).

- Brunkhorst, H. (2005). *Solidarity: From Civic Friendship to a Global Legal Community*. Cambridge, Mass.: MIT Press.
- Capra, F. & Mattei, U. (2015). *The Ecology of Law: Toward a Legal System in Tune with Nature and Community*. Oakland: Berrett-Koehler Publishers Inc.
- Clarke, D. & Duber, P. (2018). Polish Cultural Diplomacy and Historical Memory: the Case of the Museum of the Second World War in Gdańsk. *International Journal of Politics, Culture and Society*, 1-18 <https://doi.org/10.1007/s10767-018-9294-x> 1-18 (not yet assigned a journal issue).
- Caramani, D. (2017). Will vs. Reason: The Populist and Technocratic Forms of Political Representation and Their Critique to Party Government. *American Political Science Review*, 111(1), 54-67.
- Chignola, S. (ed.). (2012). *Il diritto del comune. Crisi della sovranità, proprietà e nuovi poteri costituenti*. Verona: Ombrecorte.
- De Giorgi, E. & Russo, F. (2018). Portugal: the unexpected path of far left parties, from permanent opposition to government support. In E. De Giorgi & G. Ilonszki (Eds.), *Opposition Parties in European Legislatures Conflict or Consensus?* (pp.95-112). London: Routledge.
- De la Torre, C. & Arnson, C.J. (eds.). (2013). *Latin American Populism in the Twenty-First Century*. Baltimore: Johns Hopkins University Press.
- Dubet, F. (2014). *Préférence pour l'inégalité: Comprendre la crise des solidarités*. Paris: Editions du Seuil.
- Goździak, E. M. & Márton, P. (2018). Where the Wild Things Are: Fear of Islam and the Anti-Refugee Rhetoric in Hungary and in Poland. *Central and Eastern European Migration Review*, 1-27 <https://doi: 10.17467/ceemr.2018.04> (not yet assigned a journal issue).
- Halami, G. (2018). The Application of European Constitutional Values in EU Member States: The Case of the Fundamental Law of Hungary. *European Journal of Law Reform*, 20(2-3) <https://doi: 10.5553/EJLR/138723702018020002002> (not yet assigned a journal issue).
- Hamburger J. (2018). Whose Populism? The Mixed Messages of La France Insoumise. *Dissent*, 65(3), 101-110.
- Heinisch, R. & O. Mazzoleni (Eds.) (2016). *Understanding Populist Party Organisation: The Radical Right in Western Europe*. London: Palgrave Macmillan.

- Himma, K. E. (2004). Inclusive Legal Positivism. In J. L. Coleman, K. E. Himma, & S. J. Shapiro (Eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* (pp.125-165). Oxford: Oxford University Press.
- Kelemen, K. (2017). The New Hungarian Constitution: Legal Critiques from Europe. *Review of Central and East European Law*, 42(1), 1-49.
- Kioupkiolis, A. & Seoane Pérez, F. (2017). Reflexive technopopulism: Podemos and the search for a new left-wing hegemony. *European Political Science*, 1-13. <https://doi.org/10.1057/s41304-017-0140-9> (not yet assigned to a journal issue).
- Koncewicz, T.T. (2017). On the Politics of Resentment, Mis-Memory, and the Constitutional Fidelity: The Demise of the Polish Overlapping Consensus? In U. Uladzislau Belavusau & A. Gliszczynska-Grabias, (Eds.), *Law and Memory: Towards Legal Governance of History* (pp.263-290). Cambridge: Cambridge University Press.
- Koncewicz, T.T. (2018). The Capture of the Polish Constitutional Tribunal and Beyond: Of Institution(s), Fidelities and the Rule of Law in Flux. *Review of Central and East European Law*, 43(2), 116-173.
- Kramer, M. (1999). *In Defense of Legal Positivism: Law Without Trimmings*. Oxford: Oxford University Press.
- Kramer, M., Simmonds, N.E., & Steiner, H. (2000). *A Debate Over Rights: Philosophical Enquiries*. Oxford: Oxford University Press.
- Kramer, M., & Steiner, H. (2007). Theories of Rights: Is There a Third Way? *Oxford Journal of Legal Studies*, 27(2), 281-310.
- Kramer, M. (2013). Some Doubts about Alternatives to the Interest Theory. *Ethics*, 123(2), 245-63.
- Krastev, I. (2014). *Democracy Disrupted. The Politics of Global Protest*. Philadelphia: Pennsylvania University Press.
- Kridle, C. (2018). Polityka Historyczna: Debating Holocaust Remembrance in Poland. *Voces Novae*, 10(1) (Available at: <https://digitalcommons.chapman.edu/vocesnovae/vol10/iss1/7>)
- Leezenberg, M. (2015). Discursive violence and responsibility. Notes on the pragmatics of Dutch populism. *Journal of Language Aggression and Conflict*, 3(1), 200-228.
- Lucarelli, A. (2013). *La democrazia dei beni comuni*. Rome/Bari: Laterza.
- Marchlewska, M., Cichocka, A., Panayiotou, O., Castellanos, K. & Batayne, J. (2018). Populism as Identity Politics: Perceived In-Group Disadvantage, Collective Narcissism, and Support for Populism. *Social Psychological and Personality Science*, 9(2), 151-162.

- Marella, M.R. (ed.). (2012). *Oltre il pubblico e il private. Per un diritto dei beni comuni*. Verona: Ombrecorte.
- Marmor, A. (2004). Exclusive Legal Positivism. In Coleman, J.L., Himma, K.E., & Shapiro, S.J. (Eds.). *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* (pp.104-124). Oxford: Oxford University Press.
- Marmor, A. (2006). Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral. *Oxford Journal of Legal Studies*, 26(4), 683–704.
- Mattei, U. (2018). Having, Being, and the Commons. In V. Giorgino & Z. Walsh (Eds.), *Co-Designing Economies in Transition* (pp.63-71). London: Palgrave Macmillan.
- Menke, C. (2018). Law and Violence. In Menke, C. *Law and Violence: Christoph Menke in Dialogue* (pp.3-76). Manchester: Manchester University Press.
- Minkenbergh, M. (2018). Between party and movement: conceptual and empirical considerations of the radical right's organizational boundaries and mobilization processes. *European Societies*, <https://doi.org/10.1080/14616696.2018.1494296> (not yet assigned a journal issue).
- Mishtal, J. (2015). *The Politics of Morality: The Church, the State, and Reproductive Rights in Postsocialist Poland*. Athens: Ohio University Press.
- Mishtal, J. (2015). Reproductive Governance and the (Re)definition of Human Rights in Poland. *Medical Anthropology*, 1-13 <https://doi.org/10.1080/01459740.2018.1472090> (not yet assigned to a journal issue)
- Mouffe, C. (2018). *For a Left Populism*. London: Verso.
- Mounk, Y. (2018). *The People vs. Democracy: Why Our Freedom Is in Danger and How to Save It*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Mudde, C. (2014). Fighting the System? Populist Radical Right Parties and Party System Change. *Party Politics*, 20(2), 217–226.
- Müller, J.W. (2017). *What is Populism?* London: Penguin.
- Munck, R. (2018). Rethinking the left: a view from Latin America. *Global Discourse*, 8(2), 260-275.
- Negri, A. (2010). The Law of the Common. *Finish Yearbook of International Law*, 21, 16-25.
- Olsen, J. (2018). The Left Party and the AfD: Populist Competitors in Eastern Germany *German Politics and Society*, 36(1), 70-83.
- Otjes, S., Ivaldi, G., Jupskås, A. R., Mazzoleni, O. (2018). It's not Economic Interventionism, Stupid! Reassessing the Political Economy of Radical Right-wing Populist Parties. *Swiss Political Science Review*, 24(3), 270-290.

- Paugam, S. (ed.). (2015) *Repenser la solidarité: L'apport des sciences sociales* 2nd Edition. Paris: Presses Universitaires de France.
- Peruzzotti, E. (2017). Regime betterment or regime change? A critical review of recent debates on liberal democracy and populism in Latin America. *Constellations*, 24, 389–400.
- Raz, J. (1994). *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*. Oxford: Oxford University Press.
- Reynié, D. (2013). *Les nouveaux populismes*. Paris: Fayard.
- Solar, J. and Rendueles, C. (2018). Podemos, the upheaval of Spanish politics and the challenge of populism. *Journal of Contemporary European Studies*, 26(1), 99–116.
- Rodotà, S. (2013). *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*. Bologna: Il Mulino.
- Rodotà, S. (2014). *Solidarietà. Un'utopia necessaria*. Rome/Bari: Laterza.
- Sadurski, W. (2018). Polish Constitutional Tribunal Under PiS: From an Activist Court, to a Paralysed Tribunal, to a Governmental Enabler. *Hague Journal of the Rule of Law*, <https://doi.org/10.1007/s40803-018-0078-1> (not yet assigned a journal issue nor pagination).
- Seewann, G. (2018). Hungary: History as a Legitimizing Precedent – “Illiberal Democracy”. *Zeitschrift für Ostmitteleuropa-Forschung / Journal of East Central European Studies*, 67(2), 239–249.
- Steiner, H. (2013). Directed Duties and Inalienable Rights. *Ethics*, 123(2), 230–44.
- Supiot, A. (ed.). (2015). *La Solidarité: Enquête sur un principe juridique*. Paris: Odile Jacob.
- Szikra, D. (2014). Democracy and welfare in hard times: The social policy of the Orbán Government in Hungary between 2010 and 2014. *Journal of European Social Policy*, 24(5), 486–500.
- Szikra, D. (2018). Welfare for the Wealthy. The Social Policy of the Orbán Regime. Friedrich Ebert Stiftung Budapest Analysis. Budapest (<https://library.fes.de/pdf-files/Budapest/14209.pdf>; 20/9/2018).
- Sznajder, M. Roniger, L. & Forment C. (eds.). (2012). *Shifting Frontiers of Citizenship: The Latin American Experience*. Leiden: Brill.
- Taguieff, P.-A. (2007). *L'illusion populiste: Essai sur les démagogies de l'âge démocratique*. Paris: Flammarion.
- Taguieff, P.-A. (2015). *La revanche du nationalisme*. Paris: Presses Universitaires de France.

- Teubner, G. (2010). Societal Constitutionalism and the Politics of the Common. *Finish Yearbook of International Law*, 21, 2-15.
- Teubner, G. (2016). Exogenous Self-Binding: How Social Subsystems Externalise Their Foundational Paradoxes in the Process of Constitutionalisation. In A. Febbrajo, & G. Corsi (Eds.), *Sociology of Constitutions: A Paradoxical Perspective* (pp.30-48), London: Routledge.
- Van Duffel, S. (2012). In Defense of the Will Theory of Rights. *Res Publica*, 18(4), 231–31.
- Waluchow, W.J. (1994). *Inclusive Legal Positivism*, Oxford: Oxford University Press.
- Wyrzykowski, M. (2018). Rule of Law: *European Commission v. Poland*. In A. Hatje, & L. Tichý (Eds.), *Liability of Member States for the Violation of Fundamental Values of the European Union/Europarecht 1* (pp.169-200), Baden-Baden: Nomos.

Antonio Carlos Wolkmer. Professor and Coordinator of the Master's Degree Program in Human Rights and Society at UN-ESC-SC and professor at the Post-graduate Law School at UNILASALLE-RS. Retired professor at PPGD/ UFSC. PhD in Law and member of the Research Group CLACSO (Argentina/Ecuador): "Pensamiento Jurídico Crítico" ("Critical Law Thought"). Member of the International Political Science Association (IPSA, Canada). Member of the Argentinean Association of Legal Sociology and from RELADES – Red Latinoamericana de Derecho y Sociedad ("Law and society Latin-american network"). CNPq Researcher (Level 1-A) and CAPES' Adviser. Visiting professor at Post-graduate departments in universities in Brazil and abroad (Argentina, Peru, Colombia, Chile, Ecuador, Venezuela, Costa Rica, Puerto Rico, Mexico, Spain and Italy). Author of several books, among them: *Direitos humanos e filosofia jurídica na América Latina* (Org.) [*Human Rights and Juridic Philosophy in Latin-america* (ed.)], Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004; *Constitucionalismo, Decolonización y Pluralismo Jurídico en América Latina* [*Constitutionalism, Decolonization and Legal Pluralism in Latin America* (ed.)], Aguascalientes (Mexico): Cenejus; Florianopolis: NEPE/UFSC, 2015; *Teoría Crítica Del Derecho desde América Latina* [*Law Critical Theory in Latin America*], Mexico: AKAL, 2017; *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de una Nueva Cultura del Derecho*. [*Legal Pluralism: bases for a new law culture*], Madrid: Dykinson, 2018.

Contact: acwolkmer@gmail.com

PLURALISM AND SOCIAL LAW THEORY FROM A LATIN-AMERICAN PERSPECTIVE

Antonio Carlos Wolkmer

UNESC-SC and UNILASALLE-RS

DOI: 10.17450/180206

Reception date: 20th July 2018; acceptance date: 18th August 2018. This article is the result of research activities held at the Master's Degree Program in Human Rights and Society at UNESC-SC and at the Post-graduate Law School at UNILASALLE-RS.

Abstract

The proposal of the present article highlights some theoretical-practical tendencies that are influencing, in the last decades, the field of the political philosophy and the theory of the law. As a product of insurgent democratic social movements and their resistance struggles, alternative paradigms and new institutional knowledge emerged in the Andes region, such as Ecuador (2008) and Bolivia (2009). Therefore, the text aims to demonstrate, first, tradition, ruptures and advances in Latin American constitutionalist theory to conclude, bringing the reference of pluralism and its contribution to the decolonization and social reordering of law theory.

Keywords

Latin constitutionalism, legal pluralism, decolonization, social theory

Resumen

La propuesta del presente artículo destaca algunas tendencias teórico-prácticas que están influenciando en las últimas décadas el campo de la filosofía política y de la teoría

del Derecho. El producto de movimientos sociales democráticos insurgentes y de sus luchas de resistencias, emergió en la región de los Andes, paradigmas alternativos y nuevos saberes institucionalizados en constituciones como la de Ecuador (2008) y de Bolivia (2009). Por lo tanto, el texto objetiva demostrar, primero, la tradición, rupturas y avances en la teoría constitucionalista latinoamericana para concluir, trayendo el referencial del Pluralismo y su contribución para la descolonización y reordenación social de la teoría del Derecho.

Palabras clave

Constitucionalismo latinoamericano, pluralismo jurídico, descolonización, teoría social

Introduction

This paper explores its subject divided in three moments: 1. Introduction; 2. Tradition and Ruptures in the Constitutionalist Theory in Latin America; 3. The Role of Pluralism in the Decolonization and in the Reordering of Social Law Theory.

Such inputs will be discussed as possible responses in order to advance new perspectives for the Politics and Law in Latin-American societies which are still going through processes of decolonization and of the affirmation of their own identities, as well as the self-determination as plurinational Nations.

Firstly, one should consider the new challenges that arise from Political and Law perspectives in parallel to transformations which trespass the knowledge processes and relationships that have been structuring human life in societies at the beginning of the 21st century. Some of the innovative tendencies in the context of social organization and their normative system have been coming from experiences in societies which are going through decolonization processes, more specifically, in what has been called the Global South. As such, new perspectives enable to introduce other references which privilege the community power and the needs of new collective subjects which emerge within this scenario. Hence, it is important to underline their own political dynamics that have been introducing social changes and that are connected to democratic movements in Latin America, as well as reflecting the political-constitutional order. A prime example of that is the constitutionalism that emerged from Ecuador's (2008) and Bolivia's (2009) constitutions, which have been stimulating and legitimizing new perspectives on alternative paradigms and intercultural dialogues that challenge canonical knowledges.

It can be argued that until nowadays the European conquest of the Americas is still reflected in the social relationships in the region. With this conquest, new modes of life and of perception arrived, taking part in the construction of a historical reality and of institutions which are typically derived from an eurocentric modernity: that is, related to this eurocentric modernity in the sphere of knowledge, human life, in the forms of social organization and in the human relationship with the natural environment. In the field of Law, there was an incorporation of a state juridic monism, liberal constitutionalism, privatist legalism and an understanding of nature as an object to be economically regulated.

The current changes in the Latin-american political-constitutional scope propose a new form of juridical organization connected to ancestral costumes, as well as to current issues, highlighting an epistemic syncretism. The arguments brought forward

by this paper intend to underline some of the changes connected to the Andean constitutions of Ecuador and Bolivia, which are perhaps the ones that developed this theme the most.

Henceforth, what is proposed with this article is a methodological explanation, within a historical-descriptive and critical perspective, of how the values brought forward by the Andean cosmivision and by the paradigmatic guidelines of a transformative type of constitutionalism, in which the guiding referential is the political-juridical plurality within an ecocentric dimension, are intertwined with the intercultural principles of the 'buen vivir,' with the juridical dimension of nature, with a revision of common goods and with a plurinational political reality. Such elements favor a deconstruction of concepts, categories and representations associated with formally discursive versions of hegemonic socio-juridical knowledges, opening up alternative proposals for a more decolonial social theory within the scope of Politics and Law.

Tradition and Ruptures in the Latin-american Constitutional Theory

In the search for decolonial socio-juridical knowledge one has to critically reflect upon canonical and colonizing knowledge and practices. One should consider that within the societal and institutional scenario that politically dominated the Latin-american countries in the beginning of the 19th century there was a propitious context for the expansion, within the scope of Law, of the political-juridical doctrine of a colonizing and liberal Constitutionalism of an elitist, segregating and monist bias. Even if the emancipation of the colonies, which happened during this period politically represented a limitation to the metropolis' absolutist power, it ended up consolidating guarantees and security for the white, *criollo* and property-owner minorities in the recently freed countries. These minorities looked to legitimize themselves as a hegemonic power in the new political and institutionalized model of a peripheral capitalist development. The ideological profile of this imported Western Constitutionalism translated not the values of a local elite, while also excluding the majority of demographic segments who could not be absorbed by the post-independency colonizing model (such as the Native Indigenous populations, the Afro-american communities and peasant workers). It also ended up ideologically expressing and joining lines of a economical liberalism, the dogma of free enterprise, the centralization of

government's power and bureaucracy, the monist conception of the State ruled by law and the supremacy of properties' rights.

Furthermore, the incorporation of the capitalist form of production and of the individualist liberalism ideal had an important function in the process of consolidation of the State Law (that is, the State legitimizes itself as the only legislative ruler) and in the specific development of the Public Law of the old Iberian colonies. It should be recognized that the liberal individualism and the Enlightenment's ideology of the Human Rights permeated the Hispanic America in the 19th century, trespassing fundamentally agrarian and segregationist societies, sometimes also pro-slaver, in which the urban and industrial development was almost nonexistent. In these societies, a great part of the population did not have a citizenship status and were not protected by the Constitution. Within this colonial logic, marked by the monist culture of 'assimilation' in which cultures are constitutionally standardized by the official model, neither diversity nor the preservation of nature were respected, and, even less so, the remote traditions connected to a common-law legal pluralism and ancestral knowledge of the original populations (Wolkmer, 2013a, pp.19-21).

Seldom in the region's history the colonizing Constitutionalism represented by liberal, individualist, formalist and excluding Constitutions authentically expressed the needs of its major social segments, such as those from the Native, Afro-descendants and peasant populations, and, later the urban movements. As well as the historical absences of their legitimate antecedents others were added: in the 20th century there was a delayed recognition of the importance of the natural environment, biodiversity, sustainable development, and politics, of preservation and protection of the natural goods policies.

Henceforth, this article underlines the importance of the Pluralist Constitutionalism that emerged contemporaneously in Latin-american countries such as Ecuador and Bolivia, which theoretically broke with the colonialism of power and with its political and juridical tradition of liberal and individualist basis. Distancing themselves from the euro-centric matrix of thinking Law and State, new Constitutions of alternative cosmovision started to be projected. These unfolded from a valorization of the Native Indigenous universe and from a re-founding of political institutions, recognizing the needs of original cultures which were overviewed and of identities that were radically denied their own history. Within this context, it is timely to introduce the discussion of the theoretical and practical landmark of the pluralism within the scope of the State and of Law, enabling and problematizing ruptures with colonial

and euro-centric matrixes, as well as stimulating alternative inputs which can redefine new epistemes and redirect them towards a more decolonial social theory within the scope of politics and Law.

The role of Pluralism in the decolonization and in the reordering of the Social Law Theory

To reveal the colonizing forms of representation that are part of the modern Law theory, especially the ones related to a liberal-individualist tradition, it is necessary to underline the recent epistemological contributions of the Global-south which are breaking with classical ethnocentric rationalized truths and universalist paradigms.

Within this context, the epistemological and methodological referential of Pluralism is introduced, most notably as a central concept that prioritizes the issue of diversity and difference.

In its widest sense, the classical Pluralism means ‘the existence of more than one reality, of multiple forms of action and a diversity of the social and cultural fields, each of them with their own particularities and involving a variety of autonomous phenomena and heterogeneous elements that are not reducible within one another’ (Wolkmer, 2015a; Wolkmer, 2015b). Hence, the Pluralism shows that the State power is not the only and exclusive source for Law. Such conception minimizes, excludes and denies the monopoly of legal rule making by the State, recognizing the production of other forms of regularization, generated by political instances, intermediate organisms or social organizations containing a certain degree of autonomy and their own identity. Beyond the traditional formulations of pluralism (which are part of juridical sociology, politics and anthropology) it is important to note that within a spectrum of diverse interpretations there is the juridical pluralism of participatory communitarian practices, ‘from bottom to top’, as an expression of informal, parallel or alternative Law. Within this kind of pluralism there are experiences of normativity that go beyond the State, such as communitarian justice, Indigenous justice, and the ‘quilombola’ justice of the Afro-descendants, as well as the peasant rounds, itinerant justice and other practical experiences.

Once the issue of pluralism has been introduced and contextualized, it is important to advance and underline its presence in contemporary experiences and lived processes in some Latin-american countries which have been developing the episteme of a Constitutionalism of the pluralist and transformative kind. The innovation of the Pluralism in the

Southern region of America is reflected in the manifestation of the juridical variation of the Constitutionalism. That is, a pluralist constitutionalism as a State 'funding principle.' It is relevant to recognize the institutional legality of the pluralism in the politics and law, underlined for the first time by the region's Constitutionalism -more specifically, in the Ecuador's and Bolivia's constitutions. These constitutions consecrate and reinforce the political and juridical pluralism as their ground principles, prescribing not only a plurinational State model, but, above all, a project of decolonial legality for pluricultural societies. Bonaventura Santos argues that it is in this sense that the pluralism as a 'structuring principle' surpasses the conceptual apparatus of the new Constitutionalism, which implies a plurinational State that aggregates different nations and cultures. The main idea is that there is not only one concept of nation, but two concepts, that is, the civic-geopolitical nation and the ethnic-cultural one, which adds to a plurality. The monocultural logic of the modern State disappears and the State becomes multicultural (Santos, 2010, p. 72).

Such theoretical aspects of the rise of Juridical Pluralism in the last decades in the context of Latin America help the recognition and consolidation of the emergence of a new type of Constitutionalism – which can be termed Pluralist Constitutionalism. The Pluralist Constitutionalism, established in the region from political changes and new processes of social struggle, have had, mainly, in the constitutions of Ecuador (2008) and Bolivia (2009) the strategic space of inspiration and legitimization for propelling the development of paradigms of rupture within the scope of new collective social forms (such as from the original peoples, Native Indigenous and Afro-descendants) and the rights to natural common goods (such as the ones reflected on the multicultural State, diversity and interculturality).

The development of some of these guiding axes, which were foreseen and consecrated in the rising Constitutionalism in Andean countries, implicates challenges for the assimilation and the process of their real materialization. The challenges for societies going through decolonization processes are how to carry an effective and plural concretization of new epistemological paradigms conceived and projected for beyond the traditional institutionalization and the juridical standards. The issue is how to develop concrete methodological strategies able to introject, face and respond to new representations, logics, conceptualizations, cosmovisions and complexities.

Taking this concern into consideration, a pluralist proposal of a transformative Constitutionalism has been introduced and gained force, problematizing the possibilities of a new Social Law theory from the viewpoint of the South.

These constructions which began the so-called 'Popular democratic cycle,' in a way that showcases the innovative and decolonizing character of new institutions, determine the configuration of a new political-constitutional paradigm, of participatory, plural and intercultural character. The context in which such a cycle emerges legitimizes the radical application of the new paradigm by States from the South which still find themselves shaped by ethnocentric, monists and elitists transplants from the European modernity. This application responds to concrete historical needs of subjects excluded from their own history.

However, the outbreak of the decolonial process of social struggle in Latin America, which culminated in the Pluralist Constitutionalism, should be recognized fundamentally in the constitutions of Ecuador (2008) and Bolivia (2009) (Wolkmer; Melo, 2013; Wolkmer, 2016, pp. 121-123; Verdum, 2009; Noguera Fernández, 2008). For some commentators, such political texts express a Communitarian Plurinational Constitutionalism identified with another paradigm of State of Law, one that is neither universal or unique and that, instead, co-exists with experiences of 'traditional knowledge' of plurinational societies (such as the indigenous, communal and peasant), with practices of judicial egalitarian pluralism (that is, coexistence of diverse legal instances in equal hierarchy: State ordinary jurisdiction and Indigenous/peasant jurisdiction) and, finally, with the recognition of collective rights and common goods connected to nature.

It seems clear that the political changes and new social processes of social struggles in Latin-american States generated not only new political statutes which materialized new rising social actors, plural realities and challenging biocentric practices, but, equally, in light of the cultural diversity of 'minorities,' of the unchallengeable strength of Indigenous populations in the continent, of the politics of sustainable development and of the protection of natural common goods, they bring forward a new juridical paradigm, that of the Pluralist Constitutionalism, a synthesis of an Indigenous, autochthonous and mestizo Constitutionalism (Wolkmer, 2015b).

The stage of a great decolonial impact for the emergence of a new kind of Latin-american Constitutionalism was configured by Ecuador's 2008 constitution and its bold 'biocentric/ecocentric turn,' which recognized nature's own rights and the rights of the development of a 'buen vivir'. The repercussions of greater impact and recognition are present in the seventh chapter of the second title about principles (arts. 12-34) and in the 'buen vivir' rights regime (arts. 340-394), as well as in the dispositives on 'biodiversity and natural resources' (arts. 395-415), that is, on 'nature's rights.'

Certainly, by recognizing nature's rights, beyond the usual subjects of the juridical modernity and independently from human's valuation, the 2008 Constitution proposes the realization of 'a radical change in comparison to other Latin-american constitutional regimes' (Gudynas, 2009; Wolkmer, 2016, p.123).

This perception that emerges from an Andean cosmovision unfolds into a potentialization of survival material basis that respect culture and promote a 'buen vivir,' in which the human dignity is a life's reference, with quality and under ongoing construction.

The new constitution is pioneer in that it recognizes nature's rights. There are many articles that establish this right and that propose a development model to the country in harmony with nature and environment. The nature's rights are closely tight to the proposal of a new development regime, the well living regime or *sumak kawsay*. The well living implies harmony: of the being with themselves, with others and with nature. It makes sense the incorporation of nature as a subject with rights since without it the life of human beings is not possible (Acosta 2013; Martínez, 2009, p. 37).

The aims of the 'buen vivir' (well living) as a representation of an alternative sustainability are defined in the art. 276 of Ecuador's constitution. One of them states the aim of 'recovering and preserving nature, maintaining a health and sustainable environment, as well as guaranteeing the access to and quality of water, air and soil, and the benefits of natural resources.' Consequently, this determines obligations to be fulfilled by the State and people, collectively (arts. 277 e 278). (Gudynas, 2009, p. 119). According to Eduardo Gudynas, going towards the direction of the 'use of natural resources to attend needs of life,' the aims of the 'buen vivir' are close to certain critical positions connected to the sustainable development or even a 'deep ecology.' Two aspects of the 'buen vivir' have more direct shared traces with sustainability, that is: first, the proposition that 'human beings should use resources and the richness of the environment,' however, this relationship between humans and nature should be inserted in 'a new context' since this use should serve to the 'buen vivir' (Gudynas, 2009, p. 120). Hence, the vision of the 'buen vivir' is an integral one, including natural and social environment. A 'buen vivir' can not exist without a protected and preserved nature' (Gudynas, 2009, p. 46).

Besides the Ecuadorian Constitutionalism one should equally recognise how Bolivia's 2009 Constitution also brought about an Andean cosmovision, recognizing the

people's sovereignty, which is expressed not only in the statement of their fundamental right to life, but in the materialization of the right to water and food.

As such, it is evident the indispensable change at a planetary level in relation to common goods, promotes a real commitment of a pluriversal citizenship with the preservation of common goods as a defense of Life in its plenitude.

Henceforth, these are some of the regulatory landmarks about the environmental thematization and the politics related to the mandatory Human Right to water, its impacts and the unfolding of the more recent constitutional theory in some Andean countries.

More than outlining the scope of what can be called a constitutionally institutionalized pluralism, it is a new Law of a communitarian plurinational and decolonial type. In this sense, Bartolomé Clavero remarks that 'the 2009 Bolivian Constitution is the first constitution in the Americas that establishes the basis for the access to rights and power for all, adopting an integral and congruent anti-colonialist position, the first one to decisively break with the typically American constitutional colonialism or the colonial constitutionalism since the independency times' (Clavero, 2009, p. 2). This is a formal underlining of what came to be a 'refounding' of the Bolivian State, markedly Indigenous, anti-colonialist and plurinational.

Summing up, the brief analysis of aspects of the Pluralist Constitutionalism from the perspective of the South underlines some points that come from the tradition of Andean populations and from its ancestral culture, such as the Indigenous Law, the intercultural knowledge, the ancestral plurinationality, the judicial egalitarianism and the rights to common goods related to nature (such as the environment, natural resources, water and land).

Conclusion

To critically rethink the modern, individual-liberal, Enlightenment-based construction of the traditional conceptions around the Political and Law Theory, involves the pedagogic effort of bringing a historical praxis of transformation to the discussion. This praxis is based on actions of struggles and the recognition of rising sociabilities, promoting ongoing 'processes of social construction of another reality.'

The emergent and alternative paradigm that has been produced from the South breaks with the scientific universalist cartesian model of an Enlightenment and anglo/

eurocentric tradition, introducing new epistemological and methodological references to rethink and reorder, in a wide sense, the social structure and its relationships (society), and the dynamics of normative processes in their plural sources (Law).

The construction of a critical thought of resistance to colonialism that departs from a decolonial world-periphery (from the perspective of subaltern knowledge) does not imply a total negation or radical rupture with other rational and universalist forms of knowledge inherited from the Enlightenment and produced by the ethnocentric modernity (European and North-american), but a dialectic process of assimilation, transposition and reinvention (Wolkmer, 2014, p. 241; Maia, 2011).

Hence, it is indispensable to assimilate the appeal for new grammars and new knowledge that enable an alternative language of difference, contextualizing, as argued by Castro-Gómez and Grosfoguel, 'the complexity of gender, race, class, sexuality, knowledge and spiritual hierarchies within geopolitical, geocultural and geoeconomic processes of world-system. With the aim of finding a new language for this complexity, we need to look 'outside' our paradigms, focuses, disciplines and fields of knowledge. We need to establish a dialogue with non-Western forms of knowledge since these generate a totality in which everything is related, nonetheless, with new theories of complexities' (Castro-Gómez; Grosfoguel, 2007, p.17; idem, Connell, 2007).

The challenge is to re-signify a Social Law Theory that, without stopping to be inserted within the current cultural processes of globalization and interlocution with 'hegemonic' matrixes from the North, can also turn to the local, peripheral, the 'other,' without losing its own identity and autonomy. This means that inside its hegemonic and cosmopolitan spaces the classical and universalist themes which shape and dominate colonized social and juridical sciences open up to a recognition of new potentialities of knowledge and life's relationships, taking into account not only the Latin-american reality, but other non-Western social experiences (Connell, 2007; Alatas, 2001; Comaroff, 2011).

Summing up, the challenge that remains is how to use new epistemological sources taken from the recent Latin-american Constitutionalism and from the emergence of a juridical pluralism from the perspective of decolonial studies to advance towards a rupture position without losing the democratic and constructive dialogue that enables not only a cosmovision connected to another type of life development (the *buen vivir*), but also, and above all, able to germinate seeds for a new Social Law Theory.

References

- Andrés Roig A. (1981). *Teoría y Crítica del Pensamiento Latinoamericano*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Acosta, A. (2013). *El Buen Vivir. Sumak Kawsay, una oportunidad para imaginar otros mundos*. Barcelona: Icaria.
- Alatas, Syed Farid (2001). Alternative Discourses in Southeast Asia. *Sari*, (19), 49-67.
- Alba S.; Castro, S. R. (Coords.). *Pluralismo Jurídico e Interculturalidad*. Sucre: IDEI,s/d.
- Cabedo Mallo, V. (2004), *Constitucionalismo y Derecho Indígena en América Latina*. Valencia: Universidad Politécnica de Valencia.
- Castro-Gómez, S.; Grofoguiel, R. (Eds.) (2007). *El Giro Decolonial. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Bogotá: Siglo Del Hombre/Universidad Central/ Pontificia Universidad Javeriana.
- Chivi Vargas, I. M. (2009). Os caminhos da descolonização na América Latina: os povos indígenas e o igualitarismo jurisdiccional na Bolívia. In R. Verdum (Org.). *Povos indígenas: constituição e reformas políticas na América Latina*. Brasília: IES.
- Clavero, B. (1994). *Derecho Indígena y cultura constitucional en América Latina*. México D.F: Siglo Veintiuno Editores.
- Clavero, B. (2009). *Bolívia entre Constitucionalismo Colonial y Constitucionalismo emancipatorio*. Retrieved from: <www.clavero.derechosindigenas.org/bolivia-en-la-encrucijada-entre-constitucionalismos.pdf>
- Comaroff, J. (2011). Teorías do Sul. *Mana*, 17(2), 467-480.
- Connell, R. (2007). *Southern Theory. The global dynamics of knowledge in social science*. Cambridge-Crows Nest: Polity Press-Allen & Unwin.
- Connell, R. (2012). A Iminente Revolução na Teoria Social. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. 27(80), 9-20.
- Dussel, E. (1984). *Cultura latinoamericana y filosofía de la liberación*. III Congreso de Filosofía Latinoamericana, Bogotá.
- Fajardo, R. Y. (2002). El reconocimiento constitucional del pluralismo legal en Perú. Hacia una interpretación comprehensiva del Convenio 169 y la Constitución. In: M- García (coord.). *Identidades Culturales y Derechos Humanos* (pp.229-254). Dykinson: Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati.
- Fajardo, R. Y (2006). Hitos del Reconocimiento del Pluralismo Jurídico y el Derecho Indígena en las Políticas Indigenistas y el Constitucionalismo Andino. In: M.

- Berraondo (Coord.). *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos* (pp. 537-567). Bilbao: Universidad di Deusto.
- Fajardo, R. Y (2010). *El Horizonte del Constitucionalismo Pluralista: del Multiculturalismo a la Descolonización* (2010). Paper presentado en el VII Congreso de la RELAJU, Lima, Perú.
- Gargarella, R (2005). *Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo in América (1776-1860)*. Madrid: Siglo XXI.
- Gudynas, E. (2009). *El mandato Ecológico. Derechos de la Naturaleza y Políticas Ambientales en la Nueva Constitución*. Quito: Ediciones: Abya-Yala.
- Lander, E. (org) (2005). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. Colección Sur Sur. Buenos Aires: CLACSO. Retrieved from: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/lander/pt/Apresentacao.rtf>>
- Linera, Á. G (2005). *Estado Multinacional – Una propuesta democrática y pluralista para la extinción de la exclusión de las naciones indígenas*. La Paz: Malatesta.
- Maia, J. M. E (2011). Ao Sul da Teoria: a atualidade teórica do pensamento social brasileiro. *Sociedade e Estado*. 26(2), 71-94.
- Viciano Pastor, R. (2012). Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano. In: R. Viciano (Ed.) *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Nogueira Fernandez, A. (2008). *Constitución, Plurinacionalidad y Pluralismo Jurídico en Bolivia*. Bolivia: Oxfam/Enlace.
- Pisarello, G. (2009). El nuevo constitucionalismo latinoamericano y la Constitución Venezolana de 1999. In: *Sin Permiso* (Barcelona), s/d, fl. (3).
- Quirola Suárez, D. (2009). ‘Sumak Kaway. Hacia un Nuevo Pacto Social en Armonía con la Naturaleza’. In: A. Acosta; E. Martínez, (Comps.). *El Buen Vivir: una via para el desarrollo*. Quito: Ediciones Abya-Yala.
- Santos, B. (2009). *Pensar el Estado y la sociedad: desafíos actuales*. Buenos Aires: Waldhuter.
- Santos, B. (2010). *Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad.
- Verdum, R. (Org.) (2009). *Povos indígenas: constituição e reformas políticas na América Latina*. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconomicos.
- Wallerstein, I. (2005). *Análisis de Sistemas-Mundo*. Mexico: Siglo XXI.
- Walsh, C. (2006). *Interculturalidad, descolonización del Estado y del conocimiento*. Buenos Aires: Del Signo.

- Wolkmer, A. C.; Fagundes, L. M. (2011). Tendências Contemporâneas do Constitucionalismo Latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. *Pensar. Revista de Ciências Jurídicas*. 16(2), 371-408.
- Wolkmer, A. C.; Melo, M. P. (Orgs.) (2013). *Constitucionalismo Latino-Americano: tendências Contemporâneas*. Curitiba: Juruá.
- Wolkmer, A.C. (2014). Da Crítica Moderna Eurocêntrica à Crítica Liberadora do Direito na América Latina. In: Krohling, Aloísio; Ferreira, Dirce N.A. (coords.). (Org.). *História da Filosofia do Direito. O Paradigma do Uno e do Múltiplo Dialético, Retórico e Erístico* (pp. 241-252). Curitiba-PR: Juruá.
- Wolkmer, A. C. (2015a). *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito*. São Paulo: Saraiva.
- Wolkmer, A.C, Maria de Fatima S (2015b). Pluralismo Jurídico y Constitucionalismo Emancipador desde el Sur. In: B. de Santos; T. Cunha (Eds.) (2015b) *Actas – Constitucionalismo Transformador, Interculturalidade e Reforma do Estado* (pp. 31-49).
- Wolkmer, A.C.; Lixia, I. M. (Orgs.), (2015c). *Constitucionalismo, Descolonización y Pluralismo Jurídico en América latina*. San Luis Potosí (Mexico): Cenejus; Florianopolis: NEPE/UFSC.
- Wolkmer, A.C., (2016) 'Pluralismo Jurídico, Processo de Descolonização e Constitucionalismo desde o Sul'. In: Bogdandy, A. Von; Antoniazzi, M.M.; Piovesan, F. (Coords.). *IUS Constitutionale Commune na America Latina*. (pp.117-127) – Volume II. Pluralismo e Inclusão. Curitiba: Juruá.
- Wolkmer, A.C., Radaelli, S. M. (2017). Refundación de La Teoría Constitucional Latinoamericana: Pluralidad y Descolonización. *Derechos y Libertades*, (37), 31-50.

Luca Baccelli. Catedrático de Filosofía del Derecho por la Università di Camerino y enseñó en las de Pisa y Firenze. Fue *visiting scholar* hacia diferentes universidades, como la New School y la Columbia University de Nueva York.

Es Presidente de *Jura gentium* - Centro di filosofia del diritto internazionale e della politica globale. Forma parte del Comité científico de *Iride. Filosofia e discussione pubblica*. Dentro de sus libros, recuérdense: *Bartolomé de Las Casas. La conquista senza fondamento* (2016), *I diritti dei popoli. Universalismo e differenze culturali* (2009), *Critica del repubblicanesimo* (2003), *Il particolarismo dei diritti. Poteri degli individui e paradossi dell'universalismo* (1999), *Praxis e poiesi nella filosofia politica moderna* (1991).
Contacto: luca.baccelli@unicam.it

EN EL UMBRAL DE LA MODERNIDAD. HUMANIDAD, DERECHOS, CONQUISTA

Luca Baccelli

Università di Camerino

ON THE THRESHOLD OF MODERNITY. HUMANITY, RIGHTS, CONQUEST

DOI: 10.17450/180207

Fecha de recepción: 13 de Febrero 2018; fecha de aceptación: 12 de Marzo 2018. El presente artículo es resultado de un proyecto de investigación desarrollado en la Scuola di Giurisprudenza de la Università di Camerino y en la Columbia University.

Resumen

El debate sobre la conquista de América presenta aspectos paradójicos del universalismo y del particularismo. Sepúlveda vuelve a proponer la antropología aristotélica de la desigualdad, al enfatizar en la *humanitas* superior de los cristianos españoles respecto de los indios “bárbaros” pero, al mismo tiempo, teoriza la pertenencia universal a la humanidad y la consiguiente obligación de los primeros de someter a los segundos. Vitoria elabora una teoría de los derechos naturales pero la emplea para legitimar las guerras de conquista y, al mismo tiempo, considera a los “bárbaros” como amentes y/o niños.

El universalismo de Las Casas emerge en el derrocamiento de la teoría de la guerra justa y en la atribución de los derechos subjetivos —antes que todo, la igual libertad— para todos los individuos y pueblos, así como en la capacidad de reconocer las diferencias culturales, la dignidad de las maneras de vida “otras”, la importancia de los contextos para la implementación de los principios. Se refiere a una posible declinación de la dialéctica entre universalismo y particularismo que convierte en más profunda nuestra conciencia, incluso frente a las tragedias del día de hoy.

Palabras clave

Universalismo, Particularismo, Derechos humanos, Conquista

Abstract

The debate on the conquest of America presents paradoxical aspects of universalism and particularism. Sepúlveda again proposes the Aristotelian anthropology of inequality, emphasizing the superior humanities of Spanish Christians with respect to the “barbarian” Indians, but, at the same time, theorizes universal belonging to humanity and the consequent obligation of the former to submit to the seconds. Vitoria elaborates a theory of natural rights but uses it to legitimize the wars of conquest and, at the same time, considers the “barbarians” as amentes and / or children. The universalism of Las Casas emerges in the overthrow of the theory of just war and in the attribution of subjective rights - before everything, equal freedom - for all individuals and peoples, as well as in the capacity to recognize cultural differences, the dignity of “other” ways of life, the importance of contexts for the implementation of the principles. It refers to a possible decline of the dialectic between universalism and particularism that deepens our conscience even in the face of the tragedies of today.

Keywords

Universalism, Particularism, Human rights, Conquest

Introducción

En las últimas décadas, cada vez hemos experimentado los riesgos y los efectos perversos del universalismo y del particularismo. Alrededor de 1989, con la “recuperación de la tribu” (Walzer, 1992), se asistió a la afirmación desenfrenada, casi siempre violenta, de las identidades étnicas y micro-nacionales. La reacción en cadena de los secesionismos empezó en una época de expansión económica y de liberación política, pero sigue existiendo. Las visiones comunitaristas —y aún más las tesis sobre el “choque de civilizaciones”— han sido generalmente criticadas desde el punto de vista teórico, aunque parecen haber adelantado una profecía siniestra que se autorrealiza (Huntington, 1996; Bottici & Challand, 2010).

Al principio del milenio el universalismo pareció triunfar, enfervorizado por la respuesta al 11 de septiembre. Los filósofos liberales no se quedaron solos en afirmar la existencia de valores “right and true for every person, in every society” (The White House, 2002, p. 8), así como no lo estuvieron los neocon en sostener que a estos valores —más o menos identificados con los derechos humanos— cabía defenderlos con una guerra por esto mismo justa, aunque violaba el derecho internacional: estas posiciones fueron expresadas también por intelectuales progresistas más allá del fundamento —filosófico o “político”— de esos principios (Walzer, 1977, 2004; Rawls, 1999; Ignatieff, 2001). Dentro de estos, propiedad privada y libre comercio estuvieron considerados al igual que la libertad de palabra y de religión, además de iguales frente a la ley. Por otro lado, no faltaron choques entre particularismo y universalismo, hasta llegar a la crisis entre valores —e intereses— americanos y derechos humanos.

Pero quien, en ese entonces, había denunciado los riesgos de este universalismo absolutista hoy día corre el riesgo de echarlo de menos, al menos porque aparecía como un tributo hipócrita del vicio a la virtud. Hoy en día, cuando se levantan muros, cuando se nos define cultural y éticamente superiores a los “demás”, se rechazan a los diferentes, se expulsan a los expatriados y se explotan a los nuevos esclavos, no parece necesario buscar justificaciones generales o universales; es más que suficiente remitir a una percepción difundida, a un miedo generalizado al otro, a una hostilidad hacia el diferente que parece reactivar mecanismos antiguos de búsqueda del chivo expiatorio, alimentados por campañas mediáticas y por políticas que, en lugar de afrontar los problemas de los penúltimos, los contraponen a los últimos, sin motivaciones particulares, menos una eventual referencia identitaria a “nuestra” cultura (y religión) y a la necesidad de guardarlas, además de opinables consideraciones de tipo económico.

Esta especie de movimiento oscilatorio se ha vuelto a proponer también respecto del papel atribuido cada vez al derecho. En el bienio 1990-1991, la Guerra del Golfo fue legitimada con referencia a la grave violación del derecho internacional por parte de Irak al invadir un Estado soberano. El Consejo de Seguridad autorizó a los Estados que querían intervenir, y en los años siguientes se afirmó que podía incumplir el principio de no injerencia en la jurisdicción interna de Estados soberanos frente a situaciones de emergencia humanitaria. Luego, diferentes comités de las Naciones Unidas elaboraron la noción de *responsibility to protect* (“responsabilidad de proteger”), una expresión híbrida en la que los principios jurídicos se mezclan con los contenidos morales en una especie de retorno a las teorías teológicas de la guerra justa (además, se volvió a hablar de “recta intención”) (Gozzi, 2015, pp. 93-102).

El derecho quedó violado y llevado al degolladero con las injerencias humanitarias, la “guerra al terror” y la agresión contra Irak de 2003, entre políticas securitarias —que pusieron en tela de juicio los derechos fundamentales— y referencias a los derechos humanos como valores éticos absolutos por encima del derecho internacional —de la intervención de la OTAN contra Yugoslavia en 1999, justificada como respuesta de la *Humanität* a la *Bestialität* (Habermas, 1999), a la “moralización inmediata” (Habermas, 2004) de la política internacional— es decir, aquella aplicación directa de principios éticos supuestos universales por medio de los cuales George W. Bush y Tony Blair intentaron legitimar la invasión de Irak.

Hoy en día el derecho parece eliminado, empezando por los convenios internacionales sobre el derecho de asilo y la tortura. Se podría suponer el regreso a la espacialización que, según Carl Schmitt (1950), había caracterizado al *Jus publicum europaeum*: el derecho vale dentro de la línea que delimita a las poblaciones civiles, esto es, la “zona de la paz y del orden”. Más allá de esa línea (en las pistas del Sahara, en las cárceles egipcias, en la base de Guantánamo) está el “libre y despiadado uso de la violencia” (Schmitt, 1950). Tal vez la espacialización es más compleja y porosa; también “por aquí”, entre los pueblos civiles y en los Estados liberaldemócratas, se trazan líneas que encierran espacios de no-derecho (los campos de detención, las tierras agrícolas y los otros lugares de la explotación laboral y sexual).

Con respecto a estos problemas dramáticos, propongo la que podría parecer una mera práctica académica, tal vez un ocioso pasatiempo intelectual: ocuparse del debate sobre la legitimidad de la conquista de América que interesó a España y las colonias entre la segunda y la séptima década del siglo XVI. En cambio, a mi parecer, regresar al umbral de la modernidad, o sea a la primera discusión sobre la legitimidad de la

expansión europea en otros continentes, puede contribuir a ensanchar la perspectiva con la que miramos a la contemporaneidad y a sus tragedias, aumentando nuestra profundidad de campo. Desde luego, en este ensayo solo dibujaré un esbozo: me limitaré a intentar individualizar tres modalidades de declinación de la dialéctica universalismo/particularismo, haciendo referencia a las que se pueden considerar las tres figuras teóricas más destacadas en el debate.

Antropología de la desigualdad y dialéctica de la idea de humanidad

Para invocar la legitimidad de la conquista y la justificación del trabajo forzoso, de la evangelización y de la sumisión a los soberanos de Castilla, la tradición del pensamiento occidental ofrecía un poderoso recurso teórico: la antropología aristotélica y, en particular, la doctrina de la esclavitud natural, luego retomada y cristianizada por la filosofía escolástica. El hecho mismo de que la teoría hubiese sobrevivido a través de sucesivas elaboraciones ofrecía la posibilidad de modular y declinar sus conceptos. Por otro lado, el término latino *servus*, que se traduce del griego *doulos*, indica también formas de trabajo forzoso diferentes de aquellas que desde la Edad Media habían sido indicadas con el neologismo *sclavus*. Y el término *humanitas* había heredado de la antigüedad el significado más denso de “civilización” —un no-civilizado, un bárbaro, es un *inhumanus*, lo cual arroja inevitablemente una sombra sobre su misma humanidad biológica) (Pietropaoli, 2015)—.

Para la *Política de Aristóteles*, los seres humanos son por naturaleza desiguales y, por ende, complementarios y sociables; deben desempeñar su papel, esto es, ocupar su lugar natural: es conveniente que las mujeres estén sometidas a los maridos, los hijos a los padres y los esclavos a los dueños. Estos se diferencian en dotaciones físicas (*Política*, 1254 a 28, mas cfr. 1254 b) pero, sobre todo, en el esclavo por naturaleza la parte deliberativa del alma no está plenamente desarrollada (1260 a): es capaz de comprender las órdenes, pero no de planear de forma autónoma acciones y mandar. Se da una asimilación tendencial de los esclavos con los bárbaros, en los que hay una serie de deficiencias respecto de la puesta en práctica plena de las potencialidades del hombre como animal político/racional (ivi, 1338 b). Por esto la guerra para someter a los esclavos por naturaleza (“para ejercer el poder sobre quien merece servir” [ivi, 1334 a]) es la forma por excelencia del *dikaïos pólemos*.

La teoría fue aplicada a la cuestión de las Indias ya en 1510 por parte del teólogo y filósofo John Mair, y fue retomada y desarrollada en la junta de Burgos de 1512 para conciliar el estatus formalmente libre de los indios con la sujeción al trabajo forzado y al principado dominico o despótico, *id est tirannico*, adaptado a “aquellos que naturalmente son siervos y bárbaros, que son aquellos que faltan en el juicio y entendimiento, como son estos indios, que según todos dicen, son como animales que hablan” (Las Casas, 1989-, 5, p. 1799). Asimismo, se abre una perspectiva de paternalismo evolutivo en la idea de que las conversaciones con cristianos harán que los indios sean “tan políticos y tan entendidos y capaces y tan aparejados a ser cristianos” (p. 1826) capaces de gobernarse. Así las cosas, la teoría aristotélica ofrecía motivos para afirmar que existía una justa causa para la guerra de conquista de poblaciones libres y externas a la jurisdicción de la Iglesia, que la sumisión de las poblaciones nativas al *imperium* de los españoles es legítima y por su provecho, y que el trabajo forzoso es necesario y no invalida su condición de “vasallos libres”; esa teoría representará un constante elemento de referencia durante todo el debate.

La aplicación más elegante se halla en el *Democrates Secundus* de Juan Ginés de Sepúlveda. La sumisión del esclavo por naturaleza es la primera de las que el autor considera las justas causas de guerra a los indios. Los filósofos atribuyen la esclavitud “a la torpeza ingénita y a las costumbres inhumanas y bárbaras” y si el *imperium* tiene formas diferentes, todas se fundamentan en el mismo principio de derecho natural: “el imperio y dominio de la perfección sobre la imperfección, de la fortaleza sobre la debilidad, de la virtud excelsa sobre el vicio” (Sepúlveda, 1997, p. 54). Sobre la base de este principio, en las relaciones humanas se distinguen los dueños por naturaleza de los esclavos por naturaleza, y estos últimos son “los pueblos bárbaros e inhumanos apartados de la vida civil” (p. 55). La sumisión a principios *humaniores* y más virtuosos queda establecida por el derecho natural y por la ley divina, además de confirmada por las opiniones comunes y las costumbres con la intención de que “abandonen la barbarie [*feritate*], y abracen una vida más humana, una conducta morigerada, y practiquen la virtud” (p. 56).

Sepúlveda no perdona en subrayar la superioridad moral y cultural de los españoles respecto de los bárbaros del Nuevo Mundo: los primeros superan a los segundos por *humanitas* tal y como los adultos a los niños, los varones a las hembras, los *mitissimi* a los *saevi et immanes*, los prudentes y moderados a los hombres extraordinariamente inmoderados. Los bárbaros no se ajustan al *dominium civile*, destinado a los hombres civilizados [*humani*], sino al *imperium herile*. Tan pronto como se conviertan en *hu-*

maniores gracias al gobierno de los españoles y la religión cristiana haya triunfado, se les tratará de forma más liberal. De ahí que la guerra de los españoles sea una guerra humanitaria, puesto que su *humanitas* refulge con respecto a “esos hombrecillos [*hommunculus*] en los que apenas se pueden encontrar restos de humanidad” (p. 65).

Sepúlveda encarna un imperialismo que hace hincapié en motivaciones identitarias y es considerado como la figura más eminente en la lista de conquistadores, virreyes, cosmógrafos, humanistas, juristas y teólogos que han manifestado dudas sobre la humanidad de los indígenas. A menudo emplea metáforas ferinas; por ejemplo, sostiene que la aparente ingeniosidad de algunos pueblos indígenas no los hace ascender necesariamente a un nivel superior que los animaluchos como abejas y arañas, capaces de construir obras “que ninguna humana habilidad logra imitar”. El hecho de tener casas, reglas comunes y comercios “¿qué prueba sino que ellos no son osos o monos carentes por completo de razón?” (p. 67). En este sentido, encontramos pruebas evidentes de su inferioridad y barbarie en la antropofagia, en su religión impía y en los sacrificios humanos. Esto significa vivir *bestiarum more*, dirigiéndose, en vez de al cielo, a la tierra *more porcorum*. De hecho, los españoles se diferenciaban de los indígenas “casi cuanto los hombres da las bestias” (p. 68).

Pero negar su humanidad ponía en peligro la justificación de las guerras de conquista —las guerras santas “piadosas y gratísimas a deos” (p. 92)—, basada en el concepto de la evangelización, así como la punición de los pecados *contra natura*. Sepúlveda también habla de la humanidad como destino común que implica responsabilidad mutua. El lema de Terencio “Homo sum, nihil humanum me alienum puto” para Sepúlveda significa “que el hombre debe mirar por su semejante y hacerle bien” (p. 84). Los indios son “homines socios ac proximos nostros”, y es por eso por lo que los cristianos tienen el deber de conquistarlos con el objetivo de ofrecerles la posibilidad de ser redimidos y civilizados. Comprometerse con la conquista significaba cumplir con los deberes que los hombres tienen con respecto a sus semejantes en cuanto hombres, “unidos entre sí por cierta proximidad y parentesco y llamándose ya socios o prójimos, ya hermanos” (p. 99).

Así las cosas, Sepúlveda saca el máximo provecho de las oportunidades *particularísticas* ofrecidas por la antropología aristotélica de la desigualdad y por la categoría de barbarie para sostener la radical inferioridad natural de los indios y la superioridad de los españoles en términos de racionalidad, civilización y moralidad; al mismo tiempo, somete la noción de *humanitas* a un elegante juego de descomposición y recomposición: por un lado, distingue diferentes niveles de humanización/civilización,

por el otro, introduce la referencia universalista a la común condición humana, que implica obligaciones recíprocas, incluida la responsabilidad de someter a las gentes menos *humanae*. Nos encontramos ante un ejemplo de “dialéctica a menudo sorprendente” (Schmitt, 1950, p. 72) enlazada con la idea de humanidad, uno de los posibles enredos de universalismo asimétrico y particularismo imperial, con los consiguientes prejuicios protoxenófobos y criptoracistas.

El nacimiento de los derechos humanos universales

La *Relectio de Indis* de Francisco de Vitoria revela una estrategia teórica muy diferente. El teólogo no fue un intelectual orgánico de la conquista, y son muy famosas sus oposiciones a las modalidades de la sumisión de Perú y de la evangelización. El significado político de sus posiciones teóricas se interpreta de manera diferente y muchos lo consideran un defensor de los indios. Además, el maestro de Salamanca también es uno de los fundadores de la teoría universalista de los derechos humanos. Con respecto a esto proporciona la justificación más refinada y poderosa de la conquista.

Vitoria elabora su noción de derecho subjetivo: *ius* “es un poder o una facultad lograda por quienquiera sobre la base de las leyes” (Vitoria, 1934, I, p. 64). Así las cosas, se relaciona con la elaboración de los juristas y los filósofos medievales, al proyectar la noción de derecho subjetivo natural en la dimensión universal; todos los seres racionales —y por ende todos los seres humanos— son titulares de *iura* porque, según Tomás, poseen el “dominium sui actus” (Vitoria, 1960, p. 662): los entes inanimados e irracionales no son titulares de derechos; de ahí que solo los seres racionales puedan sufrir *iniuria*, es decir, la negación del derecho.

Partiendo de estas bases filosófico-jurídicas, Vitoria afronta el problema de la legitimidad de la conquista y avanza una cuestión preliminar: cuando entraron en contacto, ¿los bárbaros de las Indias eran *veri domini*? ¿Ejercían lícitamente la propiedad de sus tierras y sus bienes, y sus poderes públicos eran legítimos? La respuesta es afirmativa. Como seres racionales, si bien con una racionalidad menor —los indígenas, aunque bárbaros, “no son dementes, sino que a su modo ejercen el uso de la razón” (p. 664) — y antes de la llegada de los cristianos eran “et publice et privatim ita veri domini, sicut cristiani [verdaderos señores, pública y privadamente]” (p. 666). La claridad de esta afirmación “universalista” no puede subestimarse.

Así las cosas, la conquista debe poderse justificar. Sin embargo, aquellas corrientes no se sostienen, no representan “títulos valederos”, ya sea un supuesto *ius inventionis* —no justifica la conquista “no más si ellos nos hubieran descubierto a nosotros” (p. 685)—, un eventual rechazo de recibir la fe en Cristo, unos pecados que cometen los bárbaros, una hipotética elección voluntaria para un don especial de Dio. Además, el Emperador no es el dueño del mundo, “ninguna potestad temporal tiene el Papa sobre aquellos bárbaros ni sobre los demás infieles”, y “aunque los bárbaros no quieran reconocer ningún dominio al Papa, no se puede por ello hacerles la guerra ni ocuparles sus bienes” (p. 682). A la hora de confutar estos títulos, así como en la *Relectio de iure belli*, Vitoria parece darse cuenta de la crisis de las autoridades universales y del cambio del escenario internacional. Las mismas pretensiones de Carlos V y de su corte respecto de la *respublica christiana* se debilitan implícitamente, y esto es verdadero sobre todo con respecto a la bula *Inter caetera* de Alejandro VI y las demás justificaciones papales de las conquistas, empezando por las bulas de Nicolás V del 1452-54 en favor de los portugueses. Sin embargo, tal y como veremos enseguida, parece que precisamente la inexistencia de un *dominus mundi*, los límites de las jurisdicciones temporales y la inconsistencia de un mandato papal a *subiicere* a otras poblaciones exijan la elaboración de principios universales, casi como ocurrió en las décadas pasadas cuando, para justificar guerras “humanitarias” no autorizadas por el Consejo de seguridad, se hacía referencia a valores universales, esto es, a los derechos humanos.

De hecho, al buscar los títulos legítimos de la conquista, Vitoria individualiza una serie de derechos fundamentados “por el derecho de gentes, que es derecho natural o del derecho natural se deriva” (p. 706); de ahí que defina una serie de derechos naturales y universales, esto es, derechos humanos *ante litteram*.

Los derechos que representan el primer título valedero remiten a la socialidad natural de los seres humanos, *naturalis societatis et communicationis*. En primer lugar, el “*ius peregrinandi in illas provincias et illic degendi*”, el derecho de viajar y residir, esto es, de emigrar; Vitoria recuerda que “se tiene como inhumano el tratar y recibir mal a los huéspedes y peregrinos sin motivo alguno especial”; y sobre todo que “al principio del mundo como todas las cosas fuesen comunes [*cum omnia esset communia*], era lícito a cualquiera dirigirse y recorrer las regiones que quisiese. Y no se ve que haya sido esto abolido per la división de las tierras”. Además, “por derecho natural, comunes a todos son las aguas corrientes y el mar; lo mismo los ríos y los puertos; y las naves por derecho de gentes es lícito atracar a ellos” (p. 707). En segundo lugar, está el derecho de comerciar exportando los productos que faltan en las Indias y comprando “oro o plata u otras

cosas en que ellos abundan” (p. 708); en tercer lugar, el derecho a la “comunicación y participación” (p. 709) en los bienes comunes; finalmente, el derecho para los hijos de los españoles que nacían en esas tierras de convertirse en ciudadanos (pp. 710-11): el *ius soli* integral.

Otros títulos legítimos se refieren al *ius praedicandi et annuntiandi Evangelium* (la infidelidad y la religión no son justa causa de guerra, pero hay un derecho universal al anuncio del Evangelio) y a situaciones en que eventuales convertidos han sido encauzados a la idolatría.

También se da el caso en que los dueños de los bárbaros son tiranos con *leges tyrannicae in iniuria innocentium*: los sacrificios humanos y la antropofagia. Si, por un lado, no es legítimo hacer guerra a los bárbaros para castigar sus pecados contra la naturaleza, por otro lado, lo es para impedir la matanza del inocente, esto es, para defender el derecho, natural y universal, a la vida. Es un derecho indisponible: la importancia del *ius* es tal como para justificar el recurso a todos los *iura belli*, y la guerra para la defensa de los derechos de los bárbaros puede ocurrir “sin necesidad de la autoridad del Pontífice” (p. 720). No se necesita del permiso de un poder superior y esto prescinde de la voluntad y del consenso de las víctimas: “Pues no son en esto dueños de sí mismos ni alcanzan sus derechos [*non ita sunt sui iuris*], a entregarse ellos a la muerte ni a entregar sus hijos” (p. 721).

En general, la violación de estos derechos representa una grave *iniuria* que, para Vitoria —tal y como aclarará en *De iure belli*— es la única justa causa de guerra. Si los bárbaros niegan a los españoles el ejercicio de estos derechos universales, los españoles deben emplear palabras y hechos para convencerlos. Si los bárbaros no se resignan y recurren a la fuerza, los españoles pueden defenderse. Y si no es posible lograr la paz y la seguridad con los bárbaros sin ocupar su comunidad y someterlos, entonces es lícito emplear esos medios. Finalmente, si los bárbaros “perseveraran en su malicia”, entonces sería lícito tratarlos como *perfidii hostes*, “cargar sobre ellos todo el peso de la guerra [*omnia belli iura in illos prosequi*], despojarlos y reducirlos a cautiverio, destituir a los antiguos señores y establecer otros nuevos” (pp. 713-14). De esta manera *ius* y *bellum iustum* remiten el uno al otro recíprocamente. Por el contrario, ya hemos visto que la posibilidad de sufrir una *iniuria* confiere la titularidad de un *ius*. Para justificar la conquista y el sometimiento se había empleado la teoría aristotélica de la esclavitud natural, basada en la antropología de la desigualdad. En cambio, para Vitoria, la legitimidad de la conquista se basa en la igualdad de los hombres como titulares de derechos naturales universales.

Todo esto depende de la conciencia de que ya no hay autoridades universales. Cuando faltan poderes superiores, el príncipe justo adquiere la función de juez entre las dos comunidades políticas, la que ha sufrido la *iniuria* y la que es responsable de esta. Por lo tanto, incluso sin un tercero *super partes* la guerra adquiere los rasgos del procedimiento judicial y el príncipe justo ejerce una jurisdicción sobre el enemigo injusto. Sin embargo, la perspectiva se ensancha. El príncipe justo actúa sobre la base del derecho natural y se convierte en un instrumento de *gubernatio et conservatio orbis*. En efecto, solo a través de los príncipes “el mundo” puede actuar contra los *perniciosos homines* (p. 829; cfr. Trujillo Pérez, 1997). Así las cosas, el príncipe justo llega a ser el tutor de la comunidad global y de los derechos universales, y las comunidades políticas actúan en un contexto global sobre la base de esos derechos. De esta manera Vitoria puede atribuir una subjetividad política al “mundo” aunque no hay autoridades dotadas de una efectiva jurisdicción universal.

El carácter “notoriamente asimétrico” y “concretamente desigual de estos derechos universales en abstracto” (Ferrajoli, 1995, pp. 15-16) fue oportunamente señalado. Sin embargo, es precisamente esta universalidad lo que legitima la titularidad de los españoles sobre los derechos de conquista, así como la posibilidad de exigirles a los nativos su respeto e incluso de imponerlo con la guerra de conquista. La perspectiva teológico-jurídica de Vitoria llega a prefigurar un “mundo” que aparece como una entidad jurídica, poblado por una humanidad que se hace cargo de derechos naturales universales. Los confines de los territorios de las jurisdicciones tienen un valor relativo respecto de la absolutidad de derechos determinados, como el derecho universal de emigrar, mientras el *ius soli* es un principio inviolable. Vitoria parece haber accedido con cinco siglos de antelación a los deseos más optimísticos de los contemporáneos militantes *no-border*. No es necesario poner de manifiesto el efecto explosivo que hoy tendría la aplicación de los que él considera derechos universales. En el siglo XVI estos derechos universales fueron elaborados y fundados para legitimar el genocidio más espantoso que se recuerde.

También cabe añadir que el universalismo de Vitoria no excluye relaciones “naturales” de supraordinación, subordinación y formas de discriminación: esta participación de los “bárbaros” en la humanidad universal no impide su declinación. Vitoria sugiere que los indios “distan, sin embargo, muy poco de los amentes, por lo que parece que no son aptos para formar o administrar una república legítima dentro de los términos humanos y civiles” (p. 723). Por tanto, en aras de su utilidad, los príncipes de España estarían obligados a hacerse cargo de su gobierno, “lo mismo que si se tratara

simplemente de niños” (p. 724). Pero Vitoria no solo fundamentará la legitimidad de la guerra de conquista sobre la universalidad de los derechos; la afirmación de la universalidad de los derechos se conjuga con la tesis de la inferioridad de algunos titulares de los mismos.

Universalismo contextual

Sin duda Bartolomé de Las Casas es un universalista, si el universalismo se entiende como la afirmación de la igualdad de todos los seres humanos y la atribución a estos de determinados derechos fundamentales. Además, su conversión a la causa de los indígenas coincide con la adhesión a la batalla estrenada por la pequeña comunidad de frailes dominicos que, desde hace 1511, en Hispaniola, había denunciado las violencias y la explotación al poner unas preguntas claras: “¿Estos no son hombres? ¿No tienen ánimas racionales?” (Las Casas, 1989-, 5, p. 1762). Su universalismo es consiguiente: se toma en serio la igual titularidad de los derechos y, en los textos de los últimos años, Las Casas no vacila en deducir las implicaciones más radicales. En general, demuestra una extraordinaria capacidad de analizar los problemas, las razones y las culpas de forma simétrica, reconoce al otro como igual en su diferencia y a menudo logra asumir su punto de vista.

3.1. Esto se destaca en el empleo que Las Casas hace de la teoría de la guerra justa. Respecto de la tradición teológico-política, la perspectiva es totalmente diferente. Las Casas coincide con Vitoria sobre la titularidad de justa causa solo cuando se sufre una *iniuria*, en el sentido específico de la violación de un *ius*, pero esto no es el caso de los indígenas, quienes vivieron separados de los cristianos; así que la guerra de estos últimos es injusta (2, p. 497). Por el contrario, los que siempre han detenido, y de forma exclusiva, la justa causa fueron los indios: “sé por cierta e infalible ciencia que los indios tuvieron siempre justísima guerra contra los cristianos, y los cristianos una ni ninguna nunca tuvieron justa contra los indios; antes fueron todas diabólicas e injustísimas, e mucho más que de ningún tirano se puede decir del mundo” (10, p. 40).

Las Casas no deja de repetir que siempre han sido los españoles quienes cometieron *iniuria* y afirma que los indios tenían sus jurisdicciones, sus dueños naturales, y no podían legítimamente estar obligados a obedecer a un rey extranjero que nunca habían conocido. Por lo tanto, “¿No fueran juzgados por insipientes y por bestias si tal subje-

ción [sic] concedieran y obedecieran?” (4, p. 1374). En efecto, el derecho de “natural defensión” se les reconoce también a los animales brutos y a las piedras insensibles (p. 1522). No solo; sobre la base del derecho natural, estos tienen el *deber* de defenderse: “¿Qué bestias hubiera [sic] en el mundo que, viéndose así entrar y tratar, no comieran a bocados –y debieran con razón comer– a los que así los trataban y para así tratarlos los querían subjugar [sic]?” (5, p. 1990). Y si los mismos soberanos nativos hubieran querido someterse a los reyes de Castilla, los súbditos tenían todo el derecho natural de quitarles la obediencia, destituirlos y matarlos (p. 2001). Sobre esta base, *todas* las violencias realizadas por los indios para resistir a los españoles siempre han sido justificadas por aquella que, en la retórica colonial, ha sido llamada la *Noche triste* (10, p. 52) de la acogida, ya no benévola, destinada a los exploradores que llegaban hasta las costas de los actuales Brasil y Argentina (4, p. 1222). A los indios se les justifica no solo cuando se defendieron de los conquistadores o tomaron represalias, sino también en todos los casos en que mataron a civiles inocentes, incluidos los religiosos (a los cuales también se les considera mártires, y por cierto se hallan en el paraíso) (5, pp. 1900, 2442-63; 8, pp. 1502-06; 10, p. 68) a causa de la ignorancia de los indios y de la imposibilidad de distinguirlos de “sus más crueles [truculentísimos] enemigos públicos” (9, p. 351; cfr. 10, p. 68; 5, pp. 1445-46, 1900, 2456-62).

En el *De thesauris* se llegará a afirmar que los indios pueden *iure optimo* oponerse a la institución papal de la *Inter caetera*: sobre la base de las informaciones que tienen y de la experiencia de las conquistas consideran legítimamente al mismo vicario de Cristo que la promulgó como injusto enemigo público de todo el género humano, porque los españoles justificaron sus acciones refiriéndose a esta institución. Estos últimos, a su vez “enemigos públicos [*publicos hostes*] y devastadores y crueles adversarios de todo el género humano” (11.1, p. 381), “más propiamente son predones y latrunculos y salteadores que hostes” (11.2, p. 143) no tienen ni siquiera el derecho a la guerra defensiva (11.1., p. 387).

El “*ius movendi bellum publicum adversus nos*” incluye no solo la legítima defensa de la agresión y el derecho de “raernos de la haz de la tierra” (11.2, p. 218), sino también el derecho a resistir, oponerse a la tiranía, contraatacar, echar a los invasores, defender la libertad, rescatar los propios bienes. Además, es legítima también la guerra “para vengar y castigar las injurias y daños de nosotros recibidos, apoderándose de nuestros bienes [...] apresando y degollando las personas” (11.1, p. 381); a la que se añade también el derecho que los indios tienen de reducir a la esclavitud a los españoles, sobre la base del principio del *ius gentium* que legitima el sometimiento de los prisioneros de quien

combate una guerra justa. Se trata de un principio inexorablemente aplicado, en la perspectiva de la plena y efectiva reciprocidad.

El cambio total del esquema vitoriano es completo: los indios “tenían y tienen jurisdicción natural contra nosotros, y justo mero imperio” (11.2, p. 82). De ahí que gocen de la plenitud de los poderes que les tocan al príncipe en una guerra justa (11.1., p. 39). De hecho, mientras “nuestros Reyes Católicos no tienen ningún poder (a decir verdad) para ejercer jurisdicción o regia podestad” (p. 385), los indios “son nuestros legítimos jueces” (p. 387). Así las cosas, son titulares de la “virtud vengativa” y tienen el derecho de castigar las *iniuriae* “que de los españoles, contra derecho natural y divino y humano han recibido” (11.2, p. 133). La aplicación de la teoría vitoriana del príncipe justo como juez situado entre dos comunidades políticas –en ausencia de un poder superior– y que asegura la justicia, el castigo del culpable, la indemnización de las víctimas de la *iniuria* es literal, pero la lógica intransigente de la reciprocidad invierte su significado político.

3.2. A pesar de las referencias explícitas e implícitas a la obra de Vitoria, Las Casas considera de manera diferente la inalienabilidad de los derechos fundamentales por la relevancia de los contextos culturales para la fundación de los principios y la aceptación de su contenido, además de hacer referencia a un catálogo de derechos diferente.

Antes que todo destaca la libertad natural, que se enlaza con la racionalidad común y la posesión universal de la prudencia política. Las Casas considera como un principio universal y un derecho natural la libertad originaria de los seres humanos, que se basa en su racionalidad: “nacen libres como consecuencia de su naturaleza racional” (12, p. 35). De hecho, para Tomás, la naturaleza racional no está sometida a otras cosas (pp. 35-37; cfr. 10, p. 563).

También para Las Casas el hombre es *zoon politikon*; sin embargo, si de la sociabilidad natural Vitoria hace derivar una serie de derechos en los que se fundamentan la justificación de la presencia de los españoles en América, la apropiación de los bienes comunes, su pretensión de comerciar, residir establemente y llegar a ser ciudadanos, para Las Casas los *veri domini* y los legítimos dueños naturales –los indígenas– tienen el derecho de impedir, o reglamentar, la presencia de extranjeros en sus tierras. En efecto, también los príncipes paganos tienen el derecho y el deber de defender los confines de sus comunidades, porque “su jurisdicción [...] no es menos natural que la jurisdicción de los príncipes cristianos” (9, p. 181). El territorio es una de las funciones del *ius imperandi* y la *respublica* debe ser *sibi sufficiens*. Violar los confines de los demás está prohibido «per divinam legem», presente desde el *Deuteronomio*. Las Casas afirma que la

subdivisión de las jurisdicciones sirve para promover el bien común, es natural e implica la posesión de un territorio: “cada provincia o reino del mundo naturalmente exige [*desiderat*] su jurisdicción, por medio de la cual se sienten defendidas las comunidades de los hombres en su ser formal político. Así la jurisdicción exige su propio territorio” (11.1, p. 427). La politicidad natural de los hombres remite a la espacialización de las jurisdicciones y la humanidad se articula en una pluralidad de poblaciones.

Así pues el *ius peregrinandi et degendi* se pone en tela de juicio, y lo mismo ocurre para el *ius communicationis*: es legítima la resistencia a la simple presencia de los cristianos (5, pp. 2172-73, 2273): “cualquier pueblo, ciudad, municipio o reino que no reconocen a otro príncipe superior [...] pueden [...] prohibir a toda persona del exterior, extranjera o de cualquier otro reino, la entrada [...] por el motivo que sea: para ejercer el comercio, cambiar, comprar, vender o fijar allí su residencia” (11.1, p. 149). Es una mención casi puntual de los derechos universales que Vitoria hace derivar de la sociedad de comunicación natural para sostener que los pueblos y los gobernantes deben impedir la entrada de extranjeros que representen un peligro no solo en sentido físico, sino que también constituyen una amenaza a las costumbres compartidas y el orden público. Por consiguiente, el “*ius communicandi et acquirendi, et fruendi*” (p. 397) será “adquirido” por los españoles solo después de un largo período de convivencia civil y pacífica.

En efecto, en virtud del mandato de evangelización, el rey de Castilla podrá ser investido de un poder “casi imperial” sobre los “dueños naturales” de los indios solo después de que los pueblos se hayan convertido de forma espontánea al cristianismo y hayan libre y unánimemente suscrito un tratado que garantice su libertad, sus jurisdicciones, sus normas y ordenamientos, y su autogobierno. El derecho derivado del consenso popular es más poderoso e importante que el mandato papal, porque sin este la jurisdicción del rey de España representa un mero *ius ad rem* y sigue siendo *in habitu* (p. 327). Además, incluso cuando se conviertan, los pueblos indígenas no estarán obligados a someterse. Es más, tendrían la autoridad jurídica y una justa causa racional para *negar* ese consenso (p. 259) al “rey de una nación extrañera, bárbara y feroz a primera vista” (11.2, p. 68). Los indígenas americanos se reconocen como pueblos organizados en comunidades políticas legítimas, en las que los cristianos deben pedir permiso para entrar, intentando poco a poco acercarse y persuadir a los infieles. La asunción del mandato apostólico por parte del rey de Castilla llega al final y está supeditada al consenso de las poblaciones, debe expresarse a cada pasaje y ratificarse con un contrato formal que define sus límites. Hasta ese entonces “todos los reynos de las Indias tenemos usurpados” (p. 217).

Finalmente, Las Casas denega que el *ius annuntiandi Evangelium* representa una justa causa de guerra. La misión evangelizadora de la Iglesia no implica la posibilidad de obligar a los infieles a que acepten la evangelización. Por consiguiente, tampoco es legítima la guerra a los indígenas que se oponen a la predicación, incluso de forma violenta (9, pp. 333-49).

Por lo tanto, ni los derechos derivados de la sociedad de comunicación natural, ni la violación del derecho de evangelización, ni –como veremos– la defensa de las víctimas de los sacrificios humanos representan justa causa de guerra, ni tampoco justifican la conquista. La legitimación sobre la base de los derechos universales no tiene fundamento.

3.3. Además, Las Casas reconoce la dignidad y el valor de las formas de vida, de las instituciones, de las experiencias culturales, de las mismas expresiones de devoción y culto de los pueblos americanos. También hace hincapié en la racionalidad, las virtudes y las capacidades políticas de los indígenas, reconocidas en su especificidad en una auténtica primera tentativa de confrontación intercultural. Además de insistir en la racionalidad común de los seres humanos y en la inclusión plena de los indios en la *humanitas*, Las Casas presenta un peculiar interés “protoantropológico” (Pagden, 1982) para las diferencias entre los pueblos; se compromete a cotejar las culturas indígenas con las de los judíos, los griegos, los romanos y los pueblos “bárbaros” de la antigüedad. Cabe recordar que esto es medido sobre la base de los parámetros proporcionados por el paradigma aristotélico-tomista: las mismas referencias teóricas sobre la base de las cuales se elaboró el discurso sobre la inferioridad de los indios, enmarcados en la barbarie y atribuidos a un nivel inferior de *humanitas*, se emplean para sostener tesis opuestas. Al medirse con el criterio aristotélico de la *mesotes*, las condiciones geográficas y climáticas de las Indias occidentales, así como la constitución física de los indios, se presentan como plenamente adecuadas al desarrollo de las formas más civilizadas de sociedad. En particular, para Las Casas los indios poseen las tres formas de prudencia (política, económica y monástica, es decir, referida al gobierno de ellos mismos) que Aristóteles considera necesarias para perseguir el bien al que los seres humanos tienden naturalmente (Las Casas, 1989-, 6, p. 465; cfr. 2, p. 350). Se enfatizan las virtudes de la organización social, de las religiones (7, p. 896; cfr. p. 793) y de los sistemas jurídicos y políticos indígenas hasta la exaltación del Imperio Inca como óptima república. Por un lado, la capacidad de asumir el punto de vista del otro llega a reconocer sus razones, a verlo como portador de valores y verdades propias y, por otro lado, a considerarlo como un sujeto igual y libre, en virtud de su plena humanidad.

En particular, un elemento es muy útil. A lo largo del debate sobre la conquista, las costumbres antropófagas y la difusión de los sacrificios humanos habían sido considerados como una prueba de la inferioridad cultural de los indios. Las Casas no justifica esas prácticas —aunque presentes en todos los pueblos antiguos considerados más civilizados, incluidos los judíos— sino que afirma que los indios no podían darse cuenta de cometer un acto ilícito y que, sobre la base de las informaciones de las que disponían, podrían incluso demostrar que cumplían un deber sagrado ante la divinidad.

En efecto, se trata de rituales que remontaban a tiempos muy antiguos, que expresaban una cultura tradicional y estaban justificados por la autoridad de los hombres considerados más sabios (9, pp. 455-57); así pues, se satisfacían los criterios de la filosofía práctica aristotélica para que un principio fuera fundado *moraliter*. Además, todos los hombres están obligados por el derecho natural a ofrecer sacrificios (p. 433), aunque la elección de qué inmolar es *de iure humano* (p. 437). Por lo tanto, la de los indios con respecto a los sacrificios humanos es una ignorancia no culpable e invencible. También los indígenas *deben* defender sus cultos tradicionales de quien quiera desarraigarlos: “ellos están, sin duda, obligados a defender el culto a sus dioses y su religión y a salir con sus fuerzas armadas contra todo aquel que intente privarles de tal culto o religión o irrogarles una injuria o impedir sus sacrificios; están así obligados a luchar contra éstos, matarlos, capturarlos y ejercer todos los derechos que son corolario de una justa guerra” (p. 461). “Supuesto el error” por el que los falsos dioses se confunden con el verdadero Dios “no solamente tienen justa, o si es mejor decir, probable causa de defender su religión, pero que de tal manera son a ello obligados de derecho natural, que si no lo hacen hasta si fuere menester perder las vidas por la defensa della y de su ídolos o dioses, pecan mortalmente y se irán al infierno por sólo aquel pecado” (10, p. 176).

3.4. La igualdad de los seres humanos excluye la esclavitud. Por un lado, Las Casas niega la legitimidad de toda reducción a esclavitud de los indios (y, a partir de los años cuarenta, de los africanos), ya sean capturados en guerra —ya se ha visto que ninguna conquista fue una guerra justa— o comprados por diferentes motivos. Por otro lado, excluye la aplicabilidad de la teoría de la esclavitud natural. Contra Sepúlveda des-constituye la misma noción de barbarie al distinguir cuatro acepciones de “bárbaro”; en tres de estas se emplea el término en sentido impropio, *ex accidenti, secundum quid*. Bárbaros en sentido propio —como siervos por naturaleza— solo son aquellos hombres *a ratione alieni* que viven aislados en los bosques y en las montañas, que no poseen formas

de socialidad desarrolladas y de *humanum commercium*, sin instituciones políticas (9, p. 89). Es una categoría rara de seres humanos que por cierto no incluye a los indios; algunos de estos han desarrollado formas de “humana policía” más racionales que aquellas de Castilla; por ende, sobre la base de este criterio, nosotros seríamos *natura servi* y ellos nos dominarían (5, pp. 1781, 2422). Si en la *Apología* sigue la teoría aristotélica, dirigiendo contra Sepúlveda sus mismas armas teóricas, en obras siguientes Las Casas propone tesis que aparecen no compatibles *tout court* con la teoría de la esclavitud natural, al afirmar que “la libertad es un derecho ínsito en el hombre por necesidad y ‘per se’, como consecuencia de la naturaleza racional y, por ello, de derecho natural” (12, pp. 35-37; cfr. 10, p. 563).

Esta elaboración teórica se acompaña a la batalla pluridecenal contra la encomienda y sus efectos. Las Casas analiza y denuncia los asoladores daños directos del trabajo intenso y duradero sobre individuos acostumbrados a otros tipos de producción, a los que se añaden aquellos indirectos: la disgregación de la comunidad y la carestía consiguiente al abandono de los cultivos, mientras el ciclo de la reproducción queda arruinado y la explotación lleva a una profunda depresión social. “Se olvidan de ser hombres”; es un proceso de deshumanización que Las Casas considera parte integral de una consciente estrategia política típica de los tiranos: “oprimir y angustiar” a las clases dirigentes de manera que “no tengan tiempo ni corazón para pensar en su libertad” (4, p. 1287). En efecto, lo peor de la encomienda es el efecto de despolitización: esta “impide que jamás allí haya república” (5, p. 2350), hasta impedir a las multitudes que ejerzan la condición de seres racionales. La ideología de la servidumbre natural sufre un vuelco: no es la insuficiente racionalidad que crea *natura servi*, sino que es la servidumbre —innatural usurpación de la libertad natural— que impide el ejercicio de la racionalidad. La inferioridad de los indígenas es un efecto de la violencia y de la explotación, resultado del sistema imperial.

En el debate filosófico-político de las últimas décadas, los temas relativos a las diferencias e identidades por mucho tiempo se han alejado de aquellos relativos al ámbito social y económico. Las Casas parece casi adelantar la aproximación de la *intersectionality*, juntando el reconocimiento de la alteridad y la crítica a la explotación, la denuncia de las violencias material y simbólica.

Así pues, ¿en qué sentido Las Casas es “universalista”? En su teoría de los derechos fundamentales Luigi Ferrajoli distingue entre universalismo ontológico, político-cultural y jurídico. Tanto la «idea jusnaturalista de un universalismo [...] de los derechos humanos, concebidos como derechos naturales o de todas formas inherentes a la per-

sona o a la razón humana», como la «idea consensualista igualmente cognitivista de un universalismo [...] de los mismos derechos [...] sustentados [...] por su condivisión universal» se tratan como tesis de «carácter ideológico y no liberal» que apoyan el “fundamentalismo humanitario”: para Ferrajoli “el universalismo de los derechos humanos [...] solo es un universalismo jurídico, vinculado con su forma universal» (Ferrajoli, 2007, 2, p. 568). Se podría hablar de “universalismo de los fundamentos” en los primeros dos casos y de “universalismo de los titulares” en el tercero (Baccelli, 2009, pp. 8-11; 2016, pp. 151-57). Las Casas es un universalista consiguiente en este sentido: considera a todos los seres humanos como titulares de determinados derechos, empezando por la libertad natural. Sin embargo, pone en tela de juicio el universalismo de los fundamentos: reconoce la profunda influencia de los contextos culturales en la interpretación de los principios (que, para un jusnaturalista cristiano, por cierto no pueden sino ser universales) y la imposibilidad de desarraigar a través de la guerra valores compartidos, maneras de vida importantes y costumbres tradicionales: se necesita de un camino de aprendizaje que la imposición violenta de valores éticos y formas culturales acaba obstaculizando.

En el umbral de la modernidad Las Casas sabe coger *in nuce* algunos elementos de su dialéctica perversa. En los albores del colonialismo él abre al pensamiento teórico-político europeo un camino diferente respecto de aquellos que llevarán a las justificaciones teológicas, filosóficas y pseudocientíficas del dominio imperial, de los relatos sobre el “fardel del hombre blanco” a la “guerra humanitaria”. Su trabajo teórico indica una de las sendas cortadas de otra modernidad, derrotada pero que puede seguir ofreciendo fecundas perspectivas críticas. De ahí que Las Casas sugiera la posibilidad de tener en consideración los correspondientes méritos del universalismo y del contextualismo, haciendo emerger sus respectivas virtudes y conjurando los efectos perversos.

Más en general, regresar al debate relativo a la Conquista hace que seamos conscientes de cómo tanto las hipótesis universalistas como el reconocimiento de los contextos y de las diferencias se pueden jugar cada vez para defender a los débiles o pueden ser reivindicados por los oprimidos, o bien ser empleados para legitimar su sumisión y explotación. Sepúlveda emplea mucho la idea de la pertenencia común a la humanidad, pero afirma la superioridad natural de los cristianos europeos respecto de los bárbaros americanos. Vitoria teoriza el derecho de emigrar, el *ius soli*, la condisión de los bienes comunes, la libertad natural de atracar en todos los puertos para legitimar la conquista, pero no deja de considerar a los indígenas inferiores en lo que respecta a la *humanitas*, casi amentes y/o niños. Las Casas afirma la igualdad y la liber-

tad de todos los seres humanos, pero insiste en la espacialización de las jurisdicciones y enlaza la autodeterminación de los pueblos con la defensa de sus comunidades de poderosos invasores. De ahí que la reflexión sobre el universalismo nos recuerde que no tenemos una simple fórmula universal que nos exima de la responsabilidad de nuestras elecciones éticas y políticas.

Traducción del italiano de M. Colucciello

Referencias

- Baccelli, L. (2009). *I diritti dei popoli. Universalismo e differenze culturali*. Roma-Bari: Laterza.
- Baccelli, L. (2016). *Bartolomé de Las Casas. La conquista senza fondamento*. Milano: Feltrinelli.
- Bottici, C. & Challand, B. (2010). *The Myth of the Clash of Civilizations*. London – New York: Routledge.
- Ferrajoli, L. (2007). *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*. Roma-Bari: Laterza.
- Ferrajoli, L. (2007). *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*. Roma-Bari: Laterza.
- Ferrajoli, L. (1995). *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello stato nazionale*. Milano: Anabasi.
- Gozzi, G. (2015). *Umano, non umano. Intervento umanitario, colonialismo, “primavera arabe”*. Bologna: Il Mulino.
- Habermas, J. (1999). Ein Krieg an der Grenze zwischen Recht und Moral.. Recuperado de https://www.zeit.de/1999/18/199918.krieg_.xml
- Habermas, J. (2004). *Der gespaltene Westen*: Frankfurt a. M., Suhrkamp.
- Huntington, S. (1996). *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*. New York: Simon & Schuster.
- Ignatieff, M. (2001). *Human Rights as Politics and Idolatry*. Princeton: Princeton University Press.

- Las Casas, B. de (1989-). *Obras completas*, director de la edición P. Castañeda Delgado. Madrid: Alianza Editorial.
- Pagden, A. (1982). *The Fall of Natural Man. The American Indian and the Origins of Comparative Ethnology*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Pietropaoli, S. (2015). Il concetto giuridico di umanità. Breve storia di un non-detto del diritto. En M. Russo (al cuidado de), *Umanesimo. Storia, critica, attualità*. Firenze: Le Lettere (pp. 255-79).
- Rawls, J. (1999). *The Law of Peoples with "The Idea of Public Reason Revisited"*. Cambridge MA: Harvard College.
- Schmitt, C. (1950). *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Sepúlveda, J. G. de (1997). *Ioannis Genesii Sepulvedae Democrates secundus, sive de iustis bellis causis*, ed. A. Coroleu
- Lletget, en J. G. de Sepúlveda, *Obras completas*, III. Pozoblanco: Excmo. Ayuntamiento de Pozoblanco.
- The White House (2002). *The National Security Strategy of the United States of America*. Recuperado de <http://www.globalsecurity.org/military/library/policy/national/nss-020920.pdf>.
- Trujillo Pérez, I. (1997). *Francisco de Vitoria. Il diritto alla comunicazione e i confini della socialità umana*. Torino: Giappichelli.
- Vitoria, F. de (1934). *De iustitia*, ed. R. P. V. Beltrán de Heredia. Madrid: Publicaciones de la Asociación Francisco de Vitoria.
- Vitoria, F. de (1960). *Obras de Francisco e Vitoria. Relecciones teológicas*, ed. T. Urdanoz. Madrid: La Editorial Católica.
- Walzer, M. (1977). *Just and Unjust Wars*. New York: Basic Books.
- Walzer, M. (1992). *The New Tribalism. Dissent*.
- Walzer, M. (2004). *Arguing about War*. New Haven – London: Yale University Press, 2004.

Vincenzo Omaggio. Catedrático de Filosofía del Derecho. Enseña Teoría de la interpretación y argumentación jurídica en el Dipartimento di Scienze giuridiche, Università Suor Orsola Benincasa - Napoli. Entre sus trabajos recientes: *Teorías de la interpretación. Giuspositivismo, ermeneutica giuridica e neocos-tituzionalismo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2003; *Ermeneutica e interpretazione giuridica* (con G. Carlizzi), Giappichelli, Torino, 2010; *Il diritto nello Stato costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2011; *Saggi sullo Stato costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2015; (eds. con G. Carlizzi), *L'ermeneutica giuridica tedesca contemporanea*, Edizioni ETS, Pisa, 2016 (ed. alemana *Juristische Hermeneutik im 20. Jahrhundert*, herausgegeben von S.Meder, Vandenhoeck & Ruprecht Verlage, Göttingen, 2018).
Contacto: vincenzoomaggio@libero.it

EL ESTADO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO Y SU CRISIS

Vincenzo Omaggio

Università Suor Orsola Benincasa

THE CONSTITUTIONAL STATE AND ITS CRISIS

DOI: 101745450/180208

Fecha de recepción: 20 de marzo 2018; fecha de aceptación 22 de abril 2018. Este artículo es fruto de un proyecto de investigación desarrollado con el Dipartimento di Scienze Giuridiche de la Universidad “Suor Orsola Benincasa” Napoli.

Resumen

El ensayo propone un enfoque sobre la condición actual del modelo conocido como el “estado constitucional de la ley” que aún prevalece en países con instituciones democráticas maduras. Después de dibujar una silueta rápida, destaca dos aspectos relevantes de su crisis: el debilitamiento de los partidos políticos y la reducción del estado del bienestar. En el fondo se encuentran las relaciones y tensiones entre el constitucionalismo y los derechos y el constitucionalismo y la democracia.

Palabras clave

Estado de derecho constitucional, Estado del derecho legislativo, Derechos Fundamentales, Democracia, Estado de derecho.

Abstract

The article focuses on the model of so-called “constitutional State”, prevailing in many countries with mature democratic institutions. After presenting a silhouette it highlights two relevant aspects of its crisis: weakening of political parties and resizing of welfare State. On the background there are relationship and tension between constitutionalism and rights and between constitutionalism and democracy.

Keywords

Constitution, Rule of Law, Democracy, Fundamental Rights, Welfare State.

El constitucionalismo y los derechos

El Estado de derecho constitucional expresa el modelo de cultura jurídica prevaleciente, quizá dominante, en muchos países e instituciones democráticas maduras, según modalidades y gradaciones diferentes, e idealmente representa el corazón de la Unión Europea que, en el preámbulo de la Carta de los Derechos Fundamentales, pone a la persona en el centro de su propia acción. En la primera parte de este artículo vamos a trazar un rápido esbozo de este modelo, poniendo de manifiesto algunos rasgos distintivos, mientras que, en la segunda parte, vamos a señalar dos elementos de su crisis actual. En efecto, el hecho de que el modelo se haya afirmado en los ordenamientos jurídicos democráticos más avanzados y sea dominante en la elaboración cultural de los operadores del derecho y de la política de nivel más elevado (instituciones representativas parlamentarias, supremas cortes, autoridades independientes, ciencia jurídica) no excluye que, desde el punto de vista teórico, no esté caracterizado por numerosas críticas —incluso bien fundadas— y que su realización muestre, desde el punto de vista práctico, incoherencias y límites.

Tras nacer de las trágicas experiencias de la última guerra mundial y de los totalitarismos europeos —que representan su antecedente directo y decisivo— es notorio que el Estado constitucional de derecho está caracterizado por algunos rasgos peculiares: por haber introducido constituciones rígidas (que no se pueden modificar con la legislación ordinaria) y superiores a las leyes; por haber insertado en los textos constitucionales, además de reglas formales y procedurales que sistematizan la producción normativa, principios ético-políticos que incluyen derechos civiles, políticos, sociales y económicos, considerados *indecidibles* (las leyes no pueden decidir violarlos y no pueden sino tutelarlos) e *indivisibles* (los derechos sociales no se pueden separar de los civiles y políticos); y por haber introducido un control de conformidad constitucional de las leyes, entregado a los jueces y/o a órganos jurisdiccionales *ad hoc*, como tribunales y cortes constitucionales.

Estas elecciones han producido el efecto directo de descomponer el tradicional principio de legalidad en dos niveles: aquel específico del Estado de derecho legislativo, donde el poder ejecutivo y jurisdiccional estaba sometido a la ley ordinaria, y otro más elevado, donde esta misma ley está supeditada a los principios fundamentales, entendidos no solo como límites a no transgredir, sino más bien como normas positivas a poner en práctica, aunque de forma indefinida, debido precisamente al carácter fundamental y, al mismo tiempo, genérico de sus contenidos, desprovistos de hechos

jurídicos específicos. Los principios transmiten un contenidopreciado —los derechos fundamentales de los ciudadanos— así que el constitucionalismo contemporáneo se configura también como un “constitucionalismo de los derechos”, expresión de la edad de los derechos, y las cartas constitucionales se presentan indisolublemente como “constituciones de poderes” y “constituciones de derechos” (Luciani, 1985). Por lo tanto, hoy día los derechos ocupan plenamente el espacio de legitimación del discurso público, no obstante su discutida y controvertida definición.

De ahí que, el hecho de añadir el adjetivo *constitucional* al Estado de derecho no implique su simple ampliación sino, de alguna manera, un cambio de perspectiva que se puede leer desde una óptica discontinuista y antijuspositivista, o bien continuista y juspositivista, como una especie de perfeccionamiento del paradigma general del Estado de derecho y de su lógica de limitación del poder, llevada a las últimas consecuencias de la limitación del poder legislativo soberano¹. De todos modos, nos hallamos ante un dato incostrastable: la validez de las leyes está limitada. Estas ya no representan el centro del sistema por muchas razones que se podrían recordar (Omaggio, 2015, pp. 25 y 69), sino sobre todo porque la constitución las sustituye. Sigue siendo Estado de derecho, Estado que se somete al derecho, pero el derecho al que se somete ya no es el mismo. Del principio de legalidad se ha llegado al principio de constitucionalidad.

Sin embargo, esto significa que la misma constitución puede y debe entenderse de forma diferente respecto del modelo anterior de Estado de derecho legislativo. También la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789 es una constitución, pero se fundamenta exclusivamente en las leyes: todos los derechos se hallan en las leyes, ningún derecho fuera de estas. Los derechos son naturales e imprescriptibles, pero su ejercicio por parte de cada individuo solo puede estar determinado por la ley (art. 4). Para asegurar los derechos, es necesaria la omnipotencia de la ley, porque solo la ley garantiza aquella generalidad y abstracción que representan las bases de la soberanía política. El art. 3 de la *Declaración* afirmaba que “el principio de toda soberanía reside esencialmente en la nación” y nadie puede ejercer una autoridad “que no emane directamente de ella”; esto significa que, para que haya legitimidad, cabe preservar la forma política de cualquier voluntad particular, siempre arbitraria y corruptora, y que la soberanía puede expresarse en la única forma general y abstracta que la ley sabe ofrecer, asegurando al mismo tiempo la igualdad de los ciudadanos y su tutela de todo abuso,

1. Por lo que a la tesis discontinuista se refiere, cfr. Zagrebelsky (1992) y por la continuista, cfr. Ferrajoli (2010, pp. 2771 y ss). Cfr. también Ansuátegui Roig (2013, pp. 261 y ss). En cambio, una lectura que tiende a igualar a los dos autores es La Torre (2010, pp. 209 y ss).

como el *Leviatán* de hobbesiana memoria, que moldea y ordena a la masa de los hombres. La constitución revolucionaria de los siglos XVIII y XIX es un modelo monista, que guarda la absolutidad del poder soberano, aunque lo pasa del monarca al pueblo mediante el circuito “pueblo-asamblea-ley”. La realización de su tarea histórica —la liberación de la sociedad de los vínculos tardofeudales— solo podía realizarse a través de las leyes autoritativas, y no por medio del reconocimiento de derechos autónomos (Zagrebelsky, 2008). La ley es su verdadero eje, expresión de la voluntad general y de un poder unitario que detiene la soberanía.

El individuo se hace cargo de similar modelo de soberanía, porque la generalidad y la abstracción son cualidades del individuo como ente homogéneo. La homogeneidad del sujeto político que se expresa a través de las leyes es el otro elemento esencial de la cuestión. El sentido de legalidad y seguridad nacía en las estructuras profundas de la sociedad². Las leyes no estaban sometidas a ningún parámetro de legitimidad, ni a ninguna limitación, pero tampoco se les necesitaba (Zagrebelsky, 1992, p. 35). Desde el punto de vista jurídico, la ley tenía mucho poder porque estaba materialmente vinculada a un contexto político-social e ideal bien definido y homogéneo, ofrecido por los principios políticos y económicos de la burguesía triunfante³. Una sociedad política monoclasa no necesitaba de un control de constitucionalidad de las leyes, porque su homogeneidad social era tan fuerte como para asimilar la figura abstracta del sujeto jurídico, titular potencial de todas las situaciones jurídicas, y la figura del hombre concreto insertado en las relaciones socio-económicas efectivas (el sujeto propietario y contratante); el binomio Estado-individuo es tan fuerte que parece natural, total que, cuando entre en crisis, se hablará de una crisis del Estado *tout court*.

Al modelo de soberanía basado en la ley se ha sustituido “la soberanía de la constitución”: ¿qué constitución? Una constitución que ahora ya no se entiende solo como manifiesto político —es decir, como el acto por excelencia de autodeterminación de un pueblo— y ya no solo como la norma procedural que fija las reglas del juego, las relaciones

2. N. Irti (1979, p. 3): “[...] il senso di sicurezza nasce dalle strutture profonde della società. La borghesia, uscita vittoriosa dalla grande rivoluzione, è la nuova classe dirigente: è la portatrice di una tavola di valori in cui tutta la società è chiamata a riconoscersi”.

3. P. Grossi (2017, p. 27): “[...] conquistato a fine Settecento il potere politico tanto agognato, si disegna il volto di uno Stato rigidamente mono-classe cercando però di dargli delle fattezze suadenti capaci di far dimenticare che alla iniqua dominanza dei ceti privilegiati dell’antico regime si era semplicemente sostituita la dominanza della intelligente e intraprendente classe borghese che aveva promosso e fatto la rivoluzione. La appropriata cosmesi giuridica fu, per l’appunto, offerta dalle fondazioni giusnaturalistiche del primo costituzionalismo. Tutto si misurava non su uomini in carne e ossa, ma su modelli disincarnati, su soggetti virtuali più simili a statue museali che a creature viventi. Il vizio stava soprattutto nella astrattezza del paesaggio disegnato (...) Il lavorare su modelli astratti permetteva, infatti, di dare a ciascuno il lievito della speranza lasciando intatte le disuguaglianze economiche e sociali del mondo presente”.

entre los poderes públicos, sino más bien como norma jurídica en sí valedera y vinculante a partir de sus principios programáticos. Ahora la soberanía de la constitución indica su supremacía como norma jurídica considerada en sí misma, que exige la invalidación de las leyes que se le oponen y permite su aplicación directa por parte de los jueces a los hechos concretos cada vez que esto sea técnicamente posible. Estos dos fundamentales corolarios redimensionan las leyes y superan el dogma constitucional de la *interpositio legislatoris*. Es una superación que tiende esencialmente a individualizar y tutelar los derechos fundamentales, respecto de los cuales la *interpositio legislatoris* ya no aparece necesaria, ni suficiente: no es necesaria porque la actividad de concretización de los derechos puede desarrollarse también en ámbito interpretativo, si falta una de sus disciplinas legislativas, puesto que no se puede permitir que la fuerza normativa de la constitución quede desactivada por la inercia del legislador; no es suficiente, porque aunque exista similar disciplina, esta no se puede poner en tela de juicio en ámbito judicial desde el punto de vista de la tutela de los derechos subyacentes⁴.

Entonces, el juez ya no está meramente sometido a la ley, a no ser que no se entienda —como establece la Ley Fundamental alemana— “sometido a la ley y al derecho”, porque a esa altura él controla e interpreta la ley (el juez ordinario y aquel constitucional). De ahí que ya no se pueda aceptar lo que los juristas constitucionalistas de la escuela italiana afirmaban hace tiempo, es decir, que para ser plenamente norma jurídica, la constitución necesitaba tener fuerza de ley, porque solo la ley posee una fuerza normativa real.

Una de las principales novedades del Estado constitucional es precisamente la relación directa entre constitución y jurisdicción⁵, que es también una función constitucional, equiordenada a la legislación. Esto no quiere decir que disminuye el papel de la ley, la cual ocupa el espacio más importante en la obra de concretización de la constitución, pero significa reconocer que esta “ha encontrado una segunda vía para afirmar su propia normatividad”, la vía jurisdiccional, equiordenada a la legislación. En la nueva estructura ya no hay una línea recta “constitución-ley-juez”, sino más bien un triángulo —cuya cumbre es la constitución— y las dos funciones, legislativa y jurisdiccional, que se desarrollan respectivamente a lo largo de los dos lados del triángulo, de manera que el proceso de interpretación y puesta en práctica de los preceptos de la constitución

4. Sobre el argumento, véase la opinión totalmente admisible de G. Pino (2017, p. 130).

5. “La trasformazione intervenuta nel corso del Novecento consiste proprio in questo, nel ricrearsi di un rapporto diretto tra legislazione e giurisdizione come funzioni previste dalla costituzione, parimenti in essa fondate, e dunque costituzionalmente equiordinate. (...) che significa riconoscere che la costituzione ha trovato una seconda via per affermare la propria normatività, quella giurisdizionale, equiordinata alla prima” (Fioravanti, 2009, p. 29).

se desempeñe tomando dos caminos y ya no solo uno. A este propósito se observa una superación de la “cultura de la primacía”, porque “l’assetto dei poteri ha come caratteristica di fondo quella di lasciare irrisolta la questione della sovranità: una situazione che negli ordinamenti moderni e contemporanei, da Hobbes in poi, si era sempre cercato accuratamente di evitare” (Fioravanti, 2016, p. 18).

La primera sentencia de la Corte Constitucional italiana de 1956 estableció que también las normas programáticas eran de hecho normas jurídicas, esto es, declaraban la inconstitucionalidad de las antiguas leyes fascistas que seguían vigentes en los códigos de derecho y procedimiento⁶. Empezaba a crearse la llamada “constitucionalización del ordenamiento jurídico” (Guastini, 2001 y 2011; Alexy, 2002), de ahí que todas las normas se deban leer a la luz de la constitución y todas las relaciones jurídicas entre los ciudadanos se puedan potencialmente someter de forma directa al dictamen constitucional. Es un aspecto muy importante. La superación potencial de la intermediación de la ley ordinaria rehabilita la idea del derecho como saber práctico; por eso se ha afirmado que el Estado constitucional ha implicado una transformación tan grande (una “mutación genética”) como para afectar a la misma concepción del derecho (Zagrebelsky, 1992, p. 165).

El saber práctico implica que los principios jurídicos se pueden poner en relación directa con la realidad de los hechos, incluso sin la mediación de un sistema lógico y formalizado de normas. De ahí que haya, al mismo tiempo, una reactivación y un reforzamiento considerables del momento interpretativo y aplicativo del derecho, así como un análogo fortalecimiento del papel del juez. Si el Estado de derecho legislativo ha marcado la edad del legislador y de los parlamentos, el Estado constitucional coincide con la edad del legislador y del juez. Así las cosas, se establece una especie de dichosa alianza entre el juez y las cartas de los derechos —tanto nacionales, como supranacionales— que hoy, más que nunca, caracteriza a la vida del derecho.

Por un lado, están los principios, axiológicamente orientados, proclamados como tomas de decisiones perentorias e irrevocables, que sobrepasan su significado literal y que, por eso, emanan su potencial normativo precisamente cuando chocan con la realidad concreta y controvertida de las relaciones sociales; por otro lado, está el juez, que

6. La sentencia n. 1/1956 rechazó la distinción de las normas constitucionales en “programáticas” y “preceptivas” puesta en práctica en 1948 por las secciones unidas penales de la Corte de Casación (SS.UU, 7 de febrero de 1948), acogida por la V Sección del Consejo de Estado en una decisión del mismo año (sez.V, 26 de mayo de 1948) y por la doctrina. Ahora la Corte Constitucional establecía que “la nota distinzione tra norme precettive e norme programmatiche può essere bensì determinante per decidere dell’abrogazione o meno di una legge, ma non è decisiva nei giudizi di legittimità costituzionale, potendo la illegittimità costituzionale di una legge derivare in determinati casi, anche dalla sua non conciliabilità con norme che si dicono programmatiche”. Cfr. Casini (2006, p. 23). Véase también y por lo menos Bartole (2004).

cada día más adquiere el papel de adecuar el derecho a la realidad y, de forma creíble, se propone como fuente concurrente de producción jurídica. El momento jurisprudencial retoma toda su centralidad.

Lo que fundamenta todo esto es la exigencia de reconquistar consabidamente los cimientos extrapositivos de la constitución, que cierta cultura normativista había descuidado por considerarlos “no jurídicos”, en nombre de una exigencia formalística de asunción del derecho como dato en sí, exento de relaciones con sus presuposiciones. Similar pretensión de neutralización (de negación del carácter práctico del conocimiento jurídico) solo podía anclarse en la soberanía de un poder absoluto, capaz de anular las premisas constitucionales y remitirlas a la lógica de una norma hipotética, de una *Grundnorm*, como decía Hans Kelsen.

En cambio, las constituciones democráticas del siglo XX no quieren presentarse como ordenamientos “neutrales por lo que atañe a los valores”, como se leía en la célebre sentencia Lüth de la Corte Constitucional alemana, sino que hallan su fundamento axiológico en la dignidad de la persona humana con la lógica de sus derechos inviolables. Se ha dado una constitucionalización de la persona por la cual los derechos fundamentales ahora marcan fuertemente el Estado constitucional, cuya premisa fundamental es la dignidad humana (Häberle, 2005, p. 177). Es como si los derechos se hubieran de alguna manera emancipado del acontecimiento histórico de la modernidad política, hallando una especie de autolegitimación superior a la parcialidad política que los había producido, caracterizada por una universalidad ético-jurídica superior a cualquier dimensión estatal. No es casualidad que este modelo encuentre una continuidad ideal en el espacio supranacional, donde falta una autoridad política reconocida, como si los derechos fundamentales tuvieran que estar garantizados por la misma humanidad, tal y como escribió Hannah Arendt (1951), y no enlazados con las ciudadanía nacionales. En su dinámica se relacionan dos hipótesis: la existencia de un enlace inmediato entre los derechos y la persona (una especie de jusnaturalismo en sentido lato) y su independencia del Estado, su proposición ya no como emanación, sino más bien “como criterio de su legitimidad” (Costa, 2006, p. 46).

A esta altura, cabe hacer dos importantes aclaraciones: en primer lugar, destacar el ámbito de los derechos fundamentales no significa convertirlos en abstractos; es más, por el contrario, la fórmula antes empleada de la “constitucionalización de la persona” indica un pasaje del individuo del *Code Civil* —el individuo universal, propietario y contratante— a un sujeto de carne y hueso, cogido en sus necesidades concretas, en su irreducible singularidad, pero que de aquel individuo no representa la cancelación o el

desconocimiento, sino más bien el desarrollo y la concretización (Rodotà, 2012; Peces Barba, 2000, pp. 3 y ss.)

Tal y como escribía Bobbio (1990, pp. 67 y ss.), respecto del sujeto-hombre de las *Declaraciones* revolucionarias, se había impuesto la exigencia de responder con ulteriores aclaraciones a la pregunta: ¿qué hombre? ¿qué ciudadano?, profundizando sobre todo en las diferencias (los jóvenes, las mujeres, los ancianos, los enfermos, los indigentes, los trabajadores, los consumidores), en las condiciones concretas de la existencia. Ahora el objetivo es promover la desocultación de las diferencias materiales, antes imperceptibles en el ambiente aséptico de las relaciones individuo-Estado, y la emersión de los obstáculos de tipo económico y social (como afirma nuestra Constitución) que impiden el pleno desarrollo de la persona humana, al limitar de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos. Así las cosas, emerge el peso y la importancia de los derechos sociales, puesto que la falta de niveles aceptables de tutela asistencial, sanitaria, educativa y laboral de por sí perjudica la dignidad de la persona y obstaculiza una plena expresión de su personalidad. Ocurre que todas las necesidades humanas —siendo ámbito de comprobación de la realización de la persona— potencialmente son expresiones de su dignidad y, por eso, merecen ser tuteladas. El constitucionalismo de las necesidades se abre a un constitucionalismo infinito, inagotable, en la medida en que no es suficiente una existencia libre, sino que ocurre que sea “libre y digna” (art. 36 Const.), “digna e independiente” (art. 25 Carta de Niza). De ahí que se entienda también el alcance adquirido en ámbito jurisprudencial por la categoría de la *sensatez* como canon hermenéutico omnicompreensivo del Estado constitucional contemporáneo, empleado como complemento y apoyo de cualquier otro principio constitucional (Cartabia, 2013)⁷. La *sensatez* representa la regla de juicio que mide el alcance de todos los principios presentes, consciente de que siempre hay más principios en juego a la vez; cada uno de estos nace limitado y “se da junto con su contrario” (Bin, 2002, p. 70). La solidaridad de los principios es la base de su misma ponderabilidad y de su fuerza relativa.

En segundo lugar, el peso de los derechos y de su tutela influye considerablemente en el perfil de la democracia constitucional, entendida como la forma que la democracia ha adquirido en el Estado constitucional. Cada democracia es el fruto de una experiencia

7. Come se lee in la sentenza n. 85/2013 de la Corte Costituzionale italiana, “la Costituzione italiana, come le altre costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali senza pretese di assolutezza per nessuno di essi (...). Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato —dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo— secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale”.

histórica peculiar. La constitucional es una democracia que, por sus premisas, avanza pretensiones (inusitadas) incluso con el poder legislativo y les impone límites y responsabilidades. Al ser derechos que la constitución concede al legislador, los derechos fundamentales son posiciones que, por definición, construyen obligaciones del legislador y limitan sus competencias y si, para la tutela de estos derechos, existe una Corte constitucional, entonces su intervención no solo está permitida, sino que también está prescrita (Alexy, 2002). En otras palabras, esto quiere decir que la afirmación y la transformación de los valores fundantes y de los derechos que estos tutelan ya no se remite solo a la confrontación política, esto es, el legislador ya no los maneja libremente, porque estos han sido incorporados en el derecho positivo a través de los principios fundamentales (Ferrajoli, 2015 p. 14). Así las cosas, el discurso sobre los valores ahora tiene también un sentido jurídico, caracterizado por interpretación y aplicación de derechos fundamentales y principios.

Además, en el bagaje genético del constitucionalismo contemporáneo se halla la aspiración a neutralizar el problema del “fundamento de los derechos fundamentales”, pasando del ámbito filosófico o metafísico —donde antes se encontraba, buscando una justificación— a aquel jurídico donde, al ser positivizados, los derechos ya no necesitan de una fundación, sino que solo exigen individualización, interpretación y aplicación. Precisamente la necesidad de tener que interpretar los textos constitucionales en los que los derechos quedan proclamados para individualizar su contenido, delimitar y especificar sus límites y modalidades concretas de ejercicio hace que el pluralismo de los puntos de vista vuelva a proponer ineludiblemente el conflicto cultural y político como conflicto de las interpretaciones. Y dado que en el Estado constitucional, como hemos visto, el derecho está repleto de derechos y principios⁸, ocurre que la tensión entre la gestión judicial de los derechos y las prerrogativas de las instituciones representativas tiende a aumentar inevitablemente y lleva a que el espacio del legislador (y de la democracia política) disminuya notablemente (Pino, 2017, p. 71)⁹. Si la entendemos de forma correcta, no se trata de la tensión que se establece entre dos poderes “políticos” en el mismo ámbito, sino de la tensión de una lógica que admite simultánea e interactivamente un momento autoritativo y otro justificador en el mismo ámbito de legitimación

8. Según la sentencia n. 387/1996 de la Corte Constitucional italiana, existe un principio de constitucionalidad para el cual el sindicato de constitucionalidad debe “cubrir en la medida más amplia posible el ordenamiento jurídico”, excluyendo la configurabilidad de zonas sin control.

9. Inequivocablemente, Robert Alexy (2002, p. 2) afirma: “What constitutional rights are today, they are above all because of the case-law of the Federal Constitutional Court. The study of constitutional rights has become - notwithstanding the dispute about the precedential nature of decisions of the Federal Constitutional Court - to a significant extent the study of constitutional adjudication”.

democrática. A la luz de la condisión de los principios fundamentales, la lógica justificadora entrega a la argumentación (jurídica) el funcionamiento global del sistema de legitimación e integra la pura jerarquía de los poderes. Ya no se trata (solo) de establecer “a quien corresponde la decisión final” (Barberis, 2006, pp. 79 y ss; Pino, 2017, pp. 210 y ss), sino de mostrar la cualidad argumentativa de la decisión.

Por lo tanto, la democracia constitucional exige una versión particular del constitucionalismo, la que promueve un control de constitucionalidad de las leyes como elemento necesario de limitación del poder (democrático), aun conociendo el carácter problemático de la elección, hasta vislumbrar en esta un resultado dilemático o paradójico. Así que su modelo no puede ser empleado de forma indistinta por todas las democracias, y probablemente no se pueda referir a los modelos democráticos, no menos garantistas, de inspiración británica (el llamado modelo *commonwealth* de constitucionalismo, que no considera necesario ese instrumento (Corso, 2016). Para un órgano jurisdiccional (concentrado y/o difuso), la elección se justifica solo si admite —lo que, por ejemplo, no se admite por parte de los *political constitutionalists* anglosajones (Omaggio, 2015, p. 151) — que la justicia constitucional es, en primer lugar, interpretación y aplicación de textos normativos, de derecho constitucional vigente, y no de moralidad positiva, tal y como afirmaría John Austin. Solo con esta condición —es decir, que haya textos a interpretar (y, en estos, derechos fundamentales) y no simples pretextos— se puede aceptar un poder autónomo de tipo jurisdiccional; si se tratara de simples argumentos de discusión ético-política, no existirían motivaciones útiles para sobreponer al juicio del legislador aquel de otros sujetos que no pueden preciarse de ninguna superioridad sobre este.

Tal y como todo juicio interpretativo, aquel de constitucionalidad se vale de dogmática jurídica, de precedentes judiciales, de técnicas argumentativas, así como de evaluaciones ético-políticas, cuya presencia no se puede borrar, tal y como nos muestra el fracaso de todas las teorías formalísticas.

El constitucionalismo y la democracia

Desde luego, la democracia constitucional que practicamos (o que nos esforzamos en practicar) posee una legitimidad doble, ambivalente, quizá también ambigua. Se basa en los derechos fundamentales y en la soberanía popular, haciendo hincapié en que los dos valores puedan cooperar más de lo que puedan divergir. ¿Puede haber tensión entre

los dos polos? Claro que sí, tal y como puede haber entre constitucionalismo y democracia. Pero nosotros no queremos renunciar ni al uno y a la otra. Deseamos una democracia que se realice en la promoción de los derechos fundamentales e inviolables de la persona, sin los cuales aquella voluntad común que consideramos soberana en realidad no sería la voluntad común. Sin tutela de los derechos fundamentales no hay soberanía (Ferrajoli, 2015, pp. 45-46).

Esto significa también que es equivocada la idea de los derechos como premisas ontológicas, como si estuvieran aislados del espacio histórico-normativo en el cual actúan, entregados a la ciencia aristocrática de los juristas y de las altas cortes. No se trata de derechos humanos *sic et simpliciter*, sino de derechos fundamentales, insertados en el ordenamiento constitucional; son el resultado de una elaboración conflictiva, de aplicación y equilibrios por parte de legisladores, jueces y juristas. Es más, los derechos no pueden y no deben convertirse en elementos de aislamiento, neutralización política o frustración de la energía política de los ciudadanos; por el contrario, pueden y deben fortalecer el vínculo político a través de la discusión pública, guardándolo a un nivel más elevado, independizado del mero choque de intereses cada vez más cerrados y tendencialmente incompatibles. La costumbre de razonar y argumentar acerca de los derechos (y el derecho) es provechosa para la democracia y el uso público de la razón puede desempeñar una función educativa. A partir de la igualdad, la discusión sobre los derechos es una presuposición importante de la unidad del pueblo (cada vez más desarticulado y huidizo), como generador de pertenencia, como factor de integración civil, social y política. Por lo tanto, los derechos no se pueden entregar a los juristas: si lo hiciéramos, ¿qué sentido tendrían las batallas para su conquista y defensa? Entonces, ninguna democracia, ni siquiera aquella constitucional, puede permitirse descuidar la participación de los ciudadanos, como si fuera una formalidad o un precio a pagar a la retórica de la igualdad política. La ciudadanía activa y la titularidad de los derechos fundamentales dotados de la necesaria tutela jurisdiccional representan los dos pilares del Estado constitucional, que viven en un equilibrio que cabe guardar como un bien preciado. No siempre es así. Ese modelo tan prometedor, que parece asegurar todo a todos (Estado de derecho, pluralismo cultural y social, igualdad política, tutela de los derechos fundamentales, soberanía popular y democracia) y que, en teoría, aclara todos los nudos y las contradicciones, sufre un déficit de realización que hoy pone en tela de juicio algunos de sus valores fundantes. El difícil equilibrio parece haberse cortado.

Vamos a señalar rápidamente solo dos aspectos que ponen de manifiesto el mal estado en el que anda la democracia constitucional: la crisis de la representación política y

de los partidos, y la crisis (estrechamente relacionada con la primera) del Estado social, que sería mejor definir como desestructuración.

La ascensión del Estado social a partir de la segunda posguerra se ha vinculado estrechamente con la del partido de masas con “una corrispondenza e uno scambio tra prestazioni di tutela e di sviluppo sociale offerta dallo stato dei partiti e la legittimazione politica di questi ultimi” (Palombella, 1992, pp. 37-38). La integración social ha sido la función esencial de los partidos: la crisis del movimiento de integración de las clases pobres en el modelo democrático junto con los procesos de deformalización de la política sancionaron su incesante ocaso.

Similar decadencia de los partidos, instrumentos fundamentales de movilización de la opinión pública y de los ciudadanos¹⁰, ha influido mucho en el desequilibrio del modelo y en el pasaje a la posdemocracia de tipo tecnocrático (Crouch, 2004), que hoy día muchos destacan y que, en realidad, no es nada implícita en la democracia constitucional. Es más, tal vez sea implícita (o esté involucrada) en las transformaciones de la democracia como tal y en aquellos riesgos evolutivos de los que ha hablado la ciencia política. Es una historia muy larga que parece empezar con Schumpeter y con su superación de la doctrina clásica de la democracia, para luego seguir el modelo de la poliarquía con los imperativos sistémicos de la reducción de la complejidad, que se han sustituido a la representación y a la voluntad popular.

Otro aspecto importante es la crisis del constitucionalismo social. Si es verdad que el antiguo Estado de derecho no interventista ha sido sustituido por el programa democrático de transformación social a través de las instituciones constitucionales, la democracia constitucional no puede prescindir del Estado social: como decía Böckenförde (1987), el Estado social es una lógica consecuencia política de la democracia, porque es el resultado de la politicización de cada cuestión social. Quien mina al Estado social, mina las bases de la democracia y subvierte su cuadro material, porque la constitucionalización de la persona (que es la marca del Estado constitucional) se fundamenta en la indivisibilidad de los derechos civiles, políticos, sociales y económicos. Por eso, el constitucionalismo de los derechos exige un fortalecimiento de los derechos sociales desde el punto de vista teórico y práctico, para salir de la paradójica situación (en el sentido de la paradoja de Bossuet, descrita por Pierre Rosanvallon) en la que seguimos

10. Por los riesgos en términos constitucionales de la depoliticización de la sociedad democrática se ha interesado Fioravanti (2014): “Quello dei nostri Padri Costituenti, in Italia e in Europa, in pieno Novecento, era organizzata in partiti. Ora quei partiti, in quella forma, non li abbiamo più. (...) Non c'è supremazia della Costituzione senza società politica, e non c'è società politica senza stabili strumenti di partecipazione, e senza la ricerca, per quanto travagliata e problematica, di un principio di unità” (p. 50). Más en general, cfr. Palano (2015).

deplorando con palabras lo que consabidamente generamos con los hechos. Desde el punto de vista teórico, cabe reconocer la naturaleza plenamente normativa de los derechos sociales, superando antiguas y discutibles distinciones ideológicas entre derechos positivos y negativos, derechos naturales y artificiales, derechos costosos y no costosos; desde el punto de vista político, cabe fomentar proyectos avanzados de tutela del trabajo, salud e instrucción.

El Estado social trabaja de forma incesante para la integración y la reconstrucción de una razonable homogeneidad social, absolutamente necesaria para la democracia, reconociendo explícitamente los derechos no de quien tiene, sino de “a quien le falta algo”¹¹, de quien padece de una necesidad que impide su crecimiento, y exige prestaciones públicas con la finalidad de perseguir su libertad “a través del Estado”.

Sin duda, la desestructuración del bienestar, junto con la disminución de la capacidad de intervención y control de la economía, ha acabado debilitando objetivos e instrumentos de representación y de decisión política, acentuando la crisis funcional de los actores políticos cuya fuerza consistía en la capacidad de guardarle a la política un dominio autónomo y un papel de guía de los procesos económicos (Dogliani, 2011). El Estado social, nacido para gobernar la economía, acaba sometándose a sus exigencias. La actual crisis económica ha puesto de manifiesto la cuestión de manera alarmante también y sobre todo en el área de la moneda única europea. Las reformas financieras impuestas a los países deudores afectan sobre todo a los derechos sociales, es decir, a una parte fundamental del orden constitucional. Aunque el preámbulo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión pone a la persona “en el centro de su acción” y la Sección IV se fundamenta explícitamente en el principio de solidaridad¹², se ha desarrollado una praxis de consolidada desaplicación que, al violar el art. 6 del Tratado de Lisboa, reconoce a la Carta el mismo valor jurídico que los tratados y que, de hecho, borra una parte importante de la ciudadanía europea. Al mismo tiempo, el odioso conflicto entre países acreedores y países deudores erosiona inexorablemente el espacio de la solidaridad política europea, como notó Jürgen Habermas. Parece que se puede decir que, en la construcción comunitaria, se ha formado “un orden natural del mercado” ajeno a aquella forma equidistante del liberalismo y del colectivismo, que muchas constituciones (como la italiana) habían vivido en la pos-

11. “[...] derechos de a quien le falta algo; se reclama una prestación que se justifica como respuesta a una falta, a una necesidad que impide el crecimiento de la persona” (Peces Barba, 2000, p. 44).

12. Al principio de solidaridad como “forma de la redistribución intersubjetiva institucionalizada por el Estado” remite Rodotà (2014, p. 31), subrayando además la autónoma relevancia de la solidaridad entre los principios del Estado constitucional. “Solidaridad anda con igualdad y dignidad de la persona” (Carlassare, 2006, p. 52).

guerra, comprometiéndose a someter a la constitución todos los poderes, también el económico, y sinceramente poco coherente con el constitucionalismo auténticamente entendido, como teoría de la limitación de todos los poderes (no solo los públicos, sino también los privados) y como garantía de los derechos indivisiblemente considerados: derechos civiles, políticos, sociales y económicos. La democracia constitucional debe dirigir su atento interés al Estado y al mercado porque sabe que ambos pueden violar los derechos de la persona¹³.

De ahí que se entienda el creciente empleo —en ámbito europeo y supranacional, también en sede de interpretación y aplicación de los textos básicos— del concepto de *rule of law*. Sin lugar a dudas, este sirve sobre todo para afrontar los desafíos de la globalización, en virtud de su innata propensión jurisdiccional. Sin embargo, al mismo tiempo, acaba inevitablemente “desestatualizando” al Estado de derecho (Bin, 2016, p. 44), depotenciando su carácter “social”, de *sozialer Rechtsstaat* en el sentido de la tradición alemana. Al nacer antes del Estado moderno y fuera de este, el *rule of law*¹⁴ no participó en el movimiento de democratización del Estado (y por obra del Estado) que ha dominado el siglo XX. El sufragio universal ha insertado el conflicto social en las instituciones representativas; la constitución rígida ha incorporado el proyecto de cambio del orden social y la superación de los obstáculos que limitan de hecho la libertad de los ciudadanos, que, a su vez, presupone la capacidad del poder político de hacerse sujeto promotor de la transformación, de poner en práctica las políticas redistributivas que fundamentan el reconocimiento de los derechos sociales. A diferencia del Estado social de derecho que ha caracterizado en sus rasgos más profundos e innovadores al Estado constitucional contemporáneo, el *rule of law* no se conjuga fisiológicamente con los derechos sociales y corre el riesgo de crear un modelo demediado de la tutela de los derechos fundamentales. Así que no se ven las premisas para una reproducción en Europa, ni tampoco en la escena global, de aquel equilibrio fatigosamente conquistado en los Estados constitucionales entre derechos de libertad y derechos de justicia. La crisis de la soberanía puede y debe leerse también desde este punto de vista.

13. “Si potrebbe anche dire: la Costituzione soccorre sempre il più debole, il Pubblico quando è invaso arbitrariamente dal Privato, e viceversa” (Fioravanti, 2014, p. 46).

14. Sobre esta cuestión Ferrajoli (2015, pp. 4-5) sostiene que “il *rule of law* inglese, pur rappresentando la prima esperienza di stato di diritto in senso forte è sempre rimasto legato alla tradizione del *common law* e non perciò riconducibile a nessuno dei due modelli qui distinti di stato di diritto (...) non essendo qualificabile né come stato di diritto legislativo né come stato di diritto costituzionale”. En la tradición anglosajona, como explicó Venn Dicey (2003), el derecho constitucional es el resultado y no la fuente de los derechos individuales, los cuales nacen desde abajo, de las decisiones de los jueces que han establecido su tutela.

Si el gobierno del “antisoberano” (Luciani,1998) —entendido como un ejercicio del poder que esconde detrás de la necesidad de leyes objetivas y que se presenta, esto es, como “orden natural del mercado” — hoy día erosiona la soberanía de los Estados, ese redimensionamiento solo es provechoso para los que imaginan los derechos como pretensiones contra el poder del Estado; en cambio, si se cree que los derechos representan también pretensiones *a través* del Estado, entonces cabe admitir que la crisis de la soberanía no afecta solo a los Estados, sino también a los derechos de los ciudadanos, perjudicando su tutela eficaz. El constitucionalismo de los derechos exige un poder político democrático que asegure esta función activa, creadora de derechos sociales. El déficit de tutela de los derechos sociales de la Unión Europea hoy día forma una sola cosa con el déficit de ejercicio político europeo, mientras sobrevive solo aquel competitivo y desigual de los Estados miembros, como demuestra la confrontación entre Estados acreedores y Estados deudores, fundamentada por el criterio de la estrecha condicionalidad (La Torre, 2007).

Si los derechos sociales son centrales en el constitucionalismo democrático contemporáneo, cabe preguntarse qué futuro tienen los derechos fundamentales en el tiempo de la crisis económica (Spadaro, 2011; Salazar, 2013; Ruggeri, 2012; Balaguer Callejón, 2012; Gambino, 2009, 2015) o, mejor dicho, de las recurrentes crisis económicas y financieras, que ya parecen forma parte de nuestro modelo de desarrollo económico. Las crisis financieras marcan una auténtica crisis constitucional, en la medida en que repercuten en la disponibilidad de los recursos públicos necesarios para el ejercicio de las funciones del Estado social. Por lo tanto, no se trata solo del fracaso de un modelo político-económico, sino más bien de la puesta en tela de juicio de la constitucionalización de la persona y de su dignidad, o sea, de la premisa irrenunciable del sistema democrático que nos esforzamos en practicar. Esto es, es una crisis de derecho y de democracia.

Traducción del italiano de M. Colucciello

Referencias

- Alexy R. (2002). *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- Ansuátegui Roig F.J. (2013). *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico*. Madrid: Editorial Dykinson.

- Arendt H. (1951). *The Origins of Totalitarianism*. New York: Harcourt, Brace and Company.
- Balaguer Callejón F. (2012). Crisi economica e crisi costituzionale in Europa. *Koreuropa. Rivista elettronica del Centro di Documentazione europea dell'Università Kore di Enna*, (1), pp. 83-99.
- Barberis M. (2006). *Etica per giuristi*. Roma-Bari: Laterza.
- Bartole S. (2004) *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione*. Bologna: il Mulino.
- Bin R. (2002). Ragionevolezza e divisione dei poteri. En M. La Torre & A. Spadaro (Eds), *La ragionevolezza nel diritto*. Torino: Giappichelli.
- Bin R., (2016). Rule of law e ideologie. En G. Pino y V. Villa (Eds). *Rule of law. L'ideale della legalità*. Bologna: il Mulino.
- Bobbio N. (1990). *L'età dei diritti*, Torino: Einaudi.
- Böckenförde E.W. (1987) Demokratie als Verfassungsprinzip. En J. Isensee & P. Kirchhof (Eds) *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, (2), pp. 429-496. Heidelberg: C.F. Müller.
- Carlassare L. (2016). Solidarietà: un progetto politico. *Costituzionalismo.it*, (1), pp. 45-67.
- Cartabia M. (2013) *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Conferencia Trilateral de las Cortes constitucionales italiana, portuguesa y española, Roma, Palazzo della Consulta, 24-26 de octubre de 2013.
- Casini L. (2006), La prima sentenza della Corte Costituzionale: memorie processuali. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1(56), pp. 13-76.
- Corso L. (2016). *I due volti del diritto. Élite e uomo comune nel costituzionalismo americano*. Torino: Giappichelli.
- Costa P. (2006). *Democrazia politica e Stato costituzionale*. Napoli: Editoriale Scientifica.
- Crouch C. (2004). *Post-democracy*. Cambridge: Polity Press.
- Dicey A.V. (1985) *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (reprint 8th ed). Indianapolis: Liberty Classic.
- Dogliani M. (2011). Il partito come strumento della separazione della politica dall'economia. *Democrazia e diritto*, 1(2), pp. 491 y ss.
- Ferrajoli L. (2010). Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista. *Giurisprudenza costituzionale*, (3), pp. 2771 y ss.
- Ferrajoli L. (2015). *Iura paria. I fondamenti della democrazia costituzionale*. Napoli: Editoriale Scientifica.

- Fioravanti M. (2009). Le due trasformazioni costituzionali dell'età repubblicana. Accademia Nazionale dei Lincei. *La costituzione ieri e oggi. Convegno, Roma, 9-10 gennaio 2008*. Roma: Bardi Editore.
- Fioravanti M. (2014). *Pubblico e privato. I principi fondamentali della Costituzione*. Napoli: Editoriale Scientifica.
- Fioravanti M. (2016) Il legislatore e i giudici di fronte alla costituzione. *Quaderni costituzionali. Rivista italiana di diritto costituzionale*, (1), pp. 7 y ss.
- Gambino S. (2009). *Stato e diritti sociali. Fra Costituzioni nazionali e Unione Europea*. Napoli: Liguori.
- Gambino S. (2015). Crisi economica e costituzionalismo contemporaneo. *Koreuropa. Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna*, (6), pp. 107-135.
- Grossi P. (2017). *L'invenzione del diritto*. Roma-Bari: Laterza.
- Guastini R. (2001). *Lezioni di teoria costituzionale*. Torino: Giappichelli.
- Guastini R. (2011). *La sintassi del diritto*. Torino: Giappichelli.
- Häberle P. (2005). *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*. Roma: Carocci.
- Irti N. (1979). *L'età della decodificazione*. Milano: Giuffrè.
- La Torre M. (2017). Miseria del costituzionalismo globale. *Materiali per la storia della cultura giuridica*, (1), pp. 31-44.
- La Torre M. (2010). "Finché la società sarà questa". Neocostituzionalismo e positivismo giuridico: Gustavo Zagrebelsky e Luigi Ferrajoli. *Materiali per una storia della cultura giuridica*, (1), pp. 209-226.
- Luciani M. (1985). La "Costituzione dei diritti" e la "Costituzione dei poteri". Note sulle brevi su un modello interpretativo ricorrente. *Studi in onore di Vezio Crisafulli*, 2, Padova: CEDAM, pp. 497 y ss.
- Luciani M. (1998). L'antisovrano e le crisi delle costituzioni. *Scritti in onore di Giuseppe Guarino, II*, Padova: CEDAM, pp. 731 y ss.
- Omaggio V. (2015). *Saggi sullo Stato costituzionale*. Torino: Giappichelli.
- Palano D. (2015). *La democrazia senza partiti*. Milano: Vita e Pensiero.
- Palombella G. (1992). *Stato dei partiti e complessità sociale*. Napoli: Guida.
- Peces Barba G. (2000). Diritti sociali: origine e concetto. *Sociologia del diritto*, 1(3), pp. 33-51.
- Pino G. (2017). *Il costituzionalismo dei diritti. Struttura e limiti del costituzionalismo contemporaneo*. Bologna: il Mulino.

- Rodotà S. (2012). *Il diritto di avere diritti*. Roma-Bari: Laterza.
- Rodotà S. (2014). *Solidarietà. Un'utopia necessaria*. Roma-Bari: Laterza
- Ruggeri A. (2012). Crisi economica e crisi della Costituzione. *Consulta Online*, recuperado de <http://www.giurcost.org/studi/Ruggeri19.pdf>
- Salazar C. (2013). Crisi economica e diritti fondamentali. *Rivista AIC*, (4).
- Spadaro A. (2011). I diritti sociali di fronte alla crisi. *Rivista AIC*, (4).
- Zagrebelsky G. (1992). *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*. Torino: Einaudi.
- Zagrebelsky G. (2008). *La legge e la sua giustizia*. Bologna: il Mulino.

Lucia Picarella. Ph.D. en Teoría e Historia de las Instituciones Políticas Comparadas de la Università degli Studi di Salerno. Hasta el 2013 estuvo vinculada como profesora de Ciencia Política y de Ciencia de la Administración en la Facultad de Ciencias Políticas de la Università degli Studi di Salerno, y actualmente es profesora asociada de Ciencia Política en la Maestría en Ciencias Políticas de la Universidad Católica de Colombia en convenio con la Università degli Studi di Salerno. Es autora de diferentes artículos y libros relativos a la crisis y transformación de las democracias contemporáneas. Entre sus publicaciones más recientes, están: *De la transición al zapaterismo. La evolución del sistema político español entre presidencialización y personalización*, Planeta, Bogotá, 2014; *Il pensiero europeo nel costituzionalismo latinoamericano. Una línea di lettura*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2015; “De la personalización política al ‘redescubrimiento’ de la dimensión del orden común”, en A. Scocozza – G. D’Angelo (eds.), *Magister et discipuli: filosofía, política, historia y cultura*, Taurus- Penguin Random House, Bogotá, 2016; “El paradigma ejecutivo fuerte/democracia débil/populismo: una mirada entre Europa y América Latina”, en L. Picarella – C. Scocozza (eds.), *Democracia y procesos políticos en América Latina y Europa*, Taurus – Penguin Random House, Bogotá, 2017; *Democracia: evolución de un paradigma. Una comparación entre Europa y América Latina*, Taurus-Penguin Random House, Bogotá, 2018.

Contacto: lpicarella@ucatolica.edu.co

PLURALISMO Y DEMOCRACIA: EL NEO/NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

Lucia Picarella

Universidad Católica de Colombia

PLURALISM AND DEMOCRACY: THE LATIN AMERICAN NEO/NEW CONSTITUTIONALISM

DOI:10.17450/180209

Fecha de recepción: 20 de Junio 2018; fecha de aceptación: 23 de Julio 2018. El presente artículo es resultado de un proyecto de investigación desarrollado con el Grupo “Aldo Moro” de la Maestría en Ciencias Políticas de la Universidad Católica de Colombia en convenio con la Università degli Studi di Salerno.

Resumen

El presente artículo evalúa las interrelaciones existentes entre democracia, pluralismo y tutela de los derechos, declinándolas en el contexto latinoamericano, con el objetivo de destacar la conversión de las peculiaridades de una democracia plural en los pilares de las cartas del neo/nuevo constitucionalismo. Para este fin, a través de una

metodología cualitativa, se diferenciarán las diferentes concepciones de pluralismo, un ejercicio necesario tanto para la consideración de los principios guía de un modelo de estado constitucional ‘abierto’ y la consagración de los mismos por los textos latinoamericanos, como para señalar también las desviaciones registradas en la praxis política en consideración de las previsiones esculpidas para asegurar sostén teórico a esta apertura.

Palabras clave

Neo/nuevo constitucionalismo, América Latina, democracia, pluralismo, derechos.

Abstract

This article evaluates the existing interrelations between democracy, pluralism and protection of rights, declining them in the Latin American context, with the objective of highlighting the conversion of the peculiarities of a plural democracy in the pillars of the neo / new constitutionalism charters. For this purpose, through a qualitative methodology, the different conceptions of pluralism will be differentiated, a necessary exercise both for the consideration of the guiding principles of a model of an ‘open’ constitutional state and the consecration of these by the Latin American texts, as to also point out the deviations registered in the political praxis in consideration of the sculpted forecasts to ensure theoretical support for this opening.

Keywords

Neo/New-Constitutionalism, Latin America, democracy, pluralism, rights.

Pluralismo y democracia: una introducción

El actual panorama de crisis de la legitimidad democrática, ‘materializada’ a través del colapso de los sistemas políticos representativos, a su vez condensado en desafección política, pasividad, disolución del ámbito político-institucional y erosión del nivel político-partidista, señala la necesidad de seguir alimentando —desde diferentes enfoques y perspectivas— el debate relativo al escenario político contemporáneo, ya que las criticidades registradas impulsan a ampliar las reflexiones referidas a las modalidades de construcción de democracias profundamente pluralistas y, en consideración de fortalezas y criticidades, evaluar también las posibilidades de una traslación a la praxis política de los aportes brindados a nivel teórico ¹.

En este sentido, con atención a una visión propiamente mouffiana, para los fines de esta trasposición el prerequisite se identificaría en la capacidad de ‘edificación’ de lo político, este último reconstruido como un espacio en el cual, simultáneamente, el agonismo es canalizado sin reprimir las diferencias. Más sencillamente, en esta perspectiva siempre tendrán que ser luchadas las —inevitables— barreras de molde político que contraen el pluralismo, con lo cual se alejan por lo tanto de la óptica rawlsiana, más bien fundada sobre una idea de racionalidad que incluso puede proceder de exclusión (Mouffe, 2007; Rawls, 1996). Por lo tanto, la correlación entre democracia y pluralismo, o, más bien, la creciente expansión de ambos, procede según nuestra opinión de un proceso de maduración espontáneo que surge desde el interior de la sociedad, y que, en términos político-jurídicos, se insertará a lo largo de la ruta trazada por un más amplio pluralismo globalizado, o sea, en el gran juego de intereses que, si por un lado puede empujar hacia relevantes oportunidades de garantías multiniveles de los derechos, incontestablemente más eficaces en términos de concretar respuestas procedentes de la evolución de los mismos, puede, por otro lado, esconder el riesgo de postrarse al tecnicismo supranacional y, sobre todo, al predominio financiero-económico. Un reto que puede ser enfrentado considerando, en primer lugar, la política y el derecho al servicio de la sociedad civil —y no de una élite— y, en segundo lugar, fortaleciendo el involucramiento de la ciudadanía en la esfera pública. Más en particular, la presencia de una ciudadanía activa permite controlar, es decir, limitar el poder y, evidentemente, la participación y el fortalecimiento de sus herramientas contribuye a consolidar democracia y pluralismo. Interculturalidad, diversidad, integración, tolerancia, nuevos

1. Para profundizar, me permito remitir entre otros a Picarella (2018).

derechos, están profundamente anclados a la difusión de una cultura democrática² —a su vez fuertemente conectada a la acción de (re)educación de la ciudadanía para la (re) construcción de politicidad y democracia— que, obviamente, tiene su fundamento en el respeto del pluralismo y en la valorización de las diferencias.

La observación de la conexión entre democracia y pluralismo requiere, por lo tanto, enfocar la atención sobre unos conceptos nucleares para el desarrollo y, en los términos de este análisis, la ampliación de esta relación. En este sentido, conceptos como disenso y apertura, pero también el clásico binomio libertad/igualdad, expresan plenamente la visión y la esencia pluralista, indisociable de una democracia contemporánea, ya que, asumiendo la ausencia de incompatibilidad entre orden político y disenso (cfr. Sartori, 1999, pp. 33 y ss.), justamente en el respeto de esta diversidad se condensan los elementos inherentes a una “sociedad abierta” (Popper, 1945).

Incontestablemente, el camino para lograr tal apertura de la sociedad³ es más tortuoso de lo que se puede imaginar, ya que la combinación entre los principios de participación, inclusión, diversidad, tutela de los derechos etc., se levanta sobre la presencia de un sistema democrático anclado a los valores de libertad e igualdad, y que, para ser tal, reconozca estos valores sin privilegios ni distinciones y, además, asienta la integración entre estos principios y la organización político/institucional en un acción educativa —intrínsecamente fuertemente ética y política— tendiente hacia un proyecto de sociedad libre.

En esta perspectiva, la protección de las diferencias que conforman el tejido socio-político de nuestros sistemas políticos, y la interacción de las mismas en el interior de estos sistemas, contribuye en vislumbrar visiones alternas —a menudo disconformes— que evidentemente enriquecen el *panel* de intereses y formulas a considerar para la identificación y gestión de soluciones del ‘conflicto’, empujando hacia una forma de democracia definible como pluralista cuyo pilares, sintetizando, no solo se expresan en las garantías de libertad/igualdad, sino también en la representación del pluralismo socio-político a nivel institucional y, finalmente, en las expresiones de reversibilidad del poder. En efecto, si bien es cierta la naturaleza de valor que adquiere el pluralismo polí-

2. “Una educación democrática y no excluyente, no es aquella que trabaja contenidos culturales fragmentados, representando únicamente la historia, tradiciones, productos y voces de los colectivos sociales hegemónicos (...). Por el contrario, una educación antimarginación tiene que planificarse y desarrollarse sobre la revisión y reconstrucción del conocimiento de todos y cada uno de los grupos y culturas del mundo” (Torres, 1994, p. 151).

3. Según Peces-Barba (2001) la sociedad abierta que es la democracia pluralista y laica se opone a la sociedad cerrada, que a su vez trae causa de una ideología antimoderna, tradicionalista y nacionalista. En esta ideología se refugia todo el antiluminismo de plurales orígenes, desde el eclesiástico y sus fundamentalismos hasta los tradicionalistas o los fascistas del Estado ético. La sociedad cerrada desembocaba con esos perfiles ideológicos en un organicismo que consideraba al grupo como la realidad suprema, o a una verdad incontrovertible como la que se debió imponer necesariamente para alcanzar la libertad.

tico para un sistema democrático, sin embargo, parece oportuno precisar el significado del mismo concepto de pluralismo, previsiblemente difuminado entre los sutiles límites de la teoría política, jurídica y, más en general, de las otras áreas de las ciencias sociales⁴.

En particular, en una perspectiva jurídica, el pluralismo se convirtió en el modelo utilizado sobretudo por los antropólogos del derecho para estudiar la convivencia de normas internas a sistemas y subsistemas sociales. Más recientemente, y con particular referencia a los fenómenos de globalización y de migraciones, se ha considerado para analizar la pluralidad de evidencias normativas de carácter infra, supra y transnacional, con lo cual se posiciona en el ámbito de una visión del derecho post-moderna (de Sousa Santos, 1987) y neo-sistémica (Teubner, 1993). En efecto, justamente esta apertura del pluralismo jurídico, en contra de la clausura sistémica del ordenamiento estatal, ha favorecido el resurgimiento de las críticas, referidas en particular a las dificultades de definir un confino neto entre normas jurídicas y no jurídicas y, además, de identificar una forma de derecho no estatal, cuestión terminológica esta última que llevaría más bien a hablar de la presencia de ‘áreas normativas’ (Tamanaha, 1993; Merry, 1988; Falk Moore, 1973).

Más allá de las problemáticas propiamente técnicas, cabe destacar la importancia que las últimas corrientes del pluralismo jurídico han atribuido al multiculturalismo y a la centralidad del individuo⁵, en su calidad de sujeto de normas con fuentes diferentes⁶ (Vanderlin, 1989; Chiba, 1998; Habermas, 1998; de Sousa Santos, 1991), así como a la voluntad de mover la atención hacia la discriminación de grupos sociales minoritarios (retomando así una perspectiva conflictualista no solo de molde cultural, sino sobretudo económico-social) y proponerse entonces, junto a la educación, entre los agentes de la promoción y de la tutela de las diferencias.

4. Por ejemplo, pluralismo metodológico (las ciencias no pueden reírse sobre una única metodología), pluralismo cultural, religioso, económico (convivencia de diversos sistemas/subsistemas en una comunidad), pluralismo histórico (diferentes relatos acerca del pasado), pluralismo moral o de valores (convivencia de diferentes valores en un sistema o en un individuo). Más puntualmente, Sartori (2001, p. 32 y ss.) diferencia entre una forma de pluralismo como creencia (conectado más bien a un concepto de multiplicidad cultural) y de pluralismo social (destacando sobretudo la confusión con la complejidad estructural, porque la presencia de una complejidad social no implica necesariamente pluralismo de la sociedad considerada) y, finalmente, de pluralismo político (existencia de una pluralidad de grupos y por lo tanto de una diversificación del poder, que empuja hacia un diálogo para los fines de consenso).

5. En este sentido, interesante la posición de Touraine (1998, p. 172), según el cual el individuo tiene que convertirse en el núcleo de cada análisis, estrategia necesaria para enfrentar la fractura entre identidades culturales y economía globalizada, es decir “luchar por un lado en contra de las ideologías y las políticas comunitaristas y por el otro en contra de la ideología neo-liberal”.

6. A este respecto, según de Sousa Santos (1991, p. 127), las fuentes de pluralismo jurídico pueden identificarse en “una situación colonial, la presencia de pueblos indígenas, un período revolucionario o de modernización, poblaciones marginales en zonas urbanas de países independientes; así como también situaciones de desregulación al interior del propio Estado, y un pluralismo transnacional (*lex mercatorum*) que imponen las transnacionales por encima de las regulaciones locales”.

En consideración de una visión estrictamente ligada a la politología, la noción de pluralismo político remite a dos diferentes conceptualizaciones, respectivamente referidas a las acepciones de pluralismo político como estructural y como social. La primera, que encuentra su principal exponente en la dahliana teoría de la poliarquía (1990; 1991), entiende la vida social caracterizada por “múltiples fuentes de autoridad”⁷, y se concentra principalmente en la no consideración de las posibilidades de repartición de las decisiones dentro de una comunidad. A la inversa, en la segunda acepción, se observa la convivencia en las sociedades de diferentes cosmovisiones y la manera, por lo tanto, de poder balancear la diversidad. En este sentido, parecen muy pertinentes las palabras de Mouffe (2007) cuando subrayan como “la típica comprensión liberal del pluralismo afirma que vivimos en un mundo en el cual existen, de hecho, diversos valores y perspectivas que —debido a limitaciones empíricas— nunca podremos adoptar en su totalidad, pero que en su vinculación constituyen un conjunto armonioso y no conflictivo” (p. 17), destacando, además, la mayor sistematización de la cuestión del pluralismo justamente por parte de la especulación liberal, debido a la ‘singularidad’ presente en la misma, es decir, las dificultades de conciliación entre libertad/igualdad/democracia.

De facto, el valor del pluralismo se encuentra en las bases de los sistemas liberal-representativos, fundamentalmente plasmado en la normativa constitucional en el ámbito de la libre creación de partidos políticos y de la participación política⁸, pues la incontestable función de los partidos políticos de representar el nexo entre sociedad e institucionalidad ha sido fuertemente opacada por la gran crisis que ha caracterizado los actores político-partidistas tradicionales, cuyas subyacentes dinámicas han favorecido una significativa desconexión partidos/sociedad.

En efecto, la importancia de reanimar las fuerzas partidistas para que vuelvan a ser expresión de pluralismo ha sido destacada ampliamente por los modelos de democracia deliberativas y participativas, que han evidenciado la necesidad de retomar las funcio-

7. Según Galston (2005, p. 2) “individuos, progenitores, asociaciones civiles, instituciones religiosas y el Estado, entre otras—ninguna de las cuales es dominante en todas las esferas, para toda finalidad, en toda ocasión”.

8. Muy rápidamente, a nivel europeo, véase: art. 49 de la Constitución italiana; art. 21.1. de la Ley Fundamental alemana; art. 4 de la Constitución francesa; art. 2 de la Constitución portuguesa (donde por primera vez aparece propiamente la palabra pluralismo político); art. 1.1 y art. 6 Constitución Española. A nivel latinoamericano, cfr. art. 38 Constitución Argentina; art. 107 Constitución de Colombia; art. 41 Constitución de Estados Unidos de México; art. 223 Constitución de Guatemala; art. 1 Constitución de Bolivia; art. 1 y art. 17 de la Constitución de Brasil; art. 19 de la Constitución de Chile y art. 98 de la Constitución de Costa Rica; art. 108 de la Constitución de Ecuador; art. 85 de la Constitución de El Salvador y art. 47 de la Constitución de Honduras; art. 5 Constitución nicaragüense y art. 138 Constitución de Panamá; art. 25 y art. 124 de la Constitución de Paraguay y art. 35 de la Constitución de Perú; art. 2 de la Constitución venezolana y art. 77.11 de la Constitución de Uruguay. Fortalecen las disposiciones constitucionales, numerosas sentencias de Cortes y Tribunales Constitucionales que defienden y subrayan el pluralismo político, así como a nivel supranacional las posiciones expresadas en este mismo sentido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

nes propias del ámbito partidista para favorecer espacios de debates y manifestación de las diferencias. Modelos evidentemente superados por las visiones más recientes que, en consideración de las dificultades registradas en la praxis política, apuestan más a las posibilidades ofrecidas, en términos de ampliación / reconstrucción pluralista de la democracia, por la horizontalidad propia de los movimientos y la incidencia de otras formas de expansión del pluralismo (cfr. Picarella, 2018). Ámbitos alternativos que pueden definirse como un “segundo circuito del Estado, es decir un circuito de presión, un circuito que va más allá del circuito representativo, electoral, partidístico, que condiciona la forma de gobierno” (Predieri, 1989, pp.18-19).

Cuanto sintéticamente mencionado, representa nuestro punto de partida para la evaluación de la sutil interrelación existente entre democracia, pluralismo, derechos, observada a través del análisis del contexto latinoamericano, ya que el pluralismo se convierte en unos de los principios guía propiamente de los textos del neo/nuevo constitucionalismo, en los cuales, sin dudas, se destaca potentemente aquella correspondencia.

Democracia, neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano

La evaluación del nexo anteriormente considerado entre democracia y pluralismo requiere una premisa fundamental, relativa por lo menos a dos aclaraciones que nos llevan, en primer lugar, a considerar el neoconstitucionalismo como una Teoría del Derecho (Carbonell, 2003, p. 10), procedente de las especulaciones académicas de las escuelas europeas enfocadas sobre la síntesis entre pretensión jurídica y aspiración política ofrecida por el Estado de Derecho, en referencia al cual, sin embargo, sigue siendo necesaria la referencia a la nuclear diferenciación de Ferrajoli (2003, pp. 13-29) entre Estado Legal de Derecho, y Estado Constitucional de Derecho, este último resultado de la etapa de constitucionalización europea que caracterizó la mitad del Siglo XX, y, por ende, coincidente con la expansión hacia el modelo de Estado Social de Derecho, en el cual el imperio de la ley despliega hacia un enfoque garantista, apuntalado sobre la protección de los derechos fundamentales y la dignidad humana⁹ (Aguilera, 2008, p. 113).

9. De manera más puntual, Viciano Pastor y Martínez Dalmau (2011, p. 309) presentan cuatro paradigmas constitucionales en los cuales se sintetiza este proceso histórico, es decir, desde finales del siglo XVIII, el surgimiento del constitucionalismo liberal de las revoluciones burguesas, centrado en la defensa de los derechos individuales y la limitación del poder; a partir del siglo XIX hasta comienzo del siglo XX, la evolución conservadora del constitucionalismo liberal al positivismo

La relación activa que se puso en marcha entre estado/constitución/democracia, anclada al dialogo constante entre nivel socio/político y nivel político/institucional, favoreció el desarrollo de arquitecturas institucionales centradas sobre el reconocimiento del pluralismo como herramienta para la expansión de las prerrogativas de la sociedad (Valadés, 1994, p. 61), una óptica que atañe a la perspectiva neoconstitucionalista, arraigada en el cometido de inviolabilidad del contenido sustancial del orden de principios fundamentales constitucionalizados, valorados desde el entramado axiológico de la misma Constitución (cfr. Ortega, 2014, p. 155; Gil, 2011, p. 51; Cruz, 2009, p. 24). En este sentido, simplificando, el principio de inviolabilidad de los derechos fundamentales, considerado como arquitrabe de la estructura democrática, permite entender la democracia como ‘constitucional’, en el interior de la cual además se verifica una fusión entre democracia y estado de derecho ya que se registra una combinación entre formulas, técnicas y mecanismos considerados para la tutela de los derechos, el respeto de los cuales es fundamental para el total desarrollo de una democracia social.

Por lo tanto, la constitución que rige esta arquitectura simboliza el proyecto político-institucional ‘ideal’ elegido por la colectividad, así como, por ejemplo, magistralmente destacado por Zagrebelsky (1992, p. 123-146) que, además, subraya la relación de la aplicabilidad de los derechos fundamentales con la base material pluralista de ideales basados en obligaciones unitarias pero integracionistas o, igualmente, en la sistematización por parte de Ferrajoli (1990, p. 926-928) de las ‘pre-políticas’ prerrogativas individuales en finalidad de la política.

Sin embargo, justamente sobre el carácter prescriptivo de los derechos individuales y, más en general, sobre cuanto acabamos de referir, en los últimos años se ha desarrollado una interesante *querelle* entre liberalismo/democracia/constitucionalismo que, con particular consideración de la continua evolución de los ‘nuevos’ derechos, necesariamente requiere una diferente explicación.

Sin dudas, no es esta la sede apropiada para entretenernos sobre los complicados perfiles teóricos de esta cuestión, pero nos parece interesante subrayar la errónea perspectiva con la cual la misma se está observando. Evidentemente, las críticas relativas a la sustancial presencia de una antidemocraticidad en las teorías del neoconstitucionalismo, identificada en la continua sustracción de las problemáticas de los derechos inviola-

y la implementación del Estado de Derecho; los primeros decenios del siglo XX, caracterizados por el constitucionalismo democrático y su anhelo en reanudar rousseauianos principios del contractualismo y de la legitimidad democrática del poder; y, por fin, su extensión después de las dos guerras mundiales hacia el constitucionalismo social, que conllevó a la conceptualización del Estado social y a su finalidad de garantizar los derechos sociales en el contexto de la sociedad capitalista de bienestar.

bles al debate democrático —o sea, al *demos*— en una progresiva debilitación del poder constituyente, se fundamentan sobre la consideración, por parte de la especulación jurídica contemporánea, del texto constitucional como del momento originario del ‘pacto social’. Según nuestra opinión, y en una perspectiva estrictamente politológica, esta aseverada visión debe ser integrada por un metafórico (re)pensamiento de la Constitución, concebida como el punto de partida de la discusión política, como el ‘espacio’ en el cual se combinan y se construyen, dialécticamente, las transformaciones sociales.

En efecto, la respuesta a un panorama mundial que nos está presentando un escenario caracterizado por una vigorosa y peligrosa matización de la separación entre titular del poder constituyente y detentor del poder constituido, *humus* para las degeneraciones democráticas, se concreta evidentemente en esta acción de (re)pensamiento y (re)construcción pluralista, fundada sobre la consideración de que el ejercicio de la mecánica política no es solo el estudio de la clásica relación gobernantes/gobernados, sino, principalmente, la recuperación de la verdadera peculiaridad de la praxis democrática, es decir, la participación de la ciudadanía activa. En este sentido, indiscutiblemente, la gran lección latinoamericana se materializa tanto en la constitucionalización del ideal participativo cuanto, especialmente, en su transformación en un verdadero ideal político. De hecho, en conformidad a lo subrayado por Viciano Pastor y Martínez Dalmau (2010):

(...) el nuevo constitucionalismo latinoamericano es un fenómeno surgido en el extrarradio de la Academia, producto más de las reivindicaciones de los movimientos sociales que de los profesores de Derecho Constitucional. Y, consiguientemente, carece de una cohesión y una articulación como sistema cerrado de análisis y proposición de un modelo constitucional. Sin embargo, a pesar de que el nuevo constitucionalismo latinoamericano demuestra con innumerables ejemplos que no hay un elenco de soluciones extrapolables a cualquier país latinoamericano, también es cierto que existen unos rasgos comunes bastante bien definidos que permiten afirmar que se trata de una corriente constitucional en periodo de conformación. (pp. 3-4)

En efecto, persistiendo en esta reflexión, y como ya he analizado en otras ocasiones (cfr. Picarella 2018; Picarella, 2015), cabe precisar que se considera la expresión ‘neo-constitucionalismo’ de manera general para referirse a la etapa de re-constitucionalización y de transformaciones que ha caracterizado el contexto latinoamericano en

los últimos decenios. Sin embargo, sería más apropiada una diferencia entre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo, ya que, si bien es verdad que todos los textos convergen en términos de extensión, rigidez, complejidad, alejamiento del modelo europeo y, entonces, en referencia a la dos corrientes mencionadas, se verificaría una complementariedad en materia de los principales postulados compartidos (p.e. la centralidad de la supremacía constitucional y el acceso al Estado constitucional), no obstante, técnicamente, el sostén de la diferenciación entre los dos fenómenos se identifica en las divergentes hipótesis subyacentes a los mismos¹⁰. Además, retomando una perspectiva más politológica, y trasladándonos más bien en un nivel de mecánica política, en el escenario latinoamericano se ha asistido a una plena concreción del fenómeno nuevo-constitucionalista que, a través de los procesos constituyentes, ha reflejado la voluntad de un poder constituyente empujante —en contextos fuertemente desiguales, inestables, de penetrantes fallas democráticas— hacia la justicia social y la igualdad.

De manera más sencilla, lo que se ha registrado ha sido una traslación a nivel político e institucional de las raíces sociales de las reivindicaciones que intentaban neutralizar los efectos del neoliberalismo¹¹, una trasposición cuyo resultado directo ha sido la implementación de transformaciones (también constitucionales) que pueden leerse como un progresivo camino de ruptura del *status quo* y que, simultáneamente, se insertan en lo que Tocqueville definiría como el sentido universal de la historia que, irremediablemente, hoy en día impulsa la búsqueda de mayores niveles de democracia.

10. Para profundizar, se remite a los intensos análisis en materia de Viciano Pastor y Martínez Dalmau (2010, p. 18; 2013, p. 63 y ss.) que podemos resumir en la visión del nuevo constitucionalismo de juntar al espíritu revolucionario del constitucionalismo las herramientas contemporáneas para el avance de los pueblos mediante un texto constitucional que sea expresión del mandato directo del poder constituyente. En este sentido, entonces, el nuevo constitucionalismo conformaría más bien una teoría democrática de la constitución, aclarando la diferencia con el más amplio uso de la expresión neoconstitucionalismo, fenómeno este último que de manera más puntual debería ser tripartido en consideración de su expresión o como teoría del derecho, o como teoría de la constitución, o como ejecución de esta última.

11. En este sentido, el ejemplo del cambio en el estatus político ha sido incontestablemente representado por la Guerra del agua en Bolivia en el 2000. Sin embargo, y sin entrar en el núcleo de una cuestión tanto interesante cuanto espinosa, la cuestión relativa a la evaluación de la experiencia de la 'primavera progresista' se presenta muy controvertida, debido a la inevitable contraposición entre los que subrayan la fin del ciclo del progresismo tanto reformista (Brasil, Chile, Uruguay y en parte también Argentina) así como del progresismo radical (Bolivia, Ecuador, Venezuela), y los que destacan los importantes logros conquistados sobretudo a nivel social. En efecto, si bien es verdad que con los gobiernos progresistas se han registrado importantes avances en materia de redistribución de la riqueza/acceso más equitativo a bienes/reconstrucción de la institucionalidad, sin embargo la acción práctica pareció moverse en el interior de un 'capitalismo moderno' cuyos rasgos se han juntado a las históricas problemáticas estructurales del escenario latinoamericano (p. e., liderazgo, fortalecimiento del ejecutivo, inaplicación de los textos constitucionales, asimilación de los movimientos sociales a las lógicas electorales/gubernamentales). Por lo tanto, lo que se produjo ha sido, paradójicamente, la adopción por parte de los gobiernos progresistas de medidas cada vez más favorables al mercado —que ellos mismos denunciaban— para enfrentar la crisis del pasado. De hecho, en lugar de desarrollar un 'paradigma post-capitalista' influyente en términos de transformación estructural del sistema, lo que se verificó fue una 'sencilla' adaptación del capitalismo y de las visiones neoliberales a las nuevas demandas ecológicas y sociales.

Incontestablemente, y más allá de las diatribas académicas relativas a la identificación del momento inicial de la ola neo/nuevo constitucionalista¹², el destello socio-político latinoamericano y el afinado conjunto institucional-constitucional que produjo, despertaron la atención del mundo entero, enfocado sobre la capacidad innovadora y emancipadora y sobre la carga revolucionaria y pluralista contenidas en estos textos, que parecían exigir un nuevo aire doctrinario, acorde con sus visiones programáticas.

En este sentido, en efecto, se oscila de las provisiones en materia de herramientas de ciudadanía activa/democracia participativa-directa, a la pluralidad y valorización de la cultura indígena, emblemáticamente condensado en la formulación boliviana de ‘estado plurinacional’; del derecho internacional al impulso para la integración regional; del amplio repertorio de ‘clásicos’ derechos fundamentales y sociales, a las provisiones en materia de equilibrio ecológico y medioambientales y, de estas, a las cosmovisiones ecocentristas y biocéntricas¹³.

De hecho, caracterizan las constituciones latinoamericanas puntuales disposiciones tendientes en plasmar arquitecturas político-institucionales moldeadas por los llamados derechos de tercera generación y, además, la significativa sensibilidad del contexto latinoamericano en materia, evidentemente de la mano con las nuevas reivindicaciones, empuja hacia interesantes experimentaciones en términos de actualizaciones de las categorías clásicas de los derechos fundamentales. En este sentido, el panorama teórico se enriquece con el enraizamiento en el complejo cuadro de los derechos de cuarta

12. En particular, las mayores dificultades se refieren a la dificultad de encasillar en la misma ola transformaciones constitucionales que presentan componentes diferentes, como por ejemplo la visión neoliberal peruana y la perspectiva socialista venezolana, así como los cambios casi-rupturistas y de continuidad de los textos de finales de los años '80 y lo que se puso en marcha con las constituyentes de comienzo de los '90. Procesos, además, considerados como el elemento cardinal para los fines de implementación práctica de la perspectiva del nuevo constitucionalista – es decir teoría democrática de la constitución- y, por lo tanto, en este sentido la presencia de una Asamblea Constituyente elegida democráticamente y seguida por una ratificación popular directa de la Constitución configuraría el momento inicial del fenómeno neo/nuevo constitucionalista (más técnicamente, identificado en la Constitución colombiana de 1991). Para los fines de simplificar, las diferentes oleadas de reformas constitucionales pueden ser aglutinadas en torno a tres diferentes ciclos que, respectivamente, se refieren al reconocimiento del multiculturalismo y de las minorías sociales típica de las constituciones de los años '80, como Guatemala (1985), Nicaragua (1987) y Brasil (1988). El constitucionalismo participativo caracteriza el segundo ciclo, con el amplio catálogo de textos enfocados sobre el pluralismo socio-político-jurídico, y las predisposiciones de mecanismos para su expresión, que fue propio de las cartas de los años '90, es decir Colombia (1991), México (1992), Paraguay (1992), Perú (1993), Bolivia (1994), Argentina (1994), Ecuador (1998), y que culminó con Venezuela (1999). Finalmente, el último ciclo empuja definitivamente hacia la refundación del estado, basada sobre la plena maduración de los rasgos innovadores del constitucionalismo, que estalla en el constitucionalismo plurinacional y revolucionario de la Constitución de Ecuador (2008) y de Bolivia (2009). Para profundizar, entre otros, véase Picarella (2015), Picarella (2018, nota 117); Fajardo (2011); Wolkmer-Fagundes (2011).

13. El interés dedicado en estas Constituciones a la defensa del medioambiente y de la naturaleza, a menudo ha empujado a definir estos textos como ‘constituciones verdes’. A nivel más teórico, las disposiciones contenidas en materia en las cartas más recientes (Ecuador y Bolivia), parecen reanudarse a los preceptos de la Ecología Profunda (*Deep Ecology*), sobre los cuales se remite a Drengrson –Devall (2010); Devall – Sessions (1985), Drengrson-Inoue (1995).

generación y de sus implicaciones que, al sumergirse en el marco de reformas estructurales, llegan a ser constitucionalizados —como por ejemplo el derecho de Internet en México—, o convergen en resoluciones que personifican una defensa elocuente de las libertades individuales, como la reciente regulación colombiana sobre la eutanasia para niños y adolescentes.

Cuanto relatado, sin embargo, se contrapone a interesantes desviaciones observadas en términos de praxis políticas, ya que, si evidentemente estamos en frente a textos fruto de una inédita condensación y efervescencia democrática anhelantes una ruptura refundacional del sistema, a nivel de mecánica política se mueven por lo menos dos interesantes reflexiones.

El nuevo constitucionalismo latinoamericano alcanzó, sin duda, el punto de equilibrio entre el dualismo libertad/igualdad, entre activismo ciudadano y carácter ‘dirigente’ del texto constitucional, carácter este último que, asumiendo las equivocaciones procedentes del mismo¹⁴, nos parece útil para refutar la crítica anteriormente considerada en materia de rasgos antidemocráticos del neoconstitucionalismo, ya que estas constituciones, invirtiendo ampliamente en herramientas de participación, se conforman simultáneamente como programáticas y abiertas. Estos últimos elementos representan justamente el enlace para las reflexiones que se necesita plantear a nivel mecánico ya que, en primer lugar, se registra a nivel teórico-constitucional una fuerte antinomia que se articula en una complicada cohabitación entre las disposiciones ‘vanguardistas’ del nuevo constitucionalismo y la herencia político-cultural del pasado propia de los textos del constitucionalismo clásico, que decreta por lo tanto un difícil equilibrismo que se acopla, en segundo lugar, a las significativas ‘imperfecciones’ en la implementación de las disposiciones teóricas.

En efecto, el fascinante laboratorio de cosmovisiones y tradiciones ancestrales colisiona con una realidad política caracterizada por una fuerte polarización socio-política y fragmentación político-partidista, así como por una peligrosa antinomia en materia de *check and balance* debido a la ola reeleccionista de estos últimos años, que evidentemente provoca una alteración del juego democrático y fortalece dinámicas de hiper-presidencialismo y personalización del poder político e, igualmente, por una cre-

14. La expresión fue utilizada por Gomes Canotilho (2001) en referencia a la Constitución portuguesa de 1976 en consideración de la constitucionalidad unidimensional plasmada en la misma para sostener la transición al social-comunismo. Esta aclaración, nos parece fundamental para entender la equivocación del uso de esta palabra en referencia a los textos de América Latina, que se pueden definir dirigidos en consideración de la gran carga programática, pero, necesariamente tomando en cuenta la ausencia en los mismos tanto del sentido ‘socializante’ de la carta portuguesa, así como la presencia de una constitucionalidad sustantiva que, sin embargo, llega a un punto de equilibrio entre procedimiento y materialidad.

ciente matización de los límites entre poder político y judicial. Pues, si bien es cierto que en el gran abanico de mecanismos de democracia directo/participativa¹⁵ culminaba el total amparo de los ideales de pluralismo y, por ende, de una re-construcción democrática avivada a través de la consolidación de herramientas de involucración del activismo social —que, como ya destacado, ha brindado ejemplos interesantes de incidencia político/institucional— sin embargo, en una perspectiva estrictamente práctica, el alejamiento de las visiones teóricas se observa en la simultánea ecuación limitación desde arriba/contracción desde adentro¹⁶. Desviaciones que, en efecto, no solo debilitan significativamente el espíritu reconstituyente, pluralista e incluyente que permeó los procesos transformadores que llevaron a las nuevas constituciones latinoamericanas, sino que también cristalizan las preocupaciones iniciales de la doctrina más crítica, relativas a las dificultades de no quedarse como “derechos dormidos” (Gargarella, 2011, p. 96), es decir, en un nivel puramente simbólico.

En este sentido, la combinación y declinación socio-político-institucional de todas estas variables y, además, la intervención sobre las mismas de las conocidas problemáticas estructurales de la región, representan el punto de partida para una plausible explicación de estas complejidades, resultado, según nuestra opinión, de la grieta fatal de América Latina, es decir, la ausencia de verdaderas y profundas transformaciones orgánicas¹⁷ más aptas para acoger la inserción, y dilución, de la fórmula innovadora del nuevo constitucionalismo.

Conclusión

El conjunto de relevantes transformaciones brindadas por el nuevo ‘modelo’ de constitucionalismo de las democracias pluralistas, sintetizando la progresiva erosión

15. Parecidas disposiciones emergen de la lectura de los textos constitucionales por ejemplo en materia de referéndum, plebiscito, consultas populares, cabildos abiertos, revocatorias, iniciativa legislativa popular. Véase Picarella (2015); Lissidini-Welp-Zovatto (2008).

16. En efecto, en estos últimos años se han registrado numerosas controversias relativas al real y correcto uso de los mecanismos participativos, ya que, en ámbito teórico-institucional las principales controversias se refieren a la obligatoriedad o meno del cumplimiento de la decisión popular, de las cuales proceden tanto choques legales/financieros entre los niveles municipales, regionales, nacionales, como entre las mismas instituciones estatales (en este sentido, por ejemplo, el reciente enfrentamiento en Colombia entre el fallo del Consejo de Estado y la sentencia de la Corte Constitucional en materia de utilizo del mecanismo de la consulta popular para frenar proyectos de explotación mineras). En ámbito propiamente socio-político, las disfunciones se evidencian en consideración de la pérdida del elemento de participación como presión, o mejor, de la ‘institucionalización’ de esta última, cuyo resultado es una ineficaz ‘rutinización’ más fácilmente sometida a acciones de cooptación. Para profundizar, cfr. Picarella (2018, pp. 113 y ss.).

17. Es decir, en las palabras de Gargarella (2014), de la “sala de máquina de las constituciones”.

de las conceptualizaciones del juspositivismo, ha proyectado la inextricable asociación entre pluralismo, democracia, Estado constitucional, ya que, si la correlación entre los dos primeros términos se destaca en la madurez del sistema expresada por la colocación del pluralismo como pilar de la democracia, y por la correspondiente extraordinaria capacidad de propagación y de irradiación de la tutela del mismo por parte de la democracia, la intersección de ambos con el último término se condensa en la formulación de un estado constitucional como de “alusión a la comunidad política que asienta su premisa antropológico cultural en la dignidad humana —en el sentido de Immanuel Kant— y goza de un resultado organizacional que se manifiesta en la democracia pluralista” (Haberle, 2002, p. 62).

Esta perspectiva plasma totalmente el énfasis neoconstitucionalista, cuyas dimensiones teórico-procedimentales materializan estas interrelaciones, traducándose y ampliándose en el modelo nuevo-constitucionalista latinoamericano. La temporada neoconstitucionalista, tejiendo una densa red de garantías multiniveles de los derechos fundamentales, y moviéndose de estos al ámbito de las garantías constitucionales y de las interdependencias integracionistas, ha colocado en el centro de la atención la clásica tensión teórica entre *legal and political constitutionalism* (Bellamy, 2007), y convierte al pluralismo en el elemento calificativo de la efectividad de la constitución.

En el contexto latinoamericano, estas visiones alcanzarán un punto de expansión máximo, enraizándose en textos fruto de las luchas y del consenso social, dirigidos a la reconstrucción del espacio político-institucional, desencadenados tanto de las teorizaciones universalistas propias de la tradición europea, como de la herencia liberal monista, textos en los cuales el pluralismo encuentra su terreno fértil para los fines de una nueva redefinición de conceptos como plurinacionalismo y diversidad, interculturalidad e igualdad jurídica formal, identidad e integración, pluralismo y nuevos derechos.

Sin embargo, los incontestables logros conquistados en este sentido no pueden inducir en conclusiones enfáticas, ya que la declinación de estas cartas a nivel de mecánica política subraya significativas tensiones y desviaciones que configuran peligrosos escenarios involutivos pero, propiamente, el permanecer (y la alimentación) en la dimensión socio-política del ímpetu ‘conflictivo’ puede representar el factor clave para un despliegue, reiteradamente *bottom-up*, de un nuevo camino hacia una nueva apertura de las fronteras del constitucionalismo.

Referencias

- Aguilera, R. (2008). Estado constitucional, derechos fundamentales e interpretación constitucional. *Revista jurídica Iustita*, (18), 19-38.
- Bellamy, R. (2007). *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Carbonell, M. (2003). *Nuevos tiempos para el constitucionalismo*. Madrid: Trotta.
- Chiba, M. (1998). Other Phases of Legal Pluralism in the Contemporary World. *Ratio Juris*, 11(3), 228-245.
- Cruz, L. (2009). La constitución como orden de valores. Reflexiones en torno al neoconstitucionalismo. *Diakon*, 18, 11-31.
- Dahl, R. (1990). *La Poliarquía*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Dahl, R. (1991). *La Democracia y sus críticos*. Barcelona: Ediciones Paidós.
- De Sousa Santos, B. (1987). Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law. *Journal of Law and Society*, 14(3), 279-302.
- De Sousa Santos, B. (1991). *Estado, derecho y luchas sociales*. Bogotá: ILSA.
- Devall, B- Sessions, G. (1985). *Deep Ecology: living as if nature mattered*. Salt Lake City: Peregrine Smith Book.
- Drengson, A.; Inoue, Y. (Eds.) (1995). *The Deep Ecology Movement: An Introductory Anthology*. Berkeley: North Atlantic Books.
- Drengson, A.; Devall, B. (Eds.) (2010). *The Ecology of Wisdom: writings by Arne Naess*. Berkeley: Counterpoint.
- Fajardo, R. Y. (2011). El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. En C. Garavito (coord.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- Falk Moore, S. (1973). Law and social change: the semi-autonomous social field as an appropriate subject of study. *Law and Society Review*, 7(4), 719-746.
- Ferrajoli, L. (1990). *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Roma-Bari: Laterza.
- Ferrajoli, L. (2003). Pasado y futuro del Estado de Derecho. En M. Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta.
- Galston, W. (2005). *The Practice of Liberal Pluralism*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Gargarella, R. (2011). "Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina". En C. Rodríguez Garavito (Eds.). *El Derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico en del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo XXI.

- Gargarella, R. (2014). *La sala de máquinas de la Constitución*. Buenos Aires. Katz.
- Gil, R. (2011). El neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales. En *Quid Iuris*, (12), 43-61.
- Gomes Canotilho, J. J. (2001). *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador - Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. Portugal: Coimbra Editora.
- Häberle, P. (2002). *Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Madrid: Tecnos.
- Habermas, J. (1998). Lotta di riconoscimento nello Stato democratico di diritto. En C. Taylor et. al. *Multiculturalismo*. Milano: Feltrinelli.
- Lissidini, A.; Welp, Y.; Zovatto, D. (Eds.). (2008). *Democracia directa en América Latina*. Buenos Aires: Prometeo Libros.
- Martínez Dalmau, R.- Viciano Pastor, R. (2010). “¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?”. Ponencia presentada en el VIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional. Universidad Nacional Autónoma de México. Diciembre. Disponible en <http://www.ufff.br>
- Merry, S. E. (1988). Legal pluralism. *Law and Society Review*, 22(5), 869-896.
- Mouffe, C. (2007). *En torno a lo político*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Ortega, M.; Araújo, N.; Ochoa, N. (2014). Percepción de dos miradas con igual enfoque y diferentes perspectivas, desde Alexy y Zagrebelsky. *Advocatus*, 11(22), 153-164.
- Peces-Barba, G. (27 de noviembre de 2001). Pluralismo y laicidad en la democracia. *El País*. Recuperado de https://elpais.com/diario/2001/11/27/opinion/1006815608_850215.html
- Picarella, L. (2015). *Il pensiero europeo nel costituzionalismo latinoamericano. Una línea di lettura*. Soveria Mannelli: Rubbettino.
- Picarella, L. (2018). *Democracia: evolución de un paradigma. Una comparación entre Europa y América Latina*. Bogotá: Taurus-Penguin Random House.
- Popper, K. (1945). *La sociedad abierta y sus enemigos*. Londres: Routledge.
- Predieri, A. (1989). El constitucionalismo actual. Cuarenta años después de la Constitución italiana. *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, (1).
- Rawls, J. (1996). *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press.
- Sartori, G. (1999). *Partidos y sistemas de partidos*. Madrid: Alianza editorial.
- Sartori, G. (2001). *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*. Madrid: Grupo Santillana de Ediciones.

- Tamanaha, B. T. (1993). The Folly of the Scientific Concept of Legal Pluralism. *Journal of Law and Society*, 20(2), 192-217.
- Teubner, G. (1993). The Two faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism. En *Law Review*, 13, 1443-1462.
- Torres, J. (1994). *Globalización e interdisciplinariedad: el curriculum integrado*. Madrid: Ed. Morata.
- Touraine, A. (1998). *Libertà, uguaglianza, diversità*. Milano: Il Saggiatore.
- Valadés, D. (1994). *Estado Social de Derecho*. México: UNAM.
- Vanderlinden, J. (1989). Return to Legal Pluralism: Twenty Years Later. *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, (28), 149-157.
- Viciano Pastor, R.; Martínez Dalmau, R. (2010). Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano". En AA.VV., *El nuevo constitucionalismo en América Latina*. Quito: Corte Constitucional.
- Viciano Pastor, R.; Martínez Dalmau, R. (2011). Fundamentos teóricos y prácticos del nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Gaceta Constitucional*, (48), 307-328.
- Viciano Pastor, R.; Martínez Dalmau, R. (2013). La Constitución democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo. *El Otro Derecho*, (48), 63-84.
- Wolkmer, A.C.; Fagundes, L. M. (2011). Tendências Contemporâneas do Constitucionalismo Latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. *Revista Pensar*, Fortaleza, 16(2), 371-408.
- Zagrebelsky, G. (1992). *Il diritto mite*. Torino: Einaudi.

.....

Carmelo Nigro. Ph.D. in Philosophy of Law- Università degli Studi di Salerno. His current line of research concerns neo-institutionalism and legal pluralism in the framework of contemporary globalization. Among his works, an essay on Yan Thomas and the concept of *Fictio* in Roman Law, published in *Soft Power. Revista euro-americana de teoría e historia de la política y del derecho*, 4 (2) 2017; *Institucionalismo y pluralismo jurídico en los procesos de construcción de la paz a partir del caso colombiano*, published in *Cultura Latinoamericana. Revista de Estudios Inter-culturales* vol. 28/ n°2, 2018; *Sovranità al confine: Spazi e soggetti della contemporaneità*, soon to be published in G. Preterossi & L. Solidoro (eds.), *Diritti senza spazio?* Mimesis (Milano).

Contact: cnigro@unisa.it

.....

BUILDING THE LAW. WILL, NORM AND INSTITUTION AFTER MODERN AGE

Carmelo Nigro

Università degli Studi di Salerno

DOI: 10.17450/180210

Reception date: 27th August 2018; acceptance date: 18th September 2018. This article is the result of research activities held at the Dipartimento di Scienze giuridiche, Università degli Studi di Salerno.

Abstract

The paper deals with social and political changes of contemporary governance, highlighting how they involve practice and theory of law. The pluralization of agencies involved in global dynamics breeds a trend to fragmentation of political order granted by modern State, revealing how modern legal categories are too narrow to contain today normative practices. The idea of institution, thus, could be a quite elastic definition for the plurality of practices, historically labeled as law.

Keywords

Law, norm, governance, institution.

Resumen

El artículo profundiza en los cambios políticos y sociales de la gobernanza contemporánea y pone de manifiesto la manera en que estos envuelven la práctica y la teoría

del derecho. La pluralización de los *agency* comprometidos en las dinámicas globales provoca una tendencia a la fragmentación del orden político representado por el Estado moderno, y revela que las categorías del derecho moderno son demasiado estrechas para contener todas las prácticas normativas actuales. De ahí que la idea de institución pudiera ser una definición bastante elástica para enmarcar la pluralidad de prácticas históricamente consideradas como derecho.

Palabras clave

Ley, norma, gobierno, institución.

Introduction

In present day the social and political diversification is a massive source of interesting issues for legal scholars. New managerial structures – fixed in gradual levels – and supervisory control of behaviour, confronts with governmental stability while providing a new model of interactions among power, which is increasingly complex and decentralized. Clearly, this condition affects the juridical analysis in terms of a profound ambivalence, which is brought about through two likely options: how we should represent law today?

The primarily attempts to answer the question should be oriented toward a theoretical definition which visualizes a broader understanding of the phenomenon. Thus, the questions should rather be: what are we meaning by law? What do words like law, *droit*, *diritto* – and so on – stand for? About the human experience which we regard as juridical, how similar these are? Otherwise, when the perspective becomes factual and operative, the attention is stressed on the juridical trait of the rules.

Then, we should ask ourselves: what does the juridical trait convey? By what means can we recognize these binding rules (to which we must obey categorically)? How should we behave toward them? Act toward them? Or still, by what criteria do we follow, utilize or even contradict the rules? How could it be possible to identify the very juridical trait across which we come on a daily basis?

It should be clear by now: a resolution could not be led unless these questions affect one another. The idea behind the law modifies its operativeness as much as on the way around. In other words, as the law performs differently and, thus, is perceived differently so are the categories by which it is conceptualized.

In the current scenario of a gradual re-balance of stability, resulting in the grinding and decentralizing of power we face, anguish as they are, the categories of the modern age as opposed to the wide variety of normative practices. After being partially released from the influence of state legalism, the law has regained the older poietic trait which defined it in premodern experience (Grossi, 2011; 2015). On the other hand, however, it is no longer predictable, certain and recognizable as these were guaranteed by the state narrative at its best.

In this regard, then, this work is designed into various sections.

The first one would reconstruct the current social pattern in constant progress, by means of recovering that complexity which is presented toward scholars and observers of any discipline through the new intersections of power.

The following section, indeed, would resume the category of institution – conceived by Santi Romano – which is based on the attention to the disparate historical modes of the social domain.

Finally the last section would disassemble the organizational pattern – grounded in the institutional theory – into its founding elements: rule, decision and recognition.

Flows and spaces within the normative realm

The national dispositif, to Saskia Sassen, is but the assembly of three elements: territory, authority and rights. Because of the institutionalizations are complex, subdued by duels and appealing dynamics, after extended time and space, they would reassemble themselves in different patterns whose capabilities were distinctly developed one by one. Indeed, these thrived by each specific assemblage, have historically allowed the access to the sequent framework (Sassen, 2006). The capabilities do not result in binding consequences, rather they are historically defined by occasions which the author has described as turning point. Therefore they come from a progressive nature which overlooks the given premises and transforming it unexpectedly. Briefly, the centralization of power and authority which is related to the national assemblage did entangle with the feudal capacities. And on the other hand, the advanced denationalization implies administrative and organizational capacities that States have developed on the national age.

It is then important to understand how such capacities are able to reassemble the realm generated by the system of state-nation, and its consequent new framework: the denationalization.

How do these capacities reassemble the society described by the nation-state system and produce the new framework of the denationalization?

Sassen claims that the flows of capital, labor and information outline new spaces, overwriting traditional boundaries of the nation-states. The global cities, for instance, play the part of nodes in a cross-border network. That is partially autonomous from the internal dynamics of the states to which the individual cities belong. A global city works as hubs of coordination and control for high finance and global capital. A large cluster of highly specialized services and skilled workers, allows them to exercise functions otherwise unachievable (Sassen, 1994).

It is important to emphasize at the outset that, according to Sassen, a global city is senseless as a single entity: cities can manage global flows only as part of a intertwined circuit of metropolises. They are nodes with very similar characteristics and social dynamics which, going beyond State borders, produce a denationalized space. In short, global cities draw a new geography which is divergent and semi-autonomous from the political, social and even legal framework of nation.

We, then, seem to infer that the actors and their activity are of a great importance. Their increasing participation redresses the balance of power, in new institutional structures. The normative production is empowering its relation to private subjects any time more, meanwhile these create regulatory instruments to pursue specific needs. This energetic entity within private subjects – that is applied in producing rules – involves even formal and public institutions. In other words, States are increasingly conditioned, in their political and administrative legislative – and even judicial – choices, by practices and normative and tools set up in private sector. Rating agencies seem to be a clear example of such a linkage.

The great proliferation of standard contracts, as well as the arbitration judgement – and broadly speaking – the progressive contractualization of relationships, both at national and international, made some scholars reflect over a possible return of *lex mercatoria*. (Ferrarese, 2006). This is a specific field of rules, raised in Europe during the middle ages by the economic practices of the merchants. It was a trans-territorial normative regime, unchained to local authorities and body of law. The current market -like the one at the time of the middle age- seems to produce a separate and trans-national normative field, a *boundless law* (Ferrarese, 2006; 2012).

As a matter of fact, the rationale of interest comes up alongside, and sometimes exceeds, that of the rights. This complex and decentralized framework, produced by non-homogeneous authors and through different practices, moves away from the idea of government and evokes the idea of governance: a functional order not founded by formal legitimacy of a superordinate authority, but by a sharing of goals. According to the well-known definition of Rosenau:

[...] governance is not synonymous with government. Both refer to purposive behaviour, to goal-oriented activities, to systems of rule; but government suggests activities that are backed by formal authority, by police powers to insure the implementation of duly constituted policies, whereas governance refers to activities backed by shared goals that may or may not derive from legal and formally

prescribed responsibilities and that do not necessarily rely on police powers to overcome defiance and attain compliance. Governance, in other words, is a more encompassing phenomenon than government. It embraces governmental institutions, but it also subsumes informal, non-governmental mechanisms whereby those persons and organizations within its purview move ahead, satisfy their needs, and fulfil their wants (Rosenau, 1992, pp. 4-5).

However, governance and sovereignty entrain a adaptable relationship with each other. This two configurations are opposed but complementary, hinges of a power that moves and develops through their continuous inter-relationship. Thus the most suitable approach, when referring to these configurations, other than set up these two against each other, should detect and reveal the ways in which they are interrelated. (Tucci, 2012, p.7).

According to what just said, the hard law, centered on the binary legal / illegal and enforced with coercive power, is flanked by a soft law able to direct behaviors, persuading more than obliging, dissuading rather than forbidding, convincing more than punishing. Contractual means are increasingly preferred to the legislative instrument on both the realms of individuals relationships and the public.

In the first case, general clauses and standard contracts – produced by law firms for companies – end up regulating a huge number of relationships, often many times larger than that regulated by the laws of some States. Their sophisticated structure is the outcome of a “legal engineering”, and requires the knowledge of private hyper-specialized legal workers. Which become then capable of producing regulatory frameworks valid for a very large number of subjects, residing in the most disparate regions. Moreover they are often adopted by third parties, becoming standard regulatory instruments.

Even at international level, agreements and negotiations become a central pivot in weaving interconnection between States and governmental and non-governmental organizations. While ignoring the previous dividing lines (internal / external, national / international, public / private), what this *boundless law* does is, overwriting previous delimitations and differences and producing a network in which a supposed absence of hierarchies would allow the free participation of interested parties in pursuing their specific interests. In short, a structure of equal and reticular relationship characterized by the lexicon of interests and absolute freedom.

On the other hand, this structure is not without differences and superordinates: far from being a smooth space of equal opportunities, the network of global governance

has a very complex stratification, in which differences and possibilities are distributed on many levels. Borders do not actually disappear, but rather they are redistributed into new assemblages and geographies.

Indeed, the construction of spaces becomes the main node of governance technology. In this sense, even the modern category of citizenship, with its burden of universal image, is parceled out into specific subjectivities, which is the outcome of intersecting sovereignty, governmentality and discipline. This technology aims at producing suitable individuals for fulfilling the specific needs of neoliberal logic. Even though this discourse can be applied to every latitude, yet it appears particularly evident in some regions of the planet.

By means of analyzing the conditions of workers in the Southern East of Asia, Aiwaha Ong clarifies the functioning of this government technology. The concept of exception which Carl Schmitt placed at the origin of modern sovereignty (Schmitt, 1932) retains here a central role. However, in its traditional understanding exception was caught in its liminal space, as the pillar of political-judicial order because it was inferred as a foundational moment. But Ong identifies its productive presence constantly at work within the social organization, as a complex political device.

In its neo-liberal form, exception assumes a dual role: neoliberalism as an exception and exception to neoliberalism. The first one is an application of economic calculations in the management of populations and social spaces: by suspending democratic practices the neoliberal exception legitimizes political choices claiming their technical requirements. As a matter of fact, these decisions are removed from political discourse.

Vice versa, exceptions to neoliberalism can be invoked to create separate institutional enclosures in order to exclude certain populations which are often subjected to ferociously repressive sovereignty, these spaces still function within the economic rationale.

Even though these spaces serve the market, they exist outside the market. This criteria/dynamics, operates in both sense: it is as much an incremental device as a repressive one. For instance, exceptions to neoliberalism can debar part of a population from welfare, or instead it can guarantee exclusive protections and benefit. The neoliberal exception operates inside and across national boundaries, disjoining citizenship, to reassemble its component in specialized memberships.

This governmental device uses individual needs to produce 'docile bodies', steering populations to additional forms of life, or rather disciplining it through law enforcement. Citizens of same Country are submitted to different law regimes: even if citizenship formally don't disappear then, it is disassembled in a number of different and

temporary subjectivations. Citizenship still exists, but ever more as void form than a functional tool, overstretched by the actual set of right, bonds and memberships, born from what Ong calls sovereignty by intersection: an articulated framework in which companies, government and ONG lead the assembling of spaces and regimes. Special economic zones (SEZ) and special administrative regions (SAR), for instance, where Chinese government consolidates specific and different labor conditions, investments opportunity and markets.

Sovereignty then still exists, but as a part of this new framework it is a key for producing post development geography., created as a consequence of neoliberalism (Ong, 2006).

Whit Buddha is Hiding Ong (2003) had already highlighted, using Foucault's categories of *Homo oeconomicus* (Foucault 2004b) and governmentality, the practices processes of subjectivation / subjection to which Cambodian refugees in North America are subjected for acquiring citizenship. While refugees bend to a network of offices, welfare, vocational schools, hospitals and workplaces they reinvent it, building their own subjectivity as the result of a non-frontal resistance to a normative power. Subjectivity, in other words, is not played on an antithesis, but distributed, fragmented and constantly acted on the whole plan of social practice. The conscious assumption of the legal context of rights and obligations, implements a set of practices aimed at avoiding discipline. Nonetheless the disciplinary norm is recognized, adopted and bent to specific needs. Everything is played around the norm, through its use and its constant readjustment. Hence, norm is no more than an imposing device, which 'cuts' macro groups, creating stable memberships. Rather, it produces articulated, unstable and functionalized differences.

The sovereign does not disappear. Indeed, as we have seen, it is a fundamental element in neoliberal dynamics. Its presence, however, assumes unusual connotations, or hardly recognizable in the full modern experience: it is graduated.

According to Ong, graduated sovereignty is, the flexible administration of sovereign power, due to the modulation, by governments, of political spaces in behalf of the needs of global capital (Ong, 2006). These articulated framework rises from a combination of disciplinary, regulatory and pastoral devices, combined in relation to the needs of market. Unprofessional workers and migrants are governed through disciplinary techniques in productive areas, with the aim of "promoting both productivity and political stability, thus creating suitable conditions to global manufacturing. At the same time, highly skilled foreign workers and members of dominant ethnic elites, in different regions, are regulated in a lighter way, through a pastoral care (Foucault, 2004a; 2004b)

Two meanings of norm, thus coexists in this framework: from one hand norm is here a behavioural normalization, according to Foucault's theories; on the other hand norm can still be read, in the typical contest of legal language, as normativity, i.e. a binary criterion of the permit / forbidden.

Normalization is accompanied by the proliferation of legislative activity, which is demonstrated by the anthropological studies of Ong, and allows this standardization. The normative language is ramified, finding in the effectiveness a new effervescence. According to Cassese "le metamorfosi del diritto non vanno nel senso della sua fine, bensì in direzione opposta" (Cassese, 2009, p. 29).

However, this widespread and productive distribution and sharing of normative power, and the resulting organizational polymorphism, are not unusual in the history of law. Among others, Paolo Grossi reconstructs the complexity of medieval experience as coexistence and mutual interdependence of legal systems of different inspiration and structure. During this period the development of law in European political and social space has continuously produced disparate institutional forms, in a highly articulated overlap and interdependence: from *iura propria*, developed in the early centuries by notaries and local scholars, to *ius commune* of the most mature eras, born in the cradles of the universities and developed as a dialogue between learned and refined scholars; from the *ius usus feudorum* to *lex mercatoria*, a specific right arising from the commercial practice (Grossi, 2011). The medieval epoch shows how the juridical categories of modernity – mythologies, as Grossi calls them (Grossi, 2007; Romano, 1947) –, born from the monolithic and vertical structure of the State *eidos*, are too narrow to contain the actual phenomenon of law. Faced with the contemporary development mentioned here, Grossi speaks about a "return to law" (Grossi, 2015), meaning a restored creativity of law, a new trend to innovative tools and solutions to social problems.

The concept of Institution

Grossi suggests that Santi Romano's institutionalism is a doable analytical key to these diachronic and synchronic polymorphism. Indeed, Romano's consideration rose during the first half of the last century, in another time of crisis for the modern State, as we shall define it (Romano, 1910). The author was able to detect those years events with realistic attitude and accuracy, as Alfonso Catania wrote (Catania, 2006, p. 117). Facing these realistic view, the smooth body of the nation progressively returns to his complexity.

Therefore the value of these approach is, above all, methodological, and lies in the dispositions to detect positive developments, looking at the present without ideological or theoretical preconception.

According to Capograssi, this is a method based on pure observation and inventory (Capograssi, 1959), in the social domain the fact of law is visible as social order: *ubi societas, ibi ius, and ubi ius, ibi societas* (Romano, 1917, p. 26). The attention is particularly paid to the juridical reality in its complex, and this actuality unties the bound between law and sovereignty. With the words of the author:

Hanno torto e ragione nel medesimo tempo coloro che credono la sovranità requisito essenziale dello Stato e quelli che ammettono l'esistenza di Stati non sovrani: ambedue queste proposizioni sono vere, ma come soluzioni di distinti problemi, ciascuno dei quali è a porsi per un dato ordinamento. E per l'ordinamento statale, lo Stato è sempre sovrano (Romano, 1946, p. 71).

The sovereignty is revealed as the main characteristic of a specific kind of law: the paradigm of sovereign state, not of Law in general. The capability to express a single will and the possibility to resemble a strongly centralized power – able to conform to the common good – result in a contingent outcome of a very specific type of configuration. The sovereign law is a configuration historically given, made by fine and magnificent juridical devices (Romano, 1910).

The primary issue still demands to comprehend this organized unity, finding the source of its order. Indeed, once rejecting both norm and decision, the fact of institutional order leans on nothing. In light of said condition, by providing the concept of *ius involontarium* Romano attempts to create distance between norm and organization, and to disable the element of decision. Despite his endeavour, he offers, instead, a purely negative definition: through the *ius involontarium* we are only aware of what law is not: will.

Once more, Capograssi is of avail in detecting the series of issues left behind by the previous approach:

L'organizzazione, certo. Ma come e perché l'organizzazione dura, e dura anche qui non come mero fatto, ma pretende di durare, s'impone come necessità di durare, si impone perfino, si osa dire, a coloro che l'hanno promossa, trascende per così dire i suoi autori? Che strana realtà è insomma questa che non solo c'è, ma pretende di esserci, pretende di essere rispettata, di non essere violata, di imporsi come una necessità superiore alle mobili volontà dei soggetti? (Capograssi, 1959, p. 250).

Organization as an empirical and observable fact indeed, represent for Capograssi an amazing intuition: in the depth of reality lies something that is both law and the

source of law: “[...] che è diritto e da cui nasce il diritto” (Capograssi, 1959, p. 250). Still, this intuition is not suitable enough to solve the enigma of juridical order. Rather, by demanding great focus on the fact, issues are multiplied: what is this order? How does the fact -in its immediate disorder- become order?

Due to its being an analytical tool, order unbound the investigation from the need to detect a punctual origin of law. On the other hand, the aftermath neutralizes any institutional process. Therefore the institution transmutes in an ever-given order and, in this irenic view, law appears just as an assumed fact.

Romano’s institutionalism has the avail of redirecting the attention towards those aspects which underlines the contiguity between norms and citizens/actors, opening the label law to a cluster of social experiences, which would be otherwise hard to define (Catania, 2006; 2008). This explanation involves massive costs, neglecting in the end the basic ambivalence of juridical law, which is simultaneously endurance/stable and movement, agency and goal.

According to Bobbio, it is still trusty that plurality is a *condicio sine qua non* for conflict (Bobbio, 2007, p. 153); but in Romano’s institutionalism conflict remains between institutions, or rather is exiled, as an hypothesis or a risk to avoid. No tenseness is registered inside institutions. The conflict which crosses the order –allowing it – is simply neglected. Due to this, Romano is able to reduce the role of norms, designing them as *system’s chess-pawns* (Romano, 1917): by ignoring the *Polemos* that lies in the main core of institutional order, norm can be easily hidden by the mere fact of organization. Indeed, the word institution in Romano’s conceptualization an unsolved ambiguity:

Per un verso la parola chiave organizzazione non viene mai chiaramente definita; ora il diritto viene definito come ‘organizzazione’, cioè risolto totalmente in un’altra entità, [...] ora l’organizzazione viene considerata come ‘lo scopo caratteristico del diritto’. Ma se l’organizzazione non è il diritto ma lo scopo del diritto, che cosa è allora il diritto? (Bobbio, 2007, p. 147).

Conflict can’t be ignored, if we want a complete understanding of the actual functioning on institutional fact. Indeed, it has to be considered as a structural element of juridical order.

In conclusion, if it is true that the Law can be empirically detected as a firm institution – by Romano’s assertion –, we cannot interrupt the analysis based on the outer framework of the give fact. The tie between order and law is not a plain element, but a composite structure; an outcome rather than a pure essence. The fact of law is not

given, but a dynamic and contingent outcome which is made by a complex set of agencies, actors and proceedings.

Conclusions

The word institution itself preserves an internal ambivalence, meaning at the same time both a proceeding (to institute) and an outcome (instituted order). It reminds to a visible fact - the given organization - and yet is a perpetual work in progress: it is both a framework for individual actions, and an ever transactional outcome, produced by those actions. Both sides are united in a continuum of dynamism and durability.

That is why the element of will spans and sustains the entire juridical system (Catania, 2008). Indeed, law does not simply confer power, but it is founded on power conferring. Obviously, the sense of this powers is all within the juridical framework: a juridical power is the possibility to change the framework (the law) in which the actors play.

The void of will – suggested by *ius involontarium* – is conceivable as long as we mean it as the undetectability of decision, for it is melted in the entire institution, at any level: *ius* could be described as *involontarium* only if we mean it is impossible (or at least unsatisfactory) to identify an exclusive source of decision. I.e. if with it we mean a departure from the modern claim, *reductio ad unum*.

Through its being a human fact – i.e. an artificial creation – the institutional order is indeed deeply tied to voluntary actions. The will is thus the agent of development of institutional life, and its existence could be understood as an obliquus presence within the entire juridical order.

That is why Hart's theory should be read as an hypothetical reply to institutionalism weaknesses (Bobbio, 2007). Hart's secondary legal rules can explain the fact of organization, linking it to agencies and actor's choices. The actual functioning of this poietic power relies on a communicative tool: the norm. Decision can't be a solipsistic element, it makes sense – is effective – only in a public domain. It must be expressed in a knowable – and so formalized – way. For the purpose to leave the absolute individual domain, actions and decisions ought to be communicated and received. Norm is hence the formal element required by law, the crystallization of a will which guarantees its effectiveness. Only through this formalization, decisions could become criteria for future behaviors, producing any institutional framework.

References

- Bobbio, N. (2007). *Dalla struttura alla funzione, Nuovi studi di teoria del diritto*. Roma-Bari: Laterza.
- Capograssi, G. (1959). L'ultimo libro di Santi Romano. In G. Capograssi (ed.) *Opere*, V (pp. 223-267). Milano: Giuffrè.
- Catania, A. (2006) Formalismo e realismo nel pensiero di Santi Romano. In A. Catania (ed.) *Teoria e filosofia del diritto. Temi. Problemi. Figure* (pp. 111-120). Torino: Giappichelli.
- Catania, A. (2008). *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell'età globale*. Roma-Bari: Laterza.
- Cassese, S. (2009). Eclissi o rinascita del diritto? In P. Rossi (ed.). *Fine del diritto?* Bologna: Il Mulino.
- Foucault, M. (2004a). *Sécurité, Territoire, Population. Course au Collège de France 1977-1978*. Seuil: Gallimard.
- Foucault, M. (2004b). *Naissance de la Biopolitique. Course au Collège de France 1978-1979*. Seuil: Gallimard.
- Grossi, P. (2007). *Mitologie giuridiche della Modernità*. Milano: Giuffrè.
- Grossi, P. (2011). *L'ordine giuridico medievale*. Roma-Bari: Laterza.
- Grossi, P. (2015). *Ritorno al diritto*. Roma-Bari: Laterza.
- Ferrarese, M.R. (2006). *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*. Roma-Bari: Laterza.
- Ferrarese, M.R. (2012). *Prima lezione di diritto globale*. Roma-Bari: Laterza.
- Ong, A. (2003). *Buddha is hiding: refugees, citizenships, the New America*. Berkeley-Los Angeles: University of California Press.
- Ong, A. (2006). *Neoliberalism as exception. Mutations in Citizenship and Sovereignty*. Durham-London: Duke University Press.
- Romano, S. (1910). *Lo Stato moderno e la sua crisi*. Pisa: Vannucchi.
- Romano, S. (1917). *L'ordinamento giuridico. Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto*. Pisa: Mariotti.
- Romano, S. (1946). *Principii di diritto costituzionale*. Milano: Giuffrè.
- Romano, S. (1947) Mitologia Giuridica, In S. Romano (ed.), *Frammenti di un dizionario giuridico*, (pp. 127-134). Milano: Giuffrè.

- Rosenau, J.N. (1992). Governance, Order and Change in World Politics. In J. N. Rosenau & E.O. Czempiel (Eds.), *Governance without Government: Order and Change in World Politics* (pp. 1-29). Cambridge: Cambridge University Press.
- Sassen, S. (1994). *Cities in a World Economy*. USA-London-New Dehli: Pine Forge Press.
- Sassen, S. (2006). *Territory, authority, rights. From Medieval to Global Assemblages*. Princeton: Princeton University Press.
- Schmitt, C. (1932). *Der Begriff des Politischen*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Tucci, A. (2012). *Immagini del diritto. Tra fattualità istituzionalistica e agency*. Torino: Giappichelli.

ARTÍCULOS

Aránzazu Novales Alquézar. Associate Professor of Legal Philosophy at “Departamento de Derecho Penal, Filosofía del Derecho e Historia del Derecho, Universidad de Zaragoza”. Her research interests and specialization includes Equality and Anti-discrimination Policies, Law Family, Legal Philosophy, Comparative Law and Moral Philosophy, that are collected in four books and numerous essays and articles published in the most important European and American Scientific Journal as *Revista Jurídica del Notariado*, *Revista Chilena de Derecho*, *Thémata*, *Revista de Filosofía y Aequalitas*, *Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres* and numerous editorial in Springer, Thomson Reuters Aranzadi y Comares and others.
Contact: anovales@unizar.es

GENDER EQUALITY, RIGHT TO LIFE AND PRATICAL REASON: WHAT ABOUT THE FROZEN EMBRYOS?

Aránzazu Novales Alquézar

Universidad de Zaragoza, Spain

DOI:10.17450/180211

Reception date: 7th August 2018; acceptance date: 8th September 2018. This article is the result of research activities held at the “Departamento de Derecho Penal, Filosofía del Derecho e Historia del Derecho, Universidad de Zaragoza”.

Abstract

The rapid evolution of Assisted Reproduction Techniques (ART) in a few years is generating a multitude of ethical and legal problems that do not give time to resolve. Also, the use of some of these techniques, such as *in vitro* fertilization (IVF), has caused the accumulation of millions of surplus embryos, which remains frozen in the Assisted Reproduction Clinics distributed throughout the world. It seems compulsory, from the point of view of practical reason, to analyze the justice of some decisions of the ECHR on assisted reproduction, in which the right to life of frozen embryos, as potential future persons, unable of defending their rights by themselves, and whose vulnerability is even greater than that of the nasciturus, comes into collision with other values, ideas or rights, and attending, both to the arguments used by the majority and dissenting votes, and to those handled by the main working groups of the EU in this matter.

Keywords

Philosophy of Law, Assisted Reproduction, frozen embryos, right to life, European Court of Human Rights

Resumen

La rápida evolución de las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) en muy pocos años está generando multitud de problemas éticos y jurídicos que no da tiempo a resolver. Asimismo, el uso de algunas de estas técnicas, como la Fecundación *in vitro* (FIV), ha ocasionado la acumulación de millones de embriones sobrantes, que se encuentran, congelados, en las Clínicas de Reproducción Asistida distribuidas por todo el mundo. Parece obligatorio, desde el punto de vista de la razón práctica, analizar la justicia de algunas sentencias de la CEDH sobre reproducción asistida, en que el derecho a la vida de los embriones congelados, como potenciales personas futuras, incapaces de defender sus derechos por sí mismos, y cuya vulnerabilidad es todavía mayor que la de los *nasciturus*, entra en colisión con otros valores, ideas o derechos, y atendiendo, tanto a los argumentos utilizados por los votos mayoritarios y discrepantes, como a los manejados por los principales grupos de trabajo de la UE en esta materia.

Palabras clave

Filosofía del Derecho, Reproducción asistida, embriones congelados, derecho a la vida, Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Introduction

The first interest of every child (I am including everyone who in the future will end up being a child) is to be born¹. Of course, in the case of frozen embryos in assisted reproduction processes, this interest is stuck with the legal obstacle of the requirements that civil law requires to be a person in a legal sense because only people are holders of subjective rights. But the correct use of the legal technique cannot lead to the disregard of the interests and rights of the more than one million frozen embryos scattered throughout Europe, which, in my opinion, has a lot to do with the legal and technical concept of the child's best interest, since his first interest, which is doubtful, is to be born (Novales Alquézar, 2017), particularly if we start from the assumption that Europe defends life.

Beginning from the proposition that frozen embryos are, at least, future potential persons totally incapable of defending their rights by themselves, and before the real fact of the existence of the high and growing number² of frozen embryos in the European assisted reproduction clinics whose interests they seem not to matter and whose vulnerability is extreme (much more, for obvious reasons than those of the *nasciturus* in general), it seems obligatory to raise issues of justice in relation to practical reason when their right to life comes into collision with other values, ideas or rights.

Different Uses of Pratical Reason

Since judicial work cannot be subtracted from practical reason, we should differentiate, first, the different uses of it, if we are going to talk about the ECHR jurisprudence on frozen embryos, starting from the formal and academic sense of practical reason in Kant.

Among the uses of practical reason, we must distinguish: a) *technical* or *instrumental* use; b) *rational* use and c) moral use of practical reason. The *instrumental* use would

1. Cfr. Corral Tallaciani's Blog, *Niños en desamparo*, Posted tagged 'caso Parrillo con Italia', 6 de septiembre de 2015. In this article of this interesting blog, Corral Talciani criticizes the protection of the conceived of the Inter-American Court of Human Rights analyzing various sentences, on the basis that "Estos diminutos seres humanos, como se comprenderá, están en situación de extrema vulnerabilidad y debieran merecer una especial tutela jurídica, sobre todo por las Cortes que tienen por misión la vigencia y aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos", available at <https://viva-chile.cl/2015/09/ninos-en-desamparo/>

2. Although it is true that, with a single frozen embryo that was, the reflections that are raised in this analysis, from the *iustphilosophical* point of view, would be the same.

consist in the determination of the ends to look for, then the means to realize them. The example would be David Hume's classic: there are no rational reasons to prefer damaging a finger to the destruction of the world, since everything depends on the goal we set.

Nevertheless, there are rational reasons to prefer damaging a finger over the destruction of the world from the second use of practical reason, which is the pragmatic or prudential, because Kant presupposes in all people the end of their own happiness (very according to Aristotle). To oppose, then, practical reason to the pursuit of one's happiness is, therefore, an absurdity.

Let us keep now in a variable of Hume's example. We already said that it is perfectly rational -from the prudential point of view- to prefer to damage a finger to the destruction of the world, because, without a finger we can certainly still achieve our happiness, something that is not possible without the existence of our planet. But what prudential reasons do we have to choose to damage a finger to the destruction of a distant country, or to the destruction of all frozen all over the world embryos if, we assume, this will not have repercussions for our lives?

The answer can only be given from the plane of a new use of practical reason, and therefore, from the highest and strictly rational: the moral use, which subjugates the end of our own happiness to that of morality, which demands of us to put us as an end in itself humanity in all people; that is, the same capacity that others have to seek their own happiness.

Thus, ends (and means) that put other values or ideas before life can be perfectly rational in an instrumental sense, but they are clearly irrational behavior from the perspective, not only moral but, in many cases³, also prudential.

The Right to Life and to Physical and Psychological Integrity of Embryos in Assisted Reproduction

The right to life in the context of ART is usually assimilated to the right that the product of conception has to be born. However, this limits the right to life to only one of its manifestations (Gumucio Schönthaler, 1997, p. 108), being excluded, both the aspect of conservation and protection of the substantial activity of the embryo or fetus in its life before birth, as the one referred to the child once produced the birth.

3. Not in others, because I am sure that a lot of people do not care and can be perfectly happy ignoring the fate of the more than one million frozen embryos that remain in European assisted reproduction clinics.

Specifically, the life of the fetus or embryo before birth (we do not talk about life “intrauterine” because some moments of this phase of pregnancy can occur outside the mother’s womb), can be violated in several practices of ART. In general, the fact of using the technique of *in vitro* fertilization does not violate, in itself, the right to life of the fetus or embryo, because the embryos that will be implanted will be, as happens when pregnancy is given by means natural, those that survive, or some of them⁴. In any case, the status of person is attributed to the embryo but only after the first 14 days of gestation⁵.

On the one hand, the technique that can affect the right to life and physical and mental integrity is the Preimplantation Genetic Diagnosis of the embryo (PGD) when the use of this technique is caused by, not medical reasons (avoid, for example, the transmission of a disease such as hemophilia linked to a certain sex) but more selfish interests such as choosing, simply, the sex of the embryo⁶. Or rather, pondering the interest that the child is born without diseases (or other situations in which the PGD is medically indicated) with the minimum but certain risks, derived from the manipulation of the embryos⁷, prudence and justice require preferring to procure healthy children but, outside of this case, do not convert the DGP into a widespread practice in people who come to Assisted Fertilization.

The techniques of freezing remaining embryos can also affect their rights to life and physical and psychological integrity. The cryopreservation of embryos obtained fundamentally through *in vitro* fertilization, in embryo banks in order to preserve them for a new implantation in the same woman, when the result of the first implantation failed, or in another, when the figure of surrogate motherhood is used, or simply for research purposes, or for a post-mortem implantation, leads to a logical result: after a maximum time, which in the various legislations goes from one and up to 5 years, or up to 10 years, the embryos do not “used” must be defrosted, a process that implies a high risk of

4. In this regard, it should be remembered that the Assisted Reproduction Clinics usually offer the service of letting go, instead of 2 or 3 days from fertilization, 4 or 5 days, in order to implant or freeze the embryos that have reached state of blastocyst (that is, they are either “more alive” or “alive, with greater security” than those who have only struggled to live 2 days), similar to what happens in a natural pregnancy, since those frozen in the blastocyst stage have developed more cells (in 4 or 5 days of culture) than the previous ones. In short, we are talking about “life in evolution” or “development of human life”, and the primacy of the human being as it is included in several international instruments on the subject.

5. According to this position, the embryo of less than 14 days from the moment of gestation is called “pre-embryo”, concept collected in various texts, e.g., Report Warnock Commission in England, Benda Commission, Germany, in Recommendation 1046 of the Council of Europe and the Spanish law on TRA.

6. Not in vain, in most countries, England, Spain, etc. the general use of the DGP is prohibited, when there is no important reason to use it (e.g., article 12 of Spanish Law 14/2006 of May 26, which indicates when a PGD cycle is allowed).

7. There is no doubt that DGP is an aggressive genetic analysis technique that requires extracting one or two cells from the embryo to analyze them genetically, which implies the manipulation of the embryo.

mortality, ranging from 20 to 40% (Gafo, 1986, p. 20).

In relation to the right to physical and mental integrity, and consequently to the position stated in the previous point, if it is held that there is life and, therefore, we are before a person from the moment of conception⁸, then any manipulation, that is to say, any action that is carried out on the embryos or their cells (Junquera De Estéfani, 1998, p. 99), could be, potentially at least, an attempt against this right. It is not relevant at this point to distinguish whether the embryo was already implanted in the woman or is frozen, because, in any case, life is not suspended even at -196.5° C (Gafo, 1986, p. 20). And besides that this possibility of future life is not suspended, “person to be born” is someone who will exist in the future as a human being. Legally there is a person because naturally there is a man or a woman. This, from the point of view of Philosophical Anthropology, is incontestable. This is the question: Someone who has arrived, who will come to have a human life: “Was not he/she human when he/she was frozen in nitrogen?” Moreover, if was not a human being, “what is alive and frozen, so?”⁹. I conclude that it¹⁰ was a human being and that we are talking about “life in evolution” or “development of human life” (especially in frozen embryos in the blastocyst stage) and all the Conventions applicable to the subject are based on the primacy of human being.

At the European level, the question of the nature and status of the embryo and / or the fetus is not subject to consensus, as shown in the Report of the Working Group on the protection of the human embryo and fetus: the protection of the human embryo *in vitro* of 2003¹¹ and the European Group of Ethics of sciences and new technologies in the European Commission¹², even if they appear to appear elements of protection of

8. In any case, this issue of whether or not we are before a person creates difficulties in the jurisprudential argumentation. For example, in the ECHR Sentence (Grand Chamber) of 8 July 2004, *Case Vo v. France*, the Court was “convinced that it is neither desirable, nor even possible as matters stand, to answer in the abstract the question whether the unborn child is a person for the purposes of Article 2 of the Convention (“personne” in the French text)”.

9. This is particularly clear in embryos that have been frozen in the blastocyst state. A blastocyst is an embryo of complex cellular structure, formed by approximately 200 cells, and which has remained in culture during 4 or 5 days at least before freezing. The morphological characteristics of a blastocyst are: a cavity (blastocèle) and the differentiation between two cellular structures, the internal cell mass (which will give rise to the future embryo) and the trophoectoderm (which will give rise to the placental structures).

10. I'd rather should say “he/she” instead of it.

11. Although it shows a broad consensus on the need for protection of the *in vitro* embryo by insisting this Report that: “However, even in the absence of agreement on the status of the embryo, consideration could be given to reexamining certain issues in the light of the recent developments in the biomedical field and potential therapeutic advances. In this context, while recognizing and respecting the fundamental options of the different countries, it seems possible and desirable - in view of the need to protect the *in vitro* embryo recognized by all countries - to identify common approaches to guarantee adequate conditions of application of the procedures that involve the constitution and use of *in vitro* embryos. This report wants to be an aid for reflection towards this objective”.

12. This group issued the following opinion on the ethical aspects of research involving the use of human embryos in the context of the 5th research framework program (November 23, 1998) in which, “even recognizing the lack of a definition in Europe consensus, neither scientific nor legal, about the beginnings of life, and confirming the existen-

fetuses and embryos, in view of the scientific progresses and the future consequences of the investigation about genetic manipulations, medically assisted procreation or experiments in embryos. All the most can be found as a common denominator of the States the belonging of the embryos to the human species; it is the potentiality of this being and its ability to become a person protected by civil law in a large number of States¹³, which must be protected in the name of human dignity without thereby making him or her a “person” who would have a “right to life” within the meaning of Article 2 of the ECHR¹⁴. But a principle of legal logic requires the right to life to be absolutely protected or not protected, because the intermediate positions have no consistency and neither do they make sense, from a philosophical point of view, if we speak of human dignity.

The Convention for the protection of Human Rights and the Dignity of the Human Being in relation to the applications of medicine in force since December 1, 1999, has the purpose of protecting the human being in his/her dignity and identity and guaranteeing all person, without discrimination, respect for their integrity and their other fundamental rights and freedoms in relation to the applications of biology and medicine. It protects the dignity of every person even before birth and its main concern is to avoid that any form of investigation or intervention can be undertaken in violation of the dignity and identity of the human being. It also does not define the term “person” and

ce of two major, opposite conceptions, on whether the embryo enjoys or not the moral status of every human being and whether or not it should benefit from legal protection unlimited in a debate that is far from being closed, states are referred to resolve on this issue but remembering that Article 18 of the Convention stipulates in its first paragraph: when the law admits research on *in vitro* embryos, the Law guarantees adequate protection of the embryo (...) ». “Diversity of points of view: The diversity of points of view regarding the morally acceptable or not character of research on human embryos *in vitro* shows divergences between ethical principles, philosophical conceptions and national traditions. This diversity is at the very base of European culture. Two main approaches are opposed: the deontological approach that wants our duties and our principles to condition the purpose and consequences of our actions and the utilitarian or “teleological” approach that implies that human actions are evaluated according to the means and goals that are pursued (or consequences). (...). *The group issues the following opinion:* To begin with, it seems fundamental to remember that the progress of knowledge in the life sciences, which has an ethical value in itself, could not prevail over the fundamental rights of man and respect due to all the members of the human family. The human embryo, whatever the moral or legal status recognized by different cultures and the different ethical approaches underway in Europe, deserves the protection of the Law. When there is a *continuum* of human life, this protection must be reinforced in accordance with the development of the embryo and the fetus. The Treaty of the Union, which does not provide for Community legislative competence in the fields of research and medicine, implies that such protection belongs to national legislation (as is also the case of medically assisted procreation and voluntary termination of pregnancy). However, it is also true that the Community authorities must be concerned about the ethical issues raised by medical or research practices that affect the beginnings of human life”. 13. As in France in terms of succession or donations, and also in the United Kingdom. Cfr. ECHR Sentence (Grand Chamber) of July 8, 2004, Case *Vo against France*.

14. In Civil law, this means specifically that before birth, the unborn child does not have the capacity to initiate a reparation action or make use of other jurisdictional remedies due to a loss or damage suffered *in utero*, and that cannot be presented in its name any complaint (Case *Paton v. British Pregnancy Advisory Service Trustees* ([1979] QB 276). Efforts have been made in these matters to convince the court invoked that according to the law of successions, the unborn child may be considered “born” or “person in being” from the moment his/her interests demand it. However, the *Burton* case confirms that this principle is equally subordinated to the condition that he/she is born alive ([1993] QB 204, 227).

distinguishes between “person” and “human being”, which states the primacy in Article 2 in these terms: “The interest and well-being of the human being must prevail over the interest of society or of science». Regarding the problem of the definition of the term “person”, the Explanatory Report of the Legal Affairs Directorate of the Council of Europe indicates, in paragraph 18, that “in the absence of unanimity among the Member States of the Council of Europe on the definition of these terms, it has been agreed to let the internal legislations provide the pertinent clarifications for the purposes of the application of this Convention”¹⁵.

Moreover, in this Convention there are undoubtedly provisions regarding the pre-birth phase¹⁶. It is interesting to note that this Tribunal can be called upon (in application of Article 29 of the Convention) to issue advisory opinions on legal issues related to its interpretation. The contracting states have not provided for any restriction on this power, so as limit the High Court’s jurisdiction to matters relating only to events that occur after birth.

Thus, the Oviedo Convention does not give a definition of the human being, whose dignity, identity, primacy, interest and good consecrates. Also it does not speak of the beginning of life. The same applies to the Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine on the prohibition of cloning of human beings of January 12, 1998, which prohibits human cloning and the draft Protocol on biomedical research, that do not give a concept of human being¹⁷.

Likewise, the Report of the Working Group on the protection of the human embryo and fetus of the Steering Committee for Bioethics: the protection of the human embryo *in vitro* (2003) is of interest at a European level¹⁸.

15. Cfr. Article 1 (sections 16 to 19) of the Explanatory Report of this Oviedo Convention on Human Rights and Biomedicine.

16. Cfr. for example, Chapter IV on “Human Genome”.

17. However, as Article 2 of the latter Protocol on biomedical research states that: “This Protocol shall apply to all research activities in the field of health that involve an intervention on the human being. The Protocol will not apply to research on *in vitro* embryos. It will be applied to research on fetuses and embryos *in vivo*”. Therefore, it is not clear if the protection of frozen embryos, which are alive but not yet in the mother’s womb, is included. But, in any case, Article 4 insists in the primacy of the human being: “The interest and well-being of the human being who participates in an investigation must prevail over the interest of society or science”.

18. “This report aims to present an overview of the current positions in Europe on the protection of the human *in vitro* embryo and the arguments that serve as a basis. It shows a broad consensus on the need for *in vitro* embryo protection. However, the definition of the status of the embryo remains a field where fundamental differences are found that rest on strong arguments. These divergences are, to a large extent, the origin of those found on the issues that refer to the protection of the *in vitro* embryo. However, even in the absence of agreement on the status of the embryo, consideration could be given to re-examining certain issues in the light of recent developments in the biomedical field and potential therapeutic advances. In this context, while recognizing and respecting the fundamental options of the different countries, it seems possible and desirable -in view of the need to protect the *in vitro* embryo recognized by all countries- to identify common approaches to guarantee adequate conditions of application of the procedures that involve the constitution and use of *in vitro* embryos. This report wants to be an aid for reflection towards this objective”.

In the framework of Comparative Law, it is a fact that countries with strong religious traditions protect fetuses and embryos more than others. To give an example, in most of the Member States of the Council of Europe, the incrimination of involuntary manslaughter does not apply to the fetus. However, three countries have opted for specific incriminations. In Italy, Article 17 of the Law n. 194, May 22, 1978, on abortion, provides for a prison sentence of three months to two years against anyone who causes a termination of pregnancy due to imprudence¹⁹. In Spain, Article 157 of the Criminal Code provides for an offense relating to damage caused to a fetus and Article 146 punishes abortion caused by a “serious imprudence”. In Turkey, Article 456 of the Criminal Code provides that anyone who unintentionally causes harm to anyone will be punished by a penalty of six months to one year in prison; if the victim is a pregnant woman and the damage causes a premature birth, the Penal Code provides for a penalty of two to five years in prison.

In short, it is important not to forget that life is one of the values, if not the main one, of the Convention²⁰ and the Jurisprudence set up by the concrete decisions of the ECHR during these first two decades of the 21st century, it contains interesting arguments about the position of Europe in relation to the protection of the life of the “unborn child”, most of which is in favor of protection. Of special interest are the Opinions Dissenting from the Judgments of the Court of Strasbourg that refer to this subject:

Thus, for example, in the ECHR Sentence (Grand Chamber) of July 8, 2004 in the *Case Vo against France*²¹, although the majority vote of the Court concluded that Article 2 of the Convention had not been violated for a procedural reason and, therefore, it was not necessary to say whether Article 2 was applicable, in a case in which a pregnancy of almost six months had been interrupted against the will of the mother due to a fault committed by a doctor, this sentence contained also discrepant Opinions with important reasoning's. The separate opinion of Judge Costa to which Judge Traja joined, explained how the ECHR had already shown that Article 2 is applicable to unborn life. Therefore, he added: “3. I voted in favour of finding no violation of Article 2, but would have preferred the Court to hold that Article 2 was applicable, even if such a conclusion is not self-evident”²². In fact, he said: “Indeed, it seems to me that the Commission and

19. This ironclad defense of life that makes the “Bel Paese” is also observed, in another issue, in the ECHR Sentence *Parrillo against Italy* of August 27, 2015, to which I will refer later.

20. Cfr. Sentence *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany* of 22 March 2001, *Repertoire of judgments and resolutions* 2001-II, aps. 92-94 and Sentence *McCann and others v. the United Kingdom* of September 27, 1995, series to No. 324, app. 147.

21. *Vo v. France*, App. n. 53924/00, July 8, 2004.

22. “17. In sum, I see no good legal reason or decisive policy consideration for not applying Article 2 in the present case. On a general level, I believe (as do many senior judicial bodies in Europe) that there is life before birth, within the meaning

the Court have already worked on the assumption that Article 2 is applicable to the unborn child (without, however, affirming that the unborn child is a person). [...]. Had Article 2 been considered to be entirely inapplicable, there would have been no point – and this applies to the present case also – in examining the question of foetal protection and the possible violation of Article 2, or in using this reasoning to find that there had been no violation of that provision”.

According to this Dissenting Opinion, “it is not the Court’s role as a collegiate body to consider cases from a primarily ethical or philosophical standpoint (and, in my view, it has successfully avoided this pitfall in this judgment). The Court must endeavour to remain within its own – legal – sphere of competence, although I accept that law does not exist in a vacuum and is not a chemically pure substance detached from moral or societal considerations”. In any case, Costa added: “Whether or not they choose to express their personal opinions as Article 45 of the Convention entitles (but does not oblige) them to do, individual judges are not, in my opinion, subject to the same constraints. The present case enters into the realm of deep personal convictions and for my part I thought it necessary and perhaps helpful to set out my views”²³; and, in any case, the embryo must be recognized, no doubt, as *potential human life*²⁴.

Nevertheless, if Ethics is impotent to say what a person is and when life begins, does not prevent Legal Justice from defining these notions. Moreover, the work of the Human Rights Judge is precisely that. For the rest, other judges have advanced considerably in this work. For example, the German Federal Constitutional Court and the Spanish

of Article 2, that the law must therefore protect such life, and that if a national legislature considers that such protection cannot be absolute, then it should only derogate from it, particularly as regards the voluntary termination of pregnancy, within a regulated framework that limits the scope of the derogation. The actual circumstances of Mrs Vo’s case made it all the more appropriate to find that Article 2 was applicable: she was six months’ pregnant (compare this – purely for illustration purposes – with the German Federal Constitutional Court’s view that life begins after fourteen days’ gestation), there was every prospect that the foetus would be born viable and, lastly, the pregnancy was clearly ended by an act of negligence, against the applicant’s wishes”.

23. Available at [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-61887"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Last access on August 2nd, 2018.

24. “5. From the ethical standpoint, the most natural way to attempt to interpret Article 2 of the Convention (“[everyone’s right to life shall be protected by law” – “le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi” in the French text) is to ask what is meant by “everyone” (“toute personne”) and when life begins. It is very difficult to obtain unanimity or agreement here, as ethics are too heavily dependent on individual ideology. In France, the National Advisory Committee, which has been doing a remarkable job for the past twenty years and has issued a number of opinions on the human embryo (a term it generally prefers to “foetus” at all stages of development), has not been able to come up with a definitive answer to these questions. This is only to be expected, particularly bearing in mind the Committee’s composition, which President Mitterrand decided at its inception should be pluralist. To say (as the Committee has done since issuing its first opinion in 1984) that “the embryo must be recognised as a potential human person” does not solve the problem because a being that is recognised as potential is not necessarily a being and may in fact, by converse implication, not be one. As to life and, therefore, the point at which life begins, everybody has his or her own conception (see the Committee’s fifth opinion, issued in 1985). All this shows is that there perhaps exists a right for a potential person to a potential life; for lawyers, however, there is a world of difference between the potential and the actual”. Available at [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-61887"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Last Access on August 2nd, 2018.

Constitutional Court have admitted that the right to life, as protected by Article 2 of the Convention, can be applied to the embryo and the fetus (the question of whether it is an absolute right is different) (Arnold, 2015). As Judge Traja says: “12. [...] These are examples of decisions in which the highest courts of individual countries have recognised that the right to life, whether set out in Article 2 of the European Convention on Human Rights or enshrined in domestic constitutional principles of like content and scope, applies to the foetus, without being absolute. Is there any reason why the Court, which aspires to the role of a constitutional court within the European human rights order, should be less bold?”²⁵.

And it also happens that, as Judge Costa adds, in the field of Article 2, the Court has already done so, “at least as regards the right to life, for example, by imposing positive obligations on States to protect human life or consider that in exceptional circumstances the use of lethal force by State agents may lead to the finding of a violation of Article 2. *Through its jurisprudence, therefore, the Court has expanded the notions of the right to life and the illegitimate homicide, if not the notion of life itself*”²⁶. The problem is that the Court does not dare to take more steps in the delimitation of the right to life because of the problems that this would generate. In my opinion, the importance of the interests at stake, also of the best interests of the unborn child, would require taking more steps in favour of protection and, above all, clarifying a crucial question: We, Europeans, do defend life and the right to life or we don't?

The Dissenting opinion of Judge Ress considered, in this judgment, that there had been a violation of Article 2 of the Convention upon finding that it applies to the life of the unborn child and that it is possible to answer in abstract to the question of whether the unborn embryo is a person for the purposes of Article 2 of the Convention; and he complains that, in spite of his need, a status of the embryo is lacking in Europe²⁷.

25. “7. Does the present inability of ethics to reach a consensus on what is a person and who is entitled to the right to life prevent the law from defining these terms? I think not. It is the task of lawyers, and in particular judges, especially human rights judges, to identify the notions – which may, if necessary, be the autonomous notions the Court has always been prepared to use – that correspond to the words or expressions in the relevant legal instruments (in the Court's case, the Convention and its Protocols). Why should the Court not deal with the terms “everyone” and the “right to life” (which the European Convention on Human Rights does not define) in the same way it has done from its inception with the terms “civil rights and obligations”, “criminal charges” and “tribunals”, even if we are here concerned with philosophical, not technical, concepts?”, available at [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-61887"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Last Access on August 2th, 2018.

26. Available at [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-61887"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Last Access on August 2th, 2018. The highlight is mine.

27. “3. In order to reach that conclusion, it seems necessary to find out whether Article 2 applies to the unborn child. I am prepared to accept that there may be acceptable differences in the level of protection afforded to an embryo and to a child after birth. Nevertheless, that does not justify the conclusion (see paragraph 85 of the judgment) that it is not possible to answer in the abstract the question whether the unborn child is a person for the purposes of Article 2 of the Convention. All the Court's case-law and the Commission's decisions (see paragraphs 75-80) are based on the “assuming that” argument

According to this separate Opinion²⁸, both the Convention and the Jurisprudence of the Commission and the Court²⁹ and the Jurisprudence of the contracting states³⁰ protect the unborn. Indeed, it is clear that if there are problems of interpretation of whether Article 2 of the Convention protects the potential life or not, it is because it is not so clear. If it were, it would not be so much discussed.

Moreover, the demands of the protection of human life force to extend its protection against the rapid technical advances in assisted reproduction to respond to the real current dangers for human life³¹. It is clear that the interpretation of Article 2 is not evol-

(*in eventus*). Yet the failure to give a clear answer can no longer be justified by reasons of procedural economy. Nor can the problem of protecting the embryo through the Convention be solved solely through the protection of the mother's life. As this case illustrates, the embryo and the mother, as two separate "human beings", need separate protection. 4. The Vienna Convention on the Law of Treaties (Article 31 § 1) requires treaties to be interpreted in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its objects and purpose. The ordinary meaning can only be established from the text as a whole. Historically, lawyers have understood the notion of "everyone" ("*toute personne*") as including the human being before birth and, above all, the notion of "life" as covering all human life commencing with conception, that is to say from the moment an independent existence develops until it ends with death, birth being but a stage in that development". Available at [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-61887"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Last Access on August 2th, 2018.

28. "4. [...]. The structure of Article 2 and, above all, the exceptions set out in paragraph 2 thereof, appear to indicate that persons are only entitled to protection thereunder once they have been born and that it is only after birth that they are regarded as having rights under the Convention. In view of the "aim" of the Convention to provide extended protection, this does not appear to be a conclusive argument. Firstly, a foetus may enjoy protection, especially within the framework of Article 8 § 2 (see *Odièvre v. France* [GC], no. 42326/98, § 45, ECHR 2003-III)". Available at [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-61887"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Last Access on August 2th, 2018.

29. "4. [...]. In addition, the decisions of the Commission and the Court contain indications that Article 2 is applicable to the unborn child. In all the cases in which that issue has been considered, the Commission and the Court have developed a concept of an implied limitation or of a fair balance between the interests of society and the interests of the individual, that is to say the mother or the unborn child. Admittedly, these concepts were developed in connection with legislation on the voluntary, but not the involuntary, termination of pregnancy. However, it is clear that they would not have been necessary if the Convention institutions had considered at the outset that Article 2 could not apply to the unborn child. Even though the Commission and the Court have left the question open formally, such a legal structure proves that both institutions were inclined to adopt the ordinary meaning of "human life" and "everyone" rather than the other meaning". Available at [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-61887"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Last Access on August 2th, 2018.

30. "4. [...]. Similarly, the practice of the Contracting States, virtually all of which had constitutional problems with their laws on abortion (voluntary termination of pregnancy), clearly shows that the protection of life also extends in principle to the foetus. Specific laws on voluntary abortion would not have been necessary if the foetus did not have a life to protect and was fully dependent till birth on the unrestricted wishes of the pregnant mother. Nearly all the Contracting States have had problems because, in principle, the protection of life under their constitutional law also extends to the prenatal stage". Available at [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-61887"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Last Access on August 2th, 2018.

31. "5. It is obvious that the premise of the debate on genetic safeguards in a number of recent conventions and the prohibition on the reproductive cloning of "human beings" in the Charter of Fundamental Rights of the European Union (Article 3 § 2, final sub-paragraph) is that the protection of life extends to the initial phase of human life. The Convention, which was conceived as a living instrument to be interpreted in the light of present-day conditions in society, must take such a development into account in order to confirm the "ordinary meaning", in accordance with Article 32 of the Vienna Convention. Even if it is assumed that the ordinary meaning of "human life" in Article 2 of the Convention is not entirely clear and can be interpreted in different ways, the obligation to protect human life requires more extensive protection, particularly in view of the techniques available for genetic manipulation and the unlimited production of embryos for various purposes. The manner in which Article 2 is interpreted must evolve in accordance with these developments and constraints and confront the real dangers now facing human life. Any restriction on such a dynamic interpretation must take into account the relationship between the life of a person who has been born and the unborn life, which means that protecting the foetus to the mother's detriment would be unacceptable". Available at [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-61887"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Last Access on August 2th, 2018.

ving with the same speed that science evolves but the problems increase dramatically and so, for example, the European definition of an embryo status would affect the more than one million frozen embryos that exist in Europe, of which nobody speaks about³². The effective protection of life in the initial phase of the human being and, above all, of the so-called “pre-embryos”, is totally abandoned in Europe, and this despite the fact that there are reasons to believe that, as can be seen, both the ECHR and others, as well as national legislations contain a certain protection of life to be born, which is shown, at least, in the debates and problems that arise everywhere to legislate on abortion.

The dissident Opinion of Judge Mrs. Mularoni, to which Judge Madam Straznicka stated that she joined, considered that Article 2 was applicable and had been violated. In his opinion, the fetus is a being independent of the mother³³, and if the legal personality does not appear until birth, that does not mean at all, in his opinion, that “the right of every person to life” should not be protected before birth³⁴. According to the dissenting Opinion of these judges, in this case *Case Vo against France*, like the other articles of the Convention, Article 2 must be interpreted in an evolutionary manner in order to also allow responding to the great current dangers for human life, because the Convention is a living instrument, to be interpreted in the light of current conditions and the rapid advances in assisted reproduction techniques forces judges to pronounce themselves, as Mularoni and Straznicka explained³⁵.

32. Indeed, the freezing of embryos in the use of TRA has normalized in recent decades. However, there are parents who do not want to fertilize more ova than necessary. This has happened in some cases of the use of the “technique of the three fathers”, which combines the DNA of both parents with that of a female donor: It involves fertilizing two ova, from the mother and the donor, with sperm from the dad. The nuclei are extracted, only that of the parents is conserved and it is introduced into the ‘shell’ of the donor’s ovule. This is introduced into the uterus of the mother so that the pregnancy will prosper normally. More specifically, it is a mitochondrial transplant (where the energy of the cells resides) between two ova. The novel technique allows a mother with the defective DNA of her mitochondria to give up the nucleus of her ovule, which would be introduced into the ovum donated by a healthy woman, and then fertilized *in vitro* by the father’s sperm. Despite the striking of the procedure, in reality, the baby receives virtually all the genetic information of their parents, and only 0.1-0.2% corresponds to the DNA of the woman who donated the healthy ovule. However, in the case of Ibrahim, a 6-month-old boy, like his parents, because of his religious beliefs, did not want to discard any embryos, the procedure to carry out the pregnancy was different: Only the donor’s egg was fertilized with the nucleus of the mother already inserted. This was how the baby was not affected by Leigh’s mother’s disease. The intervention was carried out in Mexico, although the medical team was headed by the American Dr. John Zhang. In Europe, only the United Kingdom has regulated this technique of fertility having been born in 2016 the first healthy child achieved with it. In Spain, for example, the use of this technique it is not permitted.

33. “Although it does not yet have any independent existence from that of its mother (though having said that, in the first years of its life, a child cannot survive alone without someone to look after it either), I believe that it is a being separate from its mother”. Available at [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-61887"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Last Access on August 2th, 2018.

34. Although legal personality is only acquired at birth, this does not to my mind mean that there must be no recognition or protection of “everyone’s right to life” before birth. Indeed, this seems to me to be a principle that is shared by all the member States of the Council of Europe, as domestic legislation permitting the voluntary termination of pregnancy would not have been necessary if the foetus was not regarded as having a life that should be protected. Abortion therefore constitutes an exception to the rule that the right to life should be protected, even before birth. Available at [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-61887"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Last Access on August 2th, 2018.

35. “Until now, while the Convention institutions have refrained from deciding whether or not Article 2 applies to unborn

The Destination of the Embryos Surplus in the ECHR

Notwithstanding the above, with regard to the specific case of the destination of frozen embryos from assisted reproduction procedures, the ECHR maintains contradictory views on the prevalence of the right to life of frozen embryos, in relation to other interests of the people involved in the use of ART. We will mention an example of each of the two positions: a) The *Evans* judgment *against the United Kingdom* that buries the rights of the frozen embryos and b) The *Parrillo* judgment *against Italy* that reflects an important step in Europe in the defense of the rights of the “pre-embryos”. Only one thing in common have these two sentences, paradigmatic, moreover, as to the position of the ECHR regarding the legal status of the “pre-embryos” used in the use of the ART: In both cases, the reason is denied to the woman³⁶.

a) In Grand Chamber judgement of the ECHR April 10, 2007, in the case of *Evans v. United Kingdom*, the ECHR gave preference, in the weighing of interests, to the father’s interest in not having a child against his will, against the interest of the mother who wanted to implant the frozen embryos after the conjugal separation, even though for the woman it was the last possibility of having a genetically own child, problem that affects, in my opinion, undoubtedly, Articles 2, 8 and 14 of the Convention.

The most serious of all is that the Court’s argument, both in Section 4³⁷ and in the Grand Chamber³⁸, was about the weight of the respective interests of the parties but not about the preference that could have for frozen embryos the solution of being implanted (destiny to live), in front of the non implantation solution. That is to say, it was raised as a matter of argumentative weight of the contending positions but there was

children (see paragraphs 75-80 of the judgment), they have not excluded the possibility that the foetus may enjoy a certain protection under Article 2, first sentence (see *H. v. Norway*, no. 17004/90, Commission decision of 19 May 1992, DR 73, p. 167, and *Boso v. Italy* (dec.), no. 50490/99, ECHR 2002-VII). Firstly, I think it necessary to bear in mind that the task of the national and international judge is not always easy, especially when a text may be construed in ways that are diametrically opposed. The travaux préparatoires on the Convention are silent on the scope of the words “everyone” and “life” and as to whether Article 2 is applicable prior to birth. Yet, since the 1950s, considerable advances have been made in science, biology and medicine, including at the prenatal stage. The political community is engaged at both national and international level in trying to identify the most suitable means of protecting, even prenatally, human rights and the dignity of the human being against certain biological and medical applications. I consider that it is not possible to ignore the major debate that has taken place within national parliaments in recent years on the subject of bioethics and the desirability of introducing or reforming legislation on medically assisted procreation and prenatal diagnosis, in order to reinforce guarantees, prohibit techniques such as the reproductive cloning of human beings and provide a strict framework for techniques with a proven medical interest”.

36. I do not want to comment on the fact that in both cases the woman has been defeated in the trial, because there is the possibility that it is a coincidence, but, in the future, I will gladly dedicate myself to seek the jurisprudence of the ECHR, which gives reason to women in matters of assisted reproduction.

37. *Evans v. United Kingdom*, March 7, 2006. (Section 4).

38. *Evans v. United Kingdom*, App. n. 6339/05, April 10, 2007 (Grand Chamber).

no reference in any part of the sentence to the argument that, for frozen embryos, it is better to be born than not to be born.

The case began with the claim of a british citizen against the United Kingdom presented before the Court on February 11, 2005, for the judicial denial of the implant of frozen embryos in *in vitro* fertilization treatment, having the husband-withdrawn consent for the implantation of his partner after separation. The Court (unanimously declared that there had been no violation of Article 2 of the Convention³⁹; declared, by five votes against two, that there was no violation of Article 8; and declared, unanimously, that there was no violation of Article 14 in relation to Article 8. The Grand Chamber in the Judgment of April 10, 2007 in this Case *Evans v. United Kingdom*, unanimously held that there had been no violation of Article 2 of the Convention or 8 (by 13 votes to 4) or 14 into consideration with Article 8.

Not in vain, this sentence contains substantial Dissenting Opinions whose arguments reach more pages than the Court's own Majority Vote. They argue that the British legislation does not achieve a reasonable balance in the special circumstances of the case and, in addition, discriminates women in gender matters, as women are not in the same situation as men, that can have genetically own children in the future. Moreover, no legislation can be fair on equality if it does not recognize the diverse situation in which they find themselves, biologically, women and men, with respect to motherhood and fatherhood, respectively, because equality is to treat differently what is actually different.

b) On the other hand, in the Parrillo case against Italy, August 27, 2015⁴⁰, the Grand Chamber of the Court of Strasbourg shows signs of a strong defense of life by denying, by sixteen votes against one, the demand of condemning Italy for prohibiting that embryos conceived in *in vitro* fertilization techniques could be used for different reproductive purposes, such as research purposes⁴¹.

In the case, Adelina Parrillo and her partner underwent IVF in 2002 without obtaining results. The following year, the man died and five embryos remained cryopreserved in a medical center in Rome. Not wanting to attempt a pregnancy with them, Ms. Parrillo asked the director of the medical center to be allowed to donate them for scientific research, but he refused to do so invoking Italian Law n. 40, February 19, 2004, about

39. And the same declared the Grand Chamber of the ECHR in this case *Evans v. UK* on April 10, 2007: "The Grand Chamber, for the reasons given by the Chamber, finds that the embryos created by the applicant and J. do not have a right to life within the meaning of Article 2 of the Convention, and that there has not, therefore, been a violation of that provision".

40. *Parrillo v. Italy*, App. n. 46470/11, August 27, 2015.

41. And this despite the fact that the Italian Constitutional Court had indicated in April 2014, shortly before, that the prohibition of heterologous fertilization, foreseen in Law n. 40 of 2004 that regulates medically assisted procreation, was unconstitutional.

medically assisted procreation that prohibits, under penalty criminal, all experimentation on human embryos.

The Court considered that the Italian prohibition does not violate the right to private and family life nor the right of property, guaranteed in article 1 of Protocol 1 of the ECHR, and that Ms. Parrillo claimed to have on cryopreserved embryos. The judgment states that “the embryos conceived by *in vitro* fertilization should not be considered as ‘individuals’ since, in the absence of implantation, they are not destined to develop into fetuses and be born”, which she deduces that “from a legal point of view they are ‘goods’” (n° 203). The Court expressly rejected this reasoning, and stated that, without having to enter into the question of the beginning of human life, human embryos cannot be reduced to the category of “goods”, given their meaning economic and patrimonial.

In conclusion, I believe that the “pre-implantation pre-embryos” that are manipulated in the various modalities of ART, such as indisputably “tiny human beings”⁴² that are, using an expression of the renowned jurist Corral Talciani, deserve, in justice, an effective legal protection because, strictly speaking, they are not ontologically different from the human life already born, as is clearly shown in the conclusions of the ECHR in the *Parrillo case against Italy*, both in the majority vote⁴³ and in the concordant opinion of Judge Dedov⁴⁴ and in the Common Opinion partly dissident of the judges Casadeva-

42. Even if they are not “persons” in a legal sense.

43. “43. Unborn human life is no different in essence from born life. Human embryos must be treated in all circumstances with the respect due to human dignity. Scientific research applications concerning the human genome, in particular in the field of genetics, do not prevail over respect for human dignity. Scientific progress must not be built upon disrespect for ontological human nature. The scientific goal of saving human lives does not justify means that are intrinsically destructive of that life. The beginning and end of human life are not questions of policy subject to the discretion of the member States of the Council of Europe. The “adequacy” of the protection provided to the embryo by the Contracting Parties to the Convention is subject to close scrutiny by the Court, since States have a narrow margin of appreciation with regard to fundamental issues related to the human being’s existence and identity”

44. Dedov criticizes the fact that the Court accepts the wide margin of appreciation of the State regarding the protection of embryos and the right of the applicant to self-determination, affirming: “3. The Government raised the issue of the “embryo’s potential for life” in support of the legitimacy of the aim of the interference. Such an important aim, which cannot be reduced to a question of margin of appreciation, presumes that the embryo’s existence is a condition for a human being’s development. Since the right to life is at stake, it completely changes the judicial approach in accordance with the Court’s role in interpreting the Convention, including the positive obligation of the State to safeguard the beginning of life. [4...]. 5. In my view, the embryo’s right to life is a key criterion for reaching the right decision. I am sure that if this criterion had been applied, many previous cases, such as *Evans*, *Vo* and *S.H.* (cited in the judgment), would have been decided in favour of the applicants, who indeed wanted to become parents and, as a result, to save the embryo’s life. [6...]. 7. I ought also to mention the PACE Resolution 1352 (2003) on Human Stem Cell Research, which is even more specific: “[t]he destruction of human beings for research purposes is against the right to life of all humans...” (see paragraph 10 of the Resolution). Moreover, thanks to the European Citizens’ Initiative “One of us” the embryo’s right to life has been expressly acknowledged by millions of European citizens, and the initiative was supported by the EC governing bodies. Nevertheless, the Court is still silent on the subject. That ambiguity, which has continued from case to case, ultimately affected the applicant and her legal representatives, who were not sure which Article of the Convention should be applied in the present case, or which right should be protected: the right to private life or the property right. 8. I am not convinced that the margin of appreciation or the lack of consensus should prevent the Court from reaching such a conclusion. Since the right to life is absolute, and is one of the fundamental rights, neither the margin of appreciation nor sovereignty nor consensus is a relevant factor.

ll, Ziemele, Power-forde, De gaetano and Yudkivska, and in the dissenting opinion of Judge Sajó⁴⁵ that criticizes the concept of “margin of appreciation”⁴⁶. I want to highlight the phrase of the Majority Vote: “Advances in science should not rest on the lack of respect for ontological human nature”. On the other hand, judge Dedov recalls that the embryo determines the development of a human being. The right to life is absolute and is one of the most fundamental rights, and there is no doubt that, in the embryo, the right to life is at stake. In short, as Dedov adds, the *margin of appreciation* must only intervene to indicate the protection measures of the rights protected by the ECHR but for nothing else⁴⁷. The judges Casadevall, Ziemele, Power-forde, De gaetano and Yudkivska remind,

A margin of appreciation is required only to determine which measures are necessary to protect a fundamental value (for example, public expenditure or a time-limit on the cryopreservation of embryos). The embryo's life cannot be sacrificed for the purpose of inter-State competition in biomedicine”.

45. “3. [...] Note 46: “It will remain a mystery to me why the lack of a European consensus on the existence of a right is so often interpreted against the existence of a right, where such a right can be deduced from the autonomous concept of a Convention right, for example also in the light of international-law developments and social realities. If the exercise of a freedom has been found to be permissible in at least some countries, then this should create a presumption in favour of that Convention right if this is otherwise compatible with a reasonable interpretation of the meaning and scope of the right. This does not of course rule out the possibility that there may be good reasons in another country for restricting that right. Or are we saying that the recognition of the broader scope of a right in a number of countries is arbitrary and irrelevant? With its controversial margin of appreciation doctrine, as it is understood by the Court, the State is exempted from the duty to provide a substantive justification for the existence of an imperative need to interfere. Reference to the lack of European consensus as a decisive indicator of the absence of a certain meaning or scope of a Convention right disregards the Preamble to the Convention, which refers to the “further realisation of human rights” as one of the methods for pursuing the aim of the Convention”.

46. “7. The Court finds that a right of others is present because “the potential for life” may be linked to that alleged right. I hope I am mistaken, but I fear that we face a risk here of loosening the standard applicable to the list of permissible aims for the restriction of rights. So far, the Court has consistently held that the list of exceptions to the individual's Convention rights is exhaustive and that their definition is restrictive (see, among other authorities, *Svyato-Mykhaylivska Parafiya v. Ukraine*, no. 77703/01, § 132, 14 June 2007, and *Nolan and K. v. Russia*, no. 2512/04, § 73, 12 February 2009). This is essential to any serious protection of rights. Unfortunately, in *S.A.S. v. France* [GC], no. 43835/11, § 113, ECHR 2014 (extracts) it was held that “to be compatible with the Convention, a limitation of this freedom must, in particular, pursue an aim that can be linked to one of those listed in [Article 9 § 2]. The same approach applies in respect of Article 8 of the Convention.” From the position that there “can be a link” to those exhaustively listed exceptions, we now move to the position where a link may exist if this is not ruled out as unreasonably speculative (“there may be”, rather than “there can be” a link).

Failure to undertake a serious scrutiny of a State's purported aim in imposing the restriction will undermine the rights-protective potential of any proportionality analysis. The scrutiny of the aim of a measure is part of the supervisory role of the Court (see *Handyside v. the United Kingdom*, 7 December 1976, § 49, Series A no. 24.) If we wish to apply the margin of appreciation doctrine, we could say that in matters of economic policy there is little scope for such an analysis, given the cognitive advantage the national legislation or national authorities enjoy or that “[b]ecause of their direct knowledge of their society and its needs, the national authorities are in principle better placed than the international judge to appreciate what is “in the public interest”” (see *James and Others v. the United Kingdom*, no. 9793/79, § 46, 21 February 1986). This reasoning cannot be applied without additional and convincing reasons to areas where the issue is not the general “public interest” in economic or social policies but morals, health policy or science”.

47. “9. The right to life is absolute, and this fundamental tenet makes it unnecessary to explain why a murderer, a disabled person, an abandoned child or an embryo should be kept alive. We do not need to evaluate their usefulness for society, but we remain hopeful regarding their potential. The embryo's right to life cannot be called into question by the fact that, until implantation, its potential for development is something that can be maintained artificially, because any such new technology is a natural development created by human beings”. “14. Since new biotechnology objectively expands our perception of the forms and conditions of human existence, I am not aware of any objective obstacles to legal recognition of this achievement, as soon as possible, as it is well known that any delay in such recognition at national and international level is potentially life-threatening and arbitrary”.

with important arguments, that the human embryo does not have the legal status of “thing” and that when we speak of “respecting the rights and freedoms of others”, we forget often that embryos are included within that “the rest”⁴⁸. On the lack of proportionality of the measure in the interference of the Italian State, Judge Sajó rescues the inconsistency of attributing a preponderant importance to a possibility of life⁴⁹ being the case that in Italy, both abortion and stem cell research are allowed.

North American Winds in Favor of Decisions Toward Life of Frozen Embryos

I cannot finish this article without mentioning the proposition of the new Law of the North American State of Arizona, dated in April of 2018, according to which in fights over frozen embryos, whoever wants to make a baby should win.

As well as Europe, more than a million frozen embryos are stored in fertility clinic freezers across the USA, the result of a steep rise in couples who have used *in vitro* fertilization (IVF) over the last several decades, and Arizona has become the first state in the US to pass a law mandating what happens to frozen embryos after couples get divorced⁵⁰. When there’s a dispute over whether to destroy the cells, the law says, the frozen embryos must go to the person who wants them “to develop to birth”⁵¹.

48. “6. To find that the embryo is ‘a constituent part’ of the applicant’s identity is a far-reaching finding indeed. Unlike the majority, we do not consider that embryos can be reduced to constituent parts of anyone else’s identity—biological or otherwise. Whilst sharing the genetic make-up of its biological ‘parents’, an embryo is, at the same time, a separate and distinct entity albeit at the very earliest stages of human development. If a human embryo is no more than a constituent part of another person’s identity then why the abundance of international reports, recommendations, conventions and protocols that relate to its protection? These instruments reflect the broad general acceptance within the human community that embryos are more than simply ‘things’. They are, as the Parliamentary Assembly of the Council of Europe has put it, entities ‘that must be treated in all circumstances with the respect due to human dignity’ (§ 53)”. “8. Regrettably, the muddled reasoning of the majority that is evident on the question of admissibility persists when it comes to the merits (at §167). In assessing the proportionality of the ban in question the Court considers that it may be linked to the aim of protecting ‘the rights and freedom of others’ but this, the majority quickly asserts, does not involve any assessment as to whether the word ‘others’ extends to human embryos!”

49. Denying the Italian State to the applicant her interest to allocate the frozen embryos to the investigation.

50. The new Arizona law was driven in part by a state court case last year. Before going through cancer treatment in 2014, Ruby Torres and her boyfriend created seven embryos through IVF. However, when her husband filed for divorce in 2016, Torres still wanted the right to use the embryos, which she said could be her last chance to have biological children. Torres’ ex-husband fought against that, and the family court judge, Ronee Korbin Steiner, finally ruled in his favor. Steiner argued that the terms of the contract signed by the couple in the fertility clinic should be maintained, and that the “right not to be forced to be a parent exceeds the wife’s right to procreate”, even if for her it is the last chance to have biological children. Torres continues to fight her husband in the Arizona court. Appeals for the embryos they created.

51. The landmark legislation, supported by anti-abortion groups and signed into law by Gov. Doug Ducey in April, is at the vanguard of the nationwide abortion debate. While some conservatives are cheering the new law as further support for the notion of “personhood,” others argue that it is a dangerous overreach of government.

Most fertility clinics use contracts that force couples to decide ahead of time what should happen to the embryos in the event of a divorce, and most states have opted in favor of upholding the contracts, like in Europe. But a small number of cases — a couple dozen, roughly — have been fought in court, including Sofia Vergara’s ongoing legal fight with her ex-fiancé Nick Loeb.

In 2016, lawmakers in Missouri wrote legislation that would have forbid the destruction of embryos in divorce proceedings. The bill got the support of anti-abortion groups but ultimately failed to become law.

The new law was sponsored by Republican Senator Nancy Barto of Phoenix⁵², and supported by the conservative Center for Arizona Policy, part of the anti-abortion Family Research Council⁵³. The law stipulates also that in cases where embryos are turned into babies, the parent who was not in favor of their use would have “no parental responsibilities” and would not have to pay child support.

Marchant argued that the “property versus person” debate on frozen embryos had grown largely obsolete in courtrooms, and that people on both sides generally agree that embryos are not like property. Merchant also warned that similar initiatives may be emerging soon in other states, as it is becoming a noticeable trend⁵⁴. So the debate is served.

Conclusion

Needless to say, practice shows that it is usually women and not men who want to use frozen embryos after the emotional break to create life. Without entering into the differences of all order that exist between women and men, both biological and ontological and even spiritual, it is clear that the possibility of being a mother (genetically speaking) does not wait, unlike men, that can be parents up to after 80 years. I must insist, however, once again, that such differences should generate different legal treatment if we speak seriously of “right to equality”, and this is not what the paradigmatic Evans judgment of the ECHR does.

52. Although the law itself does not use the language of personhood, Barto has a history of supporting bills restricting abortion, banning fetal tissue research, and defunding Planned Parenthood.

53. “I applaud the Governor for his bold actions in protecting parental rights,” Cathi Herrod, president of CAP, said in a statement after Ducey signed the bill.

54. “I think most states recognize that this is a future human even if it’s not an existing person,” Marchant said. “It’s not just a car or a dining table or a piece of furniture. It’s something that requires more respect than that and needs to be dealt with sensitivity, regardless of your view on whether this is a person.”

From the point of view of practical reason, the fact that Europe prefers freedom over life, as seems to be the ECHR criteria in Decisions such as *Evans*, among others, is another example of the moral exhaustion of Europe and the decline of a continent once essentially defender of life, being the case that the freedom under discussion is infected by the individualism of liberalism, and this is something that should be discussed in the public forum, and not take for granted a freedom that turns out to be the freedom defended by liberalism.

References

- Arnold R. (2015). *Human dignity as the keystone of the protection of rights*. Special Workshop: Racial justice, emotions and courts' legal reasoning, Proceedings of the XX-VII World Congress of the International Association for The Philosophy of Law and Social Philosophy, Washington, DC.
- Gafo, J. (1986). *Nuevas técnicas de reproducción humana*. Madrid: Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas.
- Gumucio Schönthaler, J. C. (1997). *Procreación asistida. Un análisis a la luz de la legislación chilena*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur.
- Junquera De Estéfani, R. (1998). *Reproducción Asistida, Filosofía Etica y Filosofía Jurídica*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Novalés Alquézar, A. (2017). *El interés superior del niño y la reproducción asistida. El artículo 2 del convenio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. En S. Sanz Caballero & Molina Navarro, M. (Dir.), *El interés superior del niño en la Jurisprudencia Internacional, Comparada y Española* (pp. 309-327). Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.

NOTAS Y DISCUSIONES

Sobre la categoría de “infrapolítica”

Un diálogo con Alberto Moreiras

EL INCIDENTE INCONSPICUO¹

Alberto Moreiras

Texas A&M University

DOI: 10.17450/180212

Preliminar

Creo que mi misión es tratar de exponer qué está en juego en lo que llamamos infrapolítica de forma más o menos clara y sencilla, en todo lo que pueda. No está fácil, porque no tengo aún la necesaria distancia. Trataré solo de referirme a algunos rasgos que pienso o pensamos cruciales, en toda su problematicidad aún no resuelta, como modo de indicar, más que una definición de infrapolítica, al menos su campo de preguntas, su modo de incidencia.

Puedo empezar proponiendo que la infrapolítica remite a la necesidad de tematizar la existencia como condición de todo pensamiento político, es decir, de todo pensamiento sobre la política. Otra forma de decirlo es que la existencia es el horizonte de la práctica infrapolítica, incluso si limitamos la idea de práctica a la de uso o ejercicio del pensamiento. Dado el título de nuestro taller, merece quizá la pena decir desde el principio que al decir “existencia” no se dice “vida”, no porque la infrapolítica no esté interesada en la vida en general, sino porque, precisamente, se acerca a la vida desde una interrogación sobre la existencia, a la que puede definirse provisionalmente como el modo humano de relación con la vida. Hace apenas unos días, en una discusión informal en un grupo de Facebook, un conocido erudito heideggeriano reaccionó de forma para mí sorprendente al vincular inmediatamente todo posible pensamiento de la existencia a la noción sartreana de “compromiso”, y a las llamadas a la “acción social, económica y política.” Supongo que podría decirse que la infrapolítica pretende pensar la existencia, desde luego no al margen de su uso (la infrapolítica es, desde luego, antes que nada, un uso del pensamiento), pero sí al margen de su instrumentalización direc-

1. Texto preparado originalmente para la conferencia “Dalla biopolitica alla infrapolitica: nuovi paradigmi di ricerca sulla società contemporanea” (Università di Salerno, mayo de 2017).

tamente política, que es lo que puede vislumbrarse en la noción sartreana. La infrapolítica constituye en ese sentido un paso atrás con respecto de la política, no por ninguna voluntad de despolitización ni a través de ningún deseo antipolítico, sino cabalmente porque rehúsa entender que la política pueda constituir el primer o último horizonte del pensamiento, y postula que, en cualquier caso, todo pensamiento de la política es derivado y secundario respecto de modos de ejercicio existencial. Es la existencia la que remite a la política, no la política la que remite a la existencia. Quizá esa afirmación, aunque contraintuitiva respecto de lo que constituye hoy la deriva general del pensamiento académico, sea lo suficientemente incontrovertible como para que no tenga que pasar demasiado tiempo explicándola.

Una consecuencia de entender pensamiento como uso de la existencia — que depende a su vez de cierta sobredeterminación: el pensamiento que usa la existencia y que es uso de la existencia insiste en pensar la relación de pensamiento y existencia — es la emergencia inmediata de su dimensión imperativa. Uno piensa porque tiene que pensar, pensar es existir o habitar, pensar es habitar la existencia, y no es una opción entre otras, sino una necesidad humana, aunque frecuentemente no tematizada. Pero, si la relación entre pensamiento y existencia es imperativa, entonces se puede decir que también lo es la relación entre existencia y pensamiento: esto es, pensar es habitar la existencia, pero la existencia impone cierta necesidad al pensamiento. Si podemos distinguir dos modalidades de infrapolítica, una de las cuales sería la infrapolítica fáctica, inevitable, la infrapolítica que está siempre de antemano por todas partes como dimensión constitutiva de la existencia, de cada existencia, de todas las existencias, hay también una infrapolítica reflexiva, que acepta su condición imperativa. De esta última puede decirse que es a la vez causa y consecuencia de una cierta ruptura existencial, lo que Reiner Schürmann, en su meditación sobre Meister Eckhart, llamaba *Durchbruch*. La ruptura infrapolítica, suceso o incidente inconspicuo, no deja de ser sometimiento a cierta necesidad, pero es un tipo especial de necesidad, spinoziana o cuasi-spinoziana: el reconocimiento de que el existente está atrapado en sus condiciones de existencia, y que solo ellas pueden tolerar prácticas relativas de libertad; el reconocimiento de que solo en el sometimiento a la dimensión imperativa de la existencia podemos encontrar algo otro que mando y dominación.

Quizás esta fue la gran intuición heideggeriana — quizás esta fue la gran intuición que sostiene el trabajo de Heidegger más allá de cualquier “giro” o división interna de su obra en períodos definidos por énfasis cambiantes. Quiero advertir, antes de seguir por este camino, que la infrapolítica no es ni heideggerianismo ni derrideanismo, excepto en

el sentido convencional en el que se podría decir que el mismo Heidegger era un nietzscheano, o un husserliano, o un aristotélico. Pero la infrapolítica, por razones esenciales, no busca una relación de exégesis sometida a ningún *corpus* textual — su vector decisivo está en el otro lado, no más allá del texto, sino en el lugar de la traza de todo texto, en su estela anónima. Parece justo, sin embargo, reconocer pasos previos en el movimiento del pensamiento que han sido y continuarán siendo sin duda instrumentales para la formulación misma de la empresa infrapolítica. En el escaso tiempo disponible me limito a repasar tres de esos textos, y a hacerlo selectivamente — el ensayo de Jacques Derrida “Ousia et grammé,” el ensayo de Jean-Luc Nancy “La decisión de existencia,” y un reciente ensayo de Thomas Sheehan, “¿Pero qué viene antes del después?,” sobre la prolongación de la analítica existencial de *Ser y tiempo* en el Heidegger tardío. Creo que todos ellos configuran acercamientos a una tematización de la existencia — explícita en Nancy y Sheehan, solo implícita en Derrida — de los que la reflexión infrapolítica debe hacerse cargo. Añadiré también una coda sobre cierto aspecto de un texto de Heidegger de 1957.

“Ousia et grammé”

Antes de la última y decisiva sección de su ensayo, “*La clotüre du gramme et la trace de la différence*”, Derrida comenta el texto de Heidegger de 1946, “La palabra de Anaximandro” (Derrida, 1972). En él detecta Derrida una vacilación profunda — por un lado, Heidegger piensa o se esfuerza por pensar modalidades de la presencia. Por otro lado, busca llamar a tales modalidades de presencia en su conjunto “la clausura (misma) greco-occidental-filosófica”. Derrida dice que todas las arduas meditaciones fundamentales de Heidegger sobre la presencia, incluido el texto sobre Anaximandro, son meditaciones intrametafísicas, pero dice también que Heidegger lo sabe, y en ese saber prepara o cuida siempre otro gesto, el más difícil, el más inaudito, el más cuestionante, aquel para el cual estamos menos preparados. Se trata de un gesto que se deja solamente esbozar, se anuncia en ciertas fisuras calculadas del texto metafísico. Derrida va a tratar de remarcar ese gesto bajo la figura de la traza, de la que piensa que no puede darse a leer bajo forma de presencia alguna, ni a través de la cópula, ni a través de su negación, que remitiría solo a modalidades negativas de presencia. La traza es pues el nombre derrideano para el “gesto difícil” de Heidegger — la traza no es ni presente ni ausente, ni perceptible ni imperceptible.

La traza no es un gesto heideggeriano ni tampoco un gesto derrideano, sino que pertenece a toda la tradición metafísica, pero pertenece en cuanto borrada, en cuanto olvidada. La misma diferencia óptico-ontológica se pierde como traza, se olvida en cuanto traza. Si la diferencia ontológica es solo detectable en cuanto olvido, entonces el olvido del olvido de la diferencia es traza de traza, traza de segundo orden. Y es aquí donde se abre la posibilidad inaudita — inaudita también o ante todo para Heidegger — y al mismo tiempo siempre ensayada: si la diferencia ontológica es traza de un olvido, no es posible hacer aparecer la diferencia en cuanto tal, no es posible hacer aparecer la traza en cuanto tal. La traza “en cuanto tal” — *Ereignis*, quizá, por ejemplo, *Das Viertel*, quizá, por ejemplo, *Be-reich*, quizá, por ejemplo, aunque Derrida no da estos ejemplos — es siempre en cada caso el nuevo nombre del ser de los entes, un nombre intrametafísico. La traza “en cuanto tal” establece en cada caso el nuevo plano de figuralidad principal, y restituye al pensamiento a un plano hegemónico o hegemonzante. No hay traza en cuanto tal —la traza es solo remisión a la facticidad de la cosa.

Si el olvido de la diferencia óptico-ontológica es traza de segundo orden, hay una traza del olvido que sería traza de traza de traza: habría una diferencia más impensada todavía que la diferencia entre el ser y los entes. Más allá de la diferencia entre el ser y los entes, esta diferencia, diferenciándose-difiriéndose sin cesar, (se) trazaría (a sí misma), esta *différance*. *Différance* apunta o nombra en Derrida el gesto difícil que permite abandonar el horizonte presencial, y en ese sentido resuelve lo que Derrida identifica como el titubeo residual de Heidegger en su ensayo de 1946: la *différance* sería más vieja que el ser mismo, en la medida precisa en que el ser mismo es siempre y necesariamente concebible solo como *arkhé* originario.

El juego — pero no es juego, tampoco su contrario — es vincular traza y *différance*, que en su mismo nombre rechazan el nombramiento de todo *arkhé*, y remiten solo a una facticidad incesante, dispersa, *scattered*, como diría Geoffrey Bennington, al movimiento de la existencia — algo que el mismo Derrida no hace. Trataré de indicar cómo sería posible hacerlo en relación con los ensayos de Nancy y Sheehan.

“La decisión de existencia”

Para Nancy, la decisión de pensamiento tiene lugar cuando el existente repara en el carácter esencial — yo lo he llamado imperativo arriba — de su relación con su propio pensamiento. Dice Nancy (1993): El pensamiento en su decisión no es el pensamiento

que intenta fundar el ser (o fundarse en el ser). Es solo la decisión que arriesga y afirma la existencia en su propia ausencia de fundamento (p. 84). Esa decisión —que para Nancy es el “solo” contenido del pensamiento— no tiene ella misma contenido positivo alguno. En cuanto decisión remitida a la existencia es siempre decisión sobre lo que es fácticamente posible. Este es para Nancy el sentido de la *Ereignis* heideggeriana — *Ereignis* es, o hace, la decisión, y la decisión es, o hace, *Ereignis* (p. 87). Pensar es, por lo tanto, dice Nancy, el ejercicio, en cuanto tal apropiativo, de la decisión — todo se mueve en el terreno óntico, existencial. No hay trascendental alguno. Pensar es una relación a la facticidad, nunca el descubrimiento de algo otro que ella.

Pero, de la misma forma en que es posible distinguir dos modos de infrapolítica, el modo fáctico y el modo que he llamado reflexivo, Nancy distingue dos modos de facticidad —si el existente está por la mayor parte suspendido en su existencia cotidiana, se trata de suspender esa suspensión — sin ir, por otro lado, a ninguna otra parte. Se trata de suspender fácticamente la facticidad misma. Se trata de pensar la facticidad en la facticidad, y lograr así una relación modificada con ella. Es un incidente inconspicuo siempre en cada caso — no descubre nada, no trasciende nada, no corta nada, no funda nada. Si hay *Durchbruch*, si hay ruptura en esta suspensión de la suspensión fáctica, lo que se logra es una modificación en la relación existencial con la propia existencia.

Nancy habla por lo tanto de dos, al menos, decisiones. Una de esas decisiones del pensamiento sería la decisión media, la decisión metafísica, la decisión subjetiva o identitaria, la decisión egoica — que es, siempre en cada caso, la decisión del héroe que corta algún nudo gordiano y alcanza, o fracasa en alcanzar, un nuevo nivel de existencia. A esta decisión, a esta modalidad de decisión, podemos llamarla “maquinación heroica”, y es la decisión propiamente política. Pero está también la decisión modificada. En ella el existente, muy al margen de su constitución como “sujeto”, sutura o vincula su propia relación con la existencia — y eso es todo. Y es la decisión infrapolítica, aunque Nancy no le de ese nombre.

Nancy habla de una “alegría” que se genera en esa decisión modificada, o en esa modificación de la decisión. Es la alegría del que decide “existir, hacerse pasible a su no-esencia”, la alegría de la existencia que existe solo en su existir, esto es, en la ‘nulidad’ libre de su fundación de ser (p. 107). Esta alegría es el afecto infrapolítico primario — la alegría que, precisamente, habita en el rechazo de la fundación de presencia a favor del asentimiento a la facticidad y del asentimiento en la facticidad. En la precisa medida en que renuncia a toda fundación, que sería escape, abraza aquello que Derrida cifra en los nombres desnombrantes de traza y *différance*. Nancy también habla de ella como

necesaria e imperativa: la decisión activa, esencial, de la existencia. Su necesidad se llama también libertad. Pero la libertad no es lo que dispone de posibilidades dadas. Es la apertura en la que el ser infundado de la existencia se expone, en la ansiedad y la alegría de ser sin suelo, de ser en el mundo (p. 109).

Resulta enigmático en este contexto que Nancy diga que es necesario entender que la decisión, su ansiedad y su alegría, tienen lugar ‘afuera’ del texto — en la existencia (p. 107). Esta existencia que parece por lo tanto sustraerse en sí a toda traza y a toda *différance* — según las cuales, en la explicación de Derrida, no habría “nada fuera del texto” —, pero que se sustrae haciéndolas visibles, suspendiendo su suspensión, reclamaría lo que Nancy llama una “ex-scripción” (p. 107). Nancy nos da con ello una posibilidad parergonal de la infrapolítica — un parergon infrapolítico, o una infrapolítica como práctica del parergon — en la que convendrá reflexionar. Por lo pronto cabría preguntar si ese parergon infrapolítico no define la modalidad de ruptura existencial de la que he hablado. La *Durchbruch* infrapolítica, en la precisa medida en que no va a ninguna (otra) parte, es siempre y solo ruptura parergonal, o ex-scripción.

“¿Pero qué viene antes del después?”

Sheehan (2017) también parte de una dimensión imperativa o protréptica del pensamiento en el texto heideggeriano, de la que dice que es “la última meta del trabajo de Heidegger”, y nunca abandonada (p. 3). De forma consistente con lo que hemos visto del titubeo heideggeriano entre formas de la presencia y su otro, con la demarcación derrideana de la traza contra el *arkhé*, y con la presentación de Nancy de sus dos formas de decisión, todo ello recibido en las dos modalidades de infrapolítica indicadas arriba, Sheehan insiste en una estructura dual de la existencia en Heidegger — Sheehan prefiere *ex-sistence* —. *Ex-sistence* remite a la estructura (existencial) del *Da-sein* y también a “las personas y actividades (existencial) que esa estructura hace posible” (p. 4). La estructura existencial abre el campo mismo de la significación, y lo existencial está siempre en relación con ello, aunque se trate de una relación que puede asumir muchas formas. Una de ellas es la que traza explícitamente la relación entre existencial y existencial —la que tematiza la diferencia ontológica, o la estructura de la traza en términos derrideanos. Cada modo lleva en sí la traza de su otro — y esto es necesariamente así también para todas las diferenciaciones anteriores (no hay autonomía ni autosuficiencia en los modos, ninguno de ellos es externo al otro).

La tarea del ex-istente es solo hacer su propia facticidad explícita. La modalidad existencial de la existencia coincide con la segunda decisión de Nancy — es solo la forma parergonal o ex-scripta de relación con la relación misma, el paso atrás que es no más que hacer explícita la relación, y vivirla, imperativamente, como explícita. En algún momento (en *Ser y tiempo*), Heidegger llamó a esa forma parergonal la forma “auténtica”, pero esa terminología fue abandonada en la obra posterior. Sheehan se refiere a su supervivencia en otros términos desde el *hapaxlegomenon* heraclíteo que Heidegger usa en *Conversaciones en un camino rural: ankhiasie*, el “acercarse,” que conforma una condición asintótica que no puede calcularse ni planearse de antemano (p. 10). Si la relación entre infrapolítica y política es una versión de esa relación, lo es no porque la infrapolítica busque “acercarse” a la política. Por el contrario, la infrapolítica busca su acercamiento asintótico a un afuera no domable ni reducible por la angustiada pretensión de que todo es político. Pensar ese afuera, un afuera parergonal que no es sino otra forma del adentro, o que el adentro lleva en sí como traza, de la misma forma que ese afuera no es sino la traza del adentro, es la relación infrapolítica misma, en la que uno vive sin saber si su cercanía se hará accesible. Pero ese no-saber es también una forma de goce.

La liberación de la facticidad a sí misma — su hacerse explícita — es para Sheehan un ejercicio en pensamiento post-epocal (aquello que Derrida llamaba el gesto difícil o inaudito). Dice Sheehan: “Uno puede librarse de estar restringido a la metafísica como época abrazando la apropiación [existencial] y viviendo desde ella” (p. 12). Las épocas — principales siempre, en términos de Schürmann: toda época está regida por un principio que la organiza y determina como época — son secuestros de la historicidad de la historia, “acotamientos de lo Abierto” en cada caso. Pero la infrapolítica es relación con lo abierto mismo, y en cuanto tal es relación destructiva con el pensamiento epocal, un intento de pensamiento postepocal, un ejercicio an-árquico a favor de la ruptura inconspicua, asintótica. De modo que la facticidad, la política, la historia queden liberadas a sí mismas, y no ocupen impostoramente el espacio existencial que no les corresponde.

En cuanto reflexión sobre la existencia como condición de toda política, la infrapolítica no es una política, tampoco una arqueología de la política — es, cabalmente, una contramirada a la política y un éxodo que renuncia a su hegemonía o la rechaza, no para vivir al margen de la política, sino para incidir en ella y para habitarla de otra forma. Esa otra forma queda pendiente de discusión futura.

Coda

En sus Conferencias de Freiburg (*Principios básicos del pensar*), de 1957, Heidegger usa la expresión “incidente callado” o inconspicuo para referirse a los cambios en los “principios del pensar” que han definido la historia de la metafísica. Yo he estado usando la expresión en el sentido opuesto, y para referirme a un paso atrás con respecto de las modalidades epocales que la infrapolítica pretende abandonar. Mi gesto no es ajeno al gesto heideggeriano. En la primera de las Conferencias, Heidegger, después de haber contado cómo lo que es inconspicuo en la autopresentación histórica de los principios básicos del pensamiento “permanece velado en lo oscuro para nosotros”, reconoce que tal oscuridad está en juego en todo tiempo. Pero, insiste, lo oscuro permanece distinto de lo absolutamente opaco como mera y absoluta ausencia de luz. Lo oscuro es el secreto de la luz. Lo oscuro guarda luz en sí mismo. La luz pertenece a lo oscuro. Lo oscuro tiene su propia limpidez (Heidegger, 2012, p. 88). Desde esa limpidez de lo oscuro uno no busca sin más entrar en luz alternativa alguna. Se trata más bien de procurar otra mirada para la que quizá no hay todavía ojos, o no pueda haberlos: “nos faltan los ojos para ver el aspecto esencial del *logos*, para aguantar su visión, y para traer a esa visión una contramirada apropiada” (p. 100).

La infrapolítica no es más que el intento de acercarse a esa contramirada desde lo oscuro. En ese sentido, quizá sea el gesto contrario al de la mariposa que no puede evitar ser quemada por la luz ardiente del principio solar, que es el fin secreto de toda política tal como la conocemos.

Referencias

- Derrida, J. (1972). *Marges de la philosophie*. París: de Minuit.
- Heidegger, M. (2012). *Basic Principles of Thinking. Freiburg Lectures 1957*. En Andrew J. Mitchell (trad.), *Bremen and Freiburg Lectures*. Bloomington: Indiana UP, pp. 77-166.
- Nancy, J. (1993). *The Birth to Presence*, Brian Holmes (trad.). Stanford: Stanford UP.
- Sheehan, T. (2017). *But What Comes Before the After?* En Richard Polt and Gregory Fried (eds.), *After Heidegger*. London and New York: Rowman & Littlefield International, pp. 41-55.

WHY BOTHER WITH THE INFRAPOLITICAL? A QUESTION OF (JUST) EXISTENCE

Gareth Williams

The University of Michigan

DOI:10.17450/180213

The infrapolitical is the thinking that flickers on the tremorous limit at which the end of the representation of historical progress is finally realized and the metaphysical indulgences of previous vital, political and ideological illusions (such as the bourgeois foundations of fraternity, equality, and liberty) founder and run aground, rising up, nevertheless, in increasingly vitriolic forms as subjectivist reactionary demands for definitive (nationalist, populist, or identitarian) decisions, resolutions, or truths regarding the twilight of the modern. Attunement to a specifically infrapolitical register in thinking gives no credence to the overcoming of political disenchantment in the name of fidelity to the unifying inheritance of ‘the commons’ since the infrapolitical comes to the fore in the realization (which cannot be merely confused with eschatology) that “nothing remains any longer in which the hitherto accustomed world of humankind could be salvaged; nothing of what has gone before offers itself as something that could still be erected as a goal for the accustomed self-securing of human beings” (Heidegger, 2015, p. 154).

In Marxian terms, while the Westphalian interstate system that reigned until 1971 came to be an imperial-national order capable of fomenting but also of mediating and restraining competitive relations between the relative values (GDPs) of national bourgeoisies—in other words, while political and economic modernity was anchored for centuries in the calculable, and therefore representable (or at least agreed upon), value of gold (and then in arbitrarily fixed exchange rates still held to the value of gold after the 1944 Bretton Woods Conference)—our current de-metalized, ‘dollarized’ and

fully unrestrained quest for surplus value on a planetary scale has unleashed the violent demise of an economic and political architectonic grounded in geographical and economic commensurability, thereby producing an ever-changing and de-territorializing shift in, and never ending conflict between, different manifestations and perceptions of the very idea of value (relative and therefore absolute).¹ Contemporary global capital is predicated on the anchorless, deterritorializing, increasingly rapid circulation of and competition between relative values, and the opening up of ever-new fault lines and border zones for the further extraction of value. These post-national frontiers inaugurate the dismantling of traditional legislative mediations and legal structures (the modern state-form, for example), to such an extent that the *anomie* that has always been internal to *nomos* becomes, in its post-Cold War ascendance, the active and on-going *absenting* of the modern state's ability to mediate between *logos*, constituted power, political space, and modern forms of institutional restraint.

Globalization is the setting in motion of the demise of the modern mediations of relative value. It is their displacement into a monstrous quest, beyond all certainties regarding the value of value itself, for the absolutization of surplus value. Furthermore, it is capital's monstrous quest for surplus value—that is, for the ultimate spoils of self-destruction—that allows Carlo Galli to observe that globalization *is* global war itself. It is the unrestrained world of an absolutely decontained civil war (of *stasis* fully unleashed on a planetary scale) which is nothing more than the on-going perishing, the very form of ending, of modern political space itself without an alternative sovereign order or topographical arrangement in sight, and hence with no enduring location from which to anchor either transgression or transcendence. The post-Westphalian order is the Westphalian order in violent, limitless, *autoimmune* mode, and, as such, it is by definition only ever a matter of perpetuating finitude.

It is clear by now that the contemporary indistinction between war and peace on a global scale marks the active and on-going destruction of Kant's attempted yet impossible approximation to perpetual peace and the inter-state order of restraint. As Heidegger put it, "What is as yet ungraspable, and yet imposing itself and intruding everywhere in the realm of the uncomprehended, is the disappearance of the distinction between war and peace" (Heidegger, 2015, p. 154). It is as a result of the disappearance of this distinction between war and peace—a disappearance that inaugurates the incomplete liquidation of

1. By the 1950s and 1960s the U.S. had effectively become the world's bank. In 1971 the Nixon administration officially broke the dollar's link to gold. U.S. debts had become un-payable and rather than honor its obligations in gold, the U.S. government essentially defaulted. See Klein (2018).

modern legislative and juridical restraint, the on-going ruination of modern sovereignty, the invalidation of the regulative idea of reason itself, and, as such, of the very presence of reason—that the infrapolitical emerges with no school, founding principle, or specific methodology to orient or determine it. Having said that, what is suggested by the suffix *infra* (rather than by, say, the *sur* of surrealism or the *meta* of metaphysics) is the necessity of an engagement with the horizon and materiality of autoimmunity, ruination, finitude and death. It does not function solely in the name of the “actuality” of politics. While coextensive with the political, it strives to remain attuned to the ontological presuppositions of the political, to that which remains prior to the concealment and oblivion that political reason—the calculations of the relation between means and ends—installs in the name of the *partages* of social privilege. For this reason, the infrapolitical register’s primary differential gesture toward thinking is located in its attunement to the existential, rather than just to the moralizing political indignations (the states of identitarian injury, will to power, hegemony) of both Right and Left, which serve only to highlight the distinct nihilist forces of humanist subjectivism.

On a purely sociological level connected to the on-going and deepening crisis of liberal democracy—a crisis that has also installed the collapse of its concomitant ideologies of revolution and emancipation—it could be said that the infrapolitical register in thinking derives in part from the realization that a turn and a democratizing exodus or subtraction from the unjust yet increasingly virulent political calculations of neoliberal and post-neoliberal globalization (in which the ‘post-neoliberal’ refers to the effects of neoliberalism applied and now experienced as both state-form and unbounded planetary and human value extraction *in extremis*) are incumbent upon us.

Again, on a purely sociological level one can look toward symptoms such as the on-going political and social debacles experienced under the auspices of Catalanian secessionism, ‘Brexit’, or the vociferous yet somnambulistic claims to a collective recollection of a time prior to the current catastrophe via the *Make America Great Again!* brand. But one can also consider the myriad forms of right wing populisms that range from the “cultural” defense of the welfare state by wholesome Scandinavians embracing the historical values of the extreme Right, to the blatant anti-immigrant racism and defense of the land against all non-white “invaders” voiced in “*Build that Wall!*” One can also ponder, of course, the globalization of financial austerity and the collectivization of public and private debt that accompanies it, the resurgence of right-wing governments in Latin America after over a decade of attempted progressive reform, unfettered resource extraction, mass global migration, climate change, terrorism,

crypto-currencies (the votaries of which broadcast nothing less than the algorithmic ‘de-colonization’ of currency itself in the name of planetary deliverance!), Artificial Intelligence, split-second financialization and high speed trading, the passing of the utopian horizons not only of worker emancipation but of the global “periphery” in its entirety, the increasingly proliferous resistances of injured micro-identities, narco-accumulation, “global war”... the list is endless...

The question “What is the world coming to?” is now the most banal expression of perplexity regarding the nature and character of our times, and simultaneously the most conceptually impenetrable of all possible questions. It is certainly more bewildering now than it was just a few decades ago when President George H.W. Bush prophesized that the collapse of the Soviet empire would mark the beginning of a New World Order. In the wake of the Cold War—during which the disintegration of European territorial empire in the period between the European civil wars of 1914-18, 1936-1939 and 1939-1945 was momentarily re-territorialized under the umbrella of the U.S.-Soviet rivalry of 1948 to 1989—the idea of a specific post-Cold War order, of a historical direction anchoring individual and collective destinies and endeavors, or the very idea of a specific *nomos* of representation and of representability, is no longer available.

It is no longer even clear whether the term *interregnum*, which remains implicit in the previously enumerated symptoms, is sufficient to lend consistency to our understanding of the current predicament. Despite Antonio Gramsci’s singular but by now somewhat banal appropriation of the term—“The crisis consists precisely in the fact that the old is dying and the new cannot be born; in this interregnum a great variety of morbid symptoms appear” (Gramsci, 1971, p.276)—the word *interregnum* is in juridical terms the secret placeholder of a claim to the re-habilitated destiny of a specific notion of epochality and to its particular form of sovereign rule, for it denotes both a time of sovereign suspension and the containment within itself of the imminence of the suspension of suspension. Now, however, it is beginning to appear that the promise of the latter—of the contained and implicit rehabilitation of linear time from within the *interregnum*—remains definitively beyond grasp, extending its force everywhere in the realm of the incomprehensible and the un-comprehended, while also inaugurating the demand for a different nomenclature indicating something so post-epochal and so post-sovereign in nature that it would have no political or philosophical name other than that of eternal *ruination*, or of a perpetual and potentially creative *autoimmunity* internal to both the closure of metaphysics and to the economies of the post-neoliberal

era.² The figure of the ‘mortal God’ and its regime of representation are falling apart at the seams, but they are doing so without embracing either full-blown anarchy or the roots of a new Age. Nothing here can be resolved. We can merely glimpse that while in former times “force [was] the midwife of every old society pregnant with a new one. It is itself an economic power” (Marx, 1976, p. 916), in the contemporary order of planetary value extraction and of the on-going closure of historical progress we have plenty of economic power and force but are left devoid of the transitional linear time required of a new birth, commencement, or avant-garde of any kind. We are well on the way to losing the epochal promise of representation arrested and contained silently in the *inter* of the *interregnum*. The term *impasse*—which, easily enough, is always open to resolution via a sovereign or subjectivist decision—is even less compelling than *interregnum*. Having said that, it is what currently inhabits the decisionist terrain of both the populisms and sovereign authoritarianisms of contemporary globalization, as the demand for meaning at all cost (‘Make things make sense again!’), as if the true meaning of the Age could be revealed as a result of the will to break with the experience of a political dead end that is nevertheless constitutive of the neoliberal market-state duopoly.

Perhaps *decontainment* as global war, understood as the exhaustion of epochality itself, as Reiner Schürmann put it, indicates that it is no longer a question of an old epoch that is coextensive with a linear temporal transition toward the contours and possibility of a new destiny, of a new epoch of representation, but simply that of globalization (which by now cannot even be understood in the same terms as ‘late modernity’ was just thirty years ago) as a perpetual form of ending. In this sense, while the image of a suspended sovereignty names a primary instance of ruination, ruination’s duration and extension occludes suspension without necessarily consummating anything in its place. This *an-epochality*—the decontainment, or boundless disaster, of epochality itself—raises a number of questions, one of which is that of the tendential patterns, if any, which endure in the persistent, limitless autoimmunity that is the post-neoliberal, global order?

Progress and development are on the wane, certainly, and how could they not be? We are living in a state of rapid retreat from the founding metaphors of the entire Enlightenment tradition, including those of the liberal subject, democracy, the human, the Nation, the Republic (fraternity, equality, liberty) and the inter-state order of warfare between sovereigns. As a result, our modern organizing principles—other than those of

2. For more on the question of sovereign suspension in contemporary Latin America, see Villalobos-Ruminott (2014). For a first approach to “post-sovereignty”, see Cabezas (2013).

limitless economic “accumulation by dispossession” (Harvey)—are withering away in the face of planetary resource extraction and different forms of proxy war waged as a means for gaining access to surplus value at all cost, while the modern (Kantian) ideal of establishing a connection between thinking and acting—the relation between securing a rational foundation for the knowable and then conforming society’s daily actions to that foundation—has definitively run its course (Schürmann).

Beyond technology, individual self-interest and the relentlessly unforgiving topographies of Thomas Hobbes’ *war of all against all* there is nothing to replace the *nomos* of the Cold War, which is probably why the question of *ethics* has become so commonplace in its well-intentioned regurgitation of liberalism. In globalization the world is coming to nothing, or, there is nothing for the world to come to other than surplus value and destruction, since globalization itself conceals the coming to presence of world (Nancy, 2007). For this reason, the relation between thinking and acting is dominated increasingly by the instrumentalization of *techne* alone, and capital is increasingly extractive in nature. Meanwhile the subjective will to power, or nihilism, which manifests itself not only in the political staging of the oligarchs and their acolytes but in increasingly belligerent exhibitions of populist racism and gender violence, is the one thing that reigns unchallenged, confronted for the most part only with better intentioned contrary wills, but not necessarily with anything *other than* will to power.

No doubt it will be proclaimed by many academic devotees of the resurrection of modern revolution and universal emancipation—by the neo-communist museum curators of the dialectical path to absolute spirit, the academic philological bourgeoisie in search of a loving master and world picture still anchored in the Enlightenment doctrines of the subject—that such a diagnosis suffers from all the decadent, pessimist symptoms of a Leftist melancholy that, tainted ironically by Hegel’s “beautiful soul” (the self-cloistered cult of the beauty of holiness), is more attuned to a state of self-hypnotized inactivity (pessimism, nihilism or just ‘deconstruction’) than it is to concrete moral action (militancy, ‘real politics’ or the ‘communist hypothesis’). But in the infrapolitical register there is no longer any optimism to be placed in either salvation from barbarism (at least not in our inherited socialisms, which have demonstrated that communism is not necessarily the destruction of the capitalist mode of production) or in a *beyond* to disenchantment, which is the underlying desire for a good part of the Left’s boundless fidelity to the subjectivization of the subject.

As already noted, the point of departure for the infrapolitical register is conceptual attunement to the full exhaustion of all historical representations of progress, which,

of course, is very different from suggesting that Marx, for example, was wrong, or that the infrapolitical is antithetical to the act. What it proposes to circumvent are the facile theologisms of the will to power, its metaphysical attachments to historicism, hegemony and the vacuous promises of a *beyond* to disillusionment grounded in the political will of the militant subject. For this reason the infrapolitical register in thinking remains attuned to the *posthegemonic* underpinnings of the political. It never enters center stage but plays and toils in the shadows of every political staging. It is always coextensive to politics but without ever being political per se, for it is its distance from the political—its safeguarding of a place undetermined by the crude calculations of means and ends—that preconditions its inventive nonconformity to the political itself.³ For this reason it is only ever democratic.

What is at stake for the infrapolitical register and for the unfamiliar dimension of the possible that it seeks to move toward is the dignity of the human in the age of decontainment, and this in the full realization that humanism “does not set the *humanitas* of the human being high enough” (Heidegger 1988, p. 251). There can be no doubt that the humanism we have inherited from modernity has made a fundamental “contribution to the history of the armament of subjectivity” (Sloterdijk, 2017, “Rules” p. 204).⁴ In this sense it is nothing more than anthropocentric violence in conceptual and cultural form, since it conceals the *humanitas* of the human while ceaselessly claiming to define and ameliorate it as it moves along the dialectical path toward the truth of absolute spirit (and all of this in the name of progress, the subject, culture, identity, the Nation, representation, gathering, location, home, the familiarization and domestication of the relation between human and world etc.). For the infrapolitical register, however:

Thinking does not overcome metaphysics by climbing still higher, surmounting it, transcending it somehow or other; thinking overcomes metaphysics by climbing back down into the nearness of the nearest. The descent, particularly where human beings have strayed into subjectivity, is more arduous and more dangerous than the ascent. The descent leads to the poverty of the ek-sistence of *homo humanus*. In ek-sistence the region of *homo animalis*, of metaphysics, is abandoned... What counts is *humanitas*

3. Geoffrey Bennington (2016) refers to this distance as “the politics of politics”. From the poetic or infra-structural question of the foundation of writing (1999) to the exhaustion of difference (2001), from the non-subject of the political (2008) to the infrapolitics of the auto-graphic inscription (2016) and the discussions of the Infrapolitical Deconstruction Collective (<https://infrapolitica.com/>), the entirety of Alberto Moreiras’ intellectual trajectory has been dedicated to tracing the conceptual and political aporias of the distance to the political, as a form of inventive nonconformity to university knowledge and to the commonsense politics of hegemony.

4. See Martin Heidegger (1998, p. 244-5): “*Humanitas*, explicitly so called, was first considered and striven for in the age of the Roman Republic. *Homo humanus* was opposed to *homo barbarus*”.

in the service of the truth of being, but without humanism in the metaphysical sense. (Heidegger, 1988, p. 268).

What does this indicate? It does not signal that infrapolitics is predicated on finally uncovering the essence of being (of what Being *is*). It indicates thinking in the *arduous service of ek-sistence*, understood as *being-towards-death* as the abyssal path away from inauthenticity. For this reason, in the infrapolitical register the decision for existence means exposure to a register of decisiveness, of decision-making, and of dignity that remains beyond, yet occluded by, the biopolitical administration of life and the subjectivity that underpins it. It most certainly lies beyond, yet remains concealed by, the primacy of politics or the centrality of subjectivity and the preconceived notions of militant praxis that accompany it.

For the infrapolitical register the decision is the own-making event of the uncovering of existence as fundamental ownlessness (Nancy, 1993, p.102-4). This infrapolitical register is a *quest for an opening* to the thinking of the singular—to Being as ownlessness—and, as such, to the thinking of a fundamental modification in our understanding of the act. This understanding would never cease to uncover the question of the relation between justice and the community of beings, certainly, but would do so in light of Being rather than in light of the biopolitical administration of life and its assignation of social roles, for the latter are only ever indicators of the history of a subjectivist nihilism that always underlies the political coercions of hegemony and counter-hegemony. The infrapolitical, in this sense, is the comportment of a “living leftist principle” (lower case ‘left’) grounded in a fundamental relation of non-conformity to the “metaphysical and technocratic reflexes of humanolotry” (Sloterdijk, 2017, p.142).

The infrapolitical register strives to approach the task of thinking from within the inhabital, which begins with the dismantling of the primacy of the political over existence. This is what the infrapolitical register understands as a turn toward the possibility of an absolutely necessary appropriation, a renewed chance, for the arduous task of a thinking in which subjectivist understandings of property, propriety and value are exposed to the ownlessness of being-towards-death; that is, to the singular work of the un-appropriable distance of the nearness of the nearest; the poverty of the ek-sistence of *homo humanus* that can only be discerned from within the destitution of all metaphysical forms of subjectivism and representation.

References

- Bennington, G. (2016). *Scatter 1: The Politics of Politics in Foucault, Heidegger and Derrida*. New York: Fordham UP.
- Cabezas, O. (2013). *Postsoberanía: Literatura, política y trabajo*. Lanús: Ediciones La Cebra.
- Galli, C. (2010). *Political Spaces and Global War*. Minneapolis: University of Minnesota Press.
- Gramsci, A. (1971). *Selections from the Prison Notebooks of Antonio Gramsci*. Edited and Translated by Quintin Hoare and Geoffrey Nowell-Smith. London: Lawrence & Wishart.
- Harvey, D. (2003). *The New Imperialism*. Oxford: Oxford UP.
- Hegel, G.W.F. (1977). *Phenomenology of Spirit*. Translated by A.V. Miller. Oxford: Oxford UP.
- Heidegger, M. (1998). Letter on Humanism. In W. McNeill (Ed) *Pathmarks* (pp. 239-76). Cambridge: Cambridge UP:
- Heidegger, M., (2015). *Koivón: Out of the History of Beyng*. In *The History of Beyng* (pp. 149-67). Translated by William McNeill and Jeffrey Powell. Bloomington: Indiana University Press.
- Hobbes, T. (1985). *Leviathan*. Edited by C.B. Macpherson. London: Penguin Classics.
- Klein, M. C. (2018, September 14th). “Why the Euro Won’t Replace the Dollar”. *Barron’s*. (<https://www.barrons.com/articles/why-the-euro-wont-replace-the-dollar-1536945404>).
- Marx, K. (1976). *Capital: A Critique of Political Economy Volume One*. Introduced by Ernest Mandel. Translated by Ben Fowkes. London: Penguin Books.
- Moreiras, A. (1999). *Tercer espacio: Literatura y duelo en América Latina*. Santiago de Chile: LOM Editores.
- Moreiras, A. (2001). *The Exhaustion of Difference: The Politics of Latin American Cultural Studies*. Durham: Duke UP.
- Moreiras, A. (2008). *Línea de sombra: El no sujeto de lo político*. Santiago de Chile: Editorial Palinodia.
- Moreiras, A. (2016). *Marranismo e inscripción, o el abandono de la conciencia desdichada*. Madrid: Escolar y Mayo Editores.
- Nancy, J-L. (1993). “The Decision of Existence”. In *Birth to Presence* (pp. 82-109). Palo Alto: Stanford University Press.

- Nancy, J-L. (2007). *The Creation of the World or Globalization*. Albany: SUNY Press.
- Schürmann, R. (2003). *Broken Hegemonies*. Bloomington: Indiana University Press.
- Sloterdijk, P. (2017). The Domestication of Being. In *Not Saved: Essays after Heidegger* (pp. 89-148). Malden: Polity Press.
- Sloterdijk, P. (2017). Rules for the Human Park: A Response to Heidegger's 'Letter on Humanism'. In *Not Saved: Essays after Heidegger* (pp. 193-216). Malden: Polity Press.
- Villalobos-Ruminott, S. (2014). *Soberanías en suspenso: Imaginación y violencia en América Latina*. Lanús: Ediciones La Cebra.

NOTAS SOBRE EL PARADIGMA INFRAPOLÍTICO

Massimo Villani

Università di Salerno

NOTES ON THE INFRAPOLITIC PARADIGM

DOI: 10.17450/180214

Desde hace algunos años, Alberto Moreiras (Texas A&M University, USA) trabaja para introducir en el debate el concepto de *Infrapolítica*. En un convenio organizado en la Universidad de Salerno en mayo del 2017 por el profesor Davide Tarizzo y la profesora Enrica Lisciani Petrini, Moreiras presentó una suerte de manifiesto infrapolítico, cuyo texto integral está disponible en el sitio *Infrapolitical Deconstruction* (Moreiras, 2017).

El paradigma de investigación que propone Moreiras se define sobre todo a partir de la crítica de un asunto fundamental de la filosofía política moderna: existirían sujetos pre-constituídos, y a la filosofía le espera la tarea de decidir qué modalidad debe asumir la relación entre ellos. Sea la posibilidad de que la teoría imagine una fusión colectiva en un Sujeto superior, o sea que decida la disolución de todos los vínculos, en ambos casos el resultado de un planteamiento como este es el hecho de que la coexistencia humana será vista siempre desde un punto prospectivo separado del plano en el cual tal coexistencia se da. ‘Política’ es siempre el nombre de una mirada soberana, que está por encima de los sujetos a quienes intenta de algún modo dirigir. Por el contrario, la filosofía política, a causa de una necesidad intrínseca a su lógica abstracta, no verá los sujetos sino en su reducción ‘política’, es decir, colocándolos bien precisos dentro de estatus. El primer sentido de infrapolítica se encuentra entonces en el intento de eludir este desdoblamiento prospectivo

para situar la teoría en el nivel de la inmanencia en la cual las existencias tienen lugar. Es esto lo que se puede deducir de la afirmación que Moreiras pone en el inicio de su texto: la infrapolítica remite a la necesidad de tematizar la existencia como condición de todo pensamiento político. Infrapolítica, es, de este modo, el nombre de las prácticas y de las teorías que insisten sobre el plano de la inmanencia en el cual se despliegan las vidas: la existencia es el horizonte de la práctica infrapolítica, incluso si limitamos la idea de práctica a la de uso o ejercicio del pensamiento.

Por otra parte, sin embargo, esta inmersión en la inmanencia no es en absoluto un arribo a un suelo originario. La infrapolítica se muestra más como un gesto de desplazamiento de las categorías tradicionales filosófico-políticas, que como una simple sustitución de estas. Moreiras describe este gesto como

(...) un paso atrás con respecto de la política, no por ninguna voluntad de despolitización ni a través de ningún deseo antipolítico, sino cabalmente porque rehúsa entender que la política pueda constituir el primer o último horizonte del pensamiento, y postula que, en cualquier caso, todo pensamiento de la política es derivado y secundario respecto de modos de ejercicio existencial.

En este sentido, es necesario precisar que “al decir existencia, no se dice vida”. Lamentablemente, Moreiras no se detiene a pensar sobre qué tan oportuna sería esta distinción, incluso importante, liquidándola con una rápida definición: la existencia es el modo humano de relación con la vida.

Si bien no ha sido adecuadamente explorada en profundidad la relación existencia-vida, es claro que Moreiras quiere liberarse del paradigma biopolítico, incluyendo su aspecto afirmativo¹: la praxis política no tiene ningún fundamento², y la perspectiva infrapolítica pretende puntualmente efectuar un desplazamiento —“un paso atrás”— en dirección a la ontología, con la finalidad de destituir todos los planteos teóricos de tipo normativo. Afirmar que la existencia es “condición de todo pensamiento político” significa, de hecho, negar que la política sea una prolongación de la vida. Más precisamente,

1. Como es notorio, el debate sobre la biopolítica afirmativa es un hecho particularmente vivaz, que sucede desde hace aproximadamente quince años, en Italia. Sobre el tema cfr. Gentili & Stimilli (2015), Lisciani-Petrini & Strummiello (2017).

2. En realidad, al interno de la ‘escuela’ biopolítica afirmativa, la vida no es nunca asumida como ‘fundamento’ del cual se pueda —más o menos mecánicamente— deducir una teoría o una praxis política. A tal propósito, R. Esposito (2004) concluye el libro con el cual introducía el tema de la relación entre biopolítica y filosofía, afirmando que la vida “el contenido ni el sentido último de la biopolítica, pero al menos es su presupuesto: que se lo niegue una vez más en una política de la muerte, o se lo firme en una política de la vida, también dependerá del modo en que el pensamiento contemporáneo siga sus huellas” (p. 215).

sin embargo, la noción de existencia parece querer aludir a una dimensión que no se deja objetivar y que escapa a toda operación que responda a una razón calculadora. El estar firmemente afuera —*ek-sistentia*— típico del ser humano, nos remonta a algo de inapropiable que excede infinitamente el espacio de la política.

Evidentemente, es Heidegger el referente principal del discurso. El filósofo alemán —quien aparece también, como se verá en breve, al principio de las fuentes citadas por Moreiras— había negado que pudiera ser la categoría de “vida” aquella a dar acceso a la inteligibilidad del “mundo” (Heidegger, 1985). El *Dasein*, de hecho, no se califica como mero viviente: a diferencia del animal, atrapado en sus determinaciones biológicas – o, en la jerga heideggeriana, “pobre de mundo” –, el *Dasein* es “creador de mundo” porque el carácter estático propio de su ser, su *ex-istencia*, es aquello que lo coloca en la apertura del ser. El modo humano de relación con la vida del cual habla Moreiras es este permanecer en la *Lichtung*, donde el mero vivir aparece solo como la otra cara óptica de este diferir ontológico al cual el *Dasein* es convocado³.

La infrapolítica, en efecto, quiere asumir la existencia como “imperativa”: es solo a partir de una inmersión radical en la facticidad que es posible abrir una brecha en las determinaciones de la inmanencia y conquistar espacios de libertad. No hay trascendimiento, sino solo un modo particular —el cual se puede definir ‘reflejo’ o ‘decidido’— de habitar la inmanencia para abrir en la misma márgenes de libertad. Si, de hecho, hay una infrapolítica fáctica, inevitable, que está siempre de antemano por todas partes como dimensión constitutiva de la existencia (Moreiras, 2017), puede ser desarrollada, asimismo, una “infrapolítica reflexiva” (Moreiras, 2017) que elige la facticidad de la existencia, habitándola en manera consciente y polémica⁴: la ruptura infrapolítica, hecho o incidente inconspicuo, no deja de ser sometimiento a cierta necesidad, pero es un tipo especial de necesidad, spinoziana o cuasi-spinoziana: el reconocimiento de que el existente está atrapado en sus condiciones de existencia, y que solo ellas pueden tolerar prácticas relativas de libertad; el reconocimiento de que solo en el sometimiento a la dimensión imperativa de la existencia podemos encontrar algo otro que mando y dominación.

3. “La vida es un modo peculiar de ser, pero esencialmente sólo accesible en el *Dasein*. La ontología de la vida se lleva a cabo por la vía de una interpretación privativa. Ella determina lo que debe ser para que pueda haber algo así como un ‘mero vivir’. La vida no es ni un puro *estar ahí* ni tampoco es un *Dasein*. El *Dasein*, por su parte, nunca puede ser ontológicamente determinado como vida (ontológicamente indeterminada) y, además, otra cosa” (Heidegger, 1927, § 10).

4. Esta distinción entre una impolítica facticia y una reflejada es perfectamente simétrica con aquella, propuesta por Heidegger, entre existencia propia y cotidianidad cadente: “la existencia propia no es nada que flote por encima de la cotidianidad cadente, sino que existencialmente sólo es una manera modificada de asumir esta cotidianidad” (Heidegger, 1927, § 38).

A través del llamado a la existencia y a sus modos efectivos, la infrapolítica se propone sustituir el trascendimiento representativo, pero al mismo tiempo quiere adherir a la facticidad de la existencia sin asumir el hecho como norma⁵, sino escavando una vía hacia una forma de *exterioridad*.

Son tres las fuentes textuales para pensar la apertura a este afuera.

La primera está constituida por una intervención de Thomas Sheehan (2018), en la cual el estudioso de Heidegger contrapone el concepto de Abierto al de ‘época’. Cada época, de hecho, se rige sobre un principio fundamental y subjetivo que la organiza y la determina justamente como época, como suspensión de la historicidad. Mientras el pensamiento epocal es, en palabras de Sheehan, un “acotamiento de lo abierto”, la infrapolítica es, afirma Moreiras (2017), relación con lo abierto mismo, y en cuanto tal es relación destructiva con el pensamiento epocal, un intento de pensamiento postepocal, un ejercicio an-árquico a favor de la ruptura inconspicua, asintótica.

De Derrida, de su *Ousia et grammè* (1972), toma los conceptos de traza y *différance*. Allí donde Heidegger había insistido sobre el *Ereignis* como evento en el cual la diferencia ontológica, el mecanismo de iteración infinita provocado por la traza derridiana impide que se dé alguna epifanía de la diferencia ontológica: no hay traza en cuanto tal, dice Moreiras, la traza es solo remisión a la facticidad de la cosa (Moreiras, 2017). La existencia, privada de *arkhé*, se remite solo a una facticidad incesante, dispersa (Moreiras, 2017).

La última y más importante referencia que hace Moreiras es a Jean-Luc Nancy. El filósofo francés, a partir de una reflexión (Nancy, 1990) sobre el concepto de decisión que Heidegger desarrolla en *Ser y Tiempo*, define la decisión de existencia no como una elección entre opciones ya *dadas*, sino como la apertura al vacío de existencia que sostiene la existencia misma. Moreiras distingue en Nancy dos modalidades de decisión. La primera la define como “metafísica, subjetiva, identitaria” (Moreiras, 2017): es aquella que pretende superar la contingencia radical de la existencia para acceder a un nivel distinto. Justamente por esto, Moreiras llama a esta decisión “maquinación heroica” (Moreiras, 2017), asimilándola a la decisión política moderna: esta última, en efecto, quiere asumir la facticidad como un dato de partida sobre el cual un sujeto político debe imprimir una forma determinada.

En la segunda, en cambio, retoma Moreiras, “el existente, muy al margen de su constitución como ‘sujeto’, sutura o vincula su propia relación con la existencia” (Moreiras, 2017). Esta es la decisión infrapolítica, aunque, naturalmente, Nancy no la llama de la

5. Sobre el neoliberalismo como racionalidad política normativa que deduce la norma ex post del comportamiento libre y contingente de los sujetos cfr. Bazzicalupo, 2006.

misma manera. Dado que Nancy (1990) asimismo describe una *alegría* que se libera en la existencia en la inmediata adhesión a su existir, es decir, en adhesión a la nulidad de su fundamento, Moreiras afirma que tal alegría es “el afecto infrapolítico primario” (Moreiras, 2017). Según Nancy “la decisión, su angustia y su alegría tienen lugar ‘fuera’ del ‘texto’ – en la existencia” (p. 146). He aquí entonces la ruptura, “el incidente inconspicuo”, la decisión que, decidiendo por la inmanencia, por la facticidad, proyecta ‘alegremente’ el sujeto más allá de las maneras de su existencia: no *a otro sitio*, sino afuera, no un trascendimiento, sino una apertura.

Se podría hacer alguna observación a esta suerte de manifiesto infrapolítico en compendio, con la esperanza de que la misma pueda fomentar reflexiones y permita realizar precisiones aún más elaboradas y eficaces.

Moreiras se libera de los conceptos, ya exhaustos, que han dado forma a la teoría política moderna (Sujeto, Estado, Soberanía). Si bien los mismos son explicitados en modo completamente original, estos conceptos funcionan además en una teoría que, como propio punto de partida, asume la fragmentación, no la síntesis, como aquella de Laclau. Por otro lado, el paradigma infrapolítico no se deja confundir, como hemos visto, con perspectivas biopolíticas, ni, mucho menos, vitalistas.

Muy importante es el intento de pensar la existencia como excedente con respecto a la política, como algo que impide una traducción integral de sí mismo o una subsunción política. Parece una sugerencia de mucha actualidad en un tiempo en el cual es hegemónica una racionalidad política neoliberal que, lejos de ser una simple técnica de gobierno, se configura más bien como un verdadero “mecanismo de civilización” (De Carolis, 2017), que sincroniza la heterogeneidad de las vidas para obtener de este aparente desorden una armonía global y establecerse, de este modo, como una verdadera “razón-mundo” (Dardot, & Laval, 2009). Mientras que de las vidas se extrae valor, la existencia, en el sentido en el que Moreiras usa este concepto, parece resistir a este “totalitarismo” insinuante, sin, no obstante, dar inicio a hipóstasis trascendentes⁶. Evidentemente, por lo tanto, la infrapolítica toma las distancias también del enfoque de Foucault: como es sabido, para él todas las existencias son retenidas dentro del círculo gubernamental de subjetivación/sujeción⁷, y desequilibrar este círculo en un sentido u otro depende de cómo se encuentra uno *dentro* del mismo.

6. Como, en cambio, sucede en las prácticas políticas que ya gozan de un consenso siempre más transversal en gran parte del Occidente: aquellas neo-soberanías incapaces de pensar la política salvo en su trascendencia y para las cuales sería posible defenderse del flujo de capitales, mercancías y seres humanos repropionando el Estado en su forma más primordial, como una mera trascendencia protectora.

7. Cfr. sobre todo Foucault (2004). Sobre este tema cfr. Bazzicalupo (2013).

Quizás un punto crítico de la infrapolítica es precisamente esta tensión hacia la exterioridad.

Primero, en efecto, si bien Moreiras elabora una teoría para ‘mirar’ en la inmanencia, la elección de ignorar los procesos concretos de subjetivación a través de los cuales las vidas descomponen el dispositivo gubernamental, sin embargo, le impide ver los puntos posibles que podrían ser disparadores de la resistencia. Los sujetos, entonces, eluden el poder, no proyectándose hacia fuera, en la *ex*-sistencia, sino implementando nuevas formas de vida: es esta “política de los gobernados”⁸ que la infrapolítica no ve.

Aún con Foucault, se podría afirmar que como no se está nunca por fuera de una relación de poder, del mismo modo no se está nunca por fuera de la historia. Es correcta la referencia, a través de Sheehan, a una historia post-epocal y anárquica. Mas liberar a la historia del obstáculo de conceptos universales es una cosa muy distinta de perder de vista los modos específicos en los que toman forma, para después desvanecerse, objetos históricos singulares⁹. Esta historia como multiplicidad y transformación parece ser la condición de posibilidad misma de la política. Al contrario, el énfasis sobre el tema de la existencia como dimensión inapropiable e inmemorable da la impresión de referirse a una plano meta-histórico y des-politizante. La historicidad, que es propia del devenir político, no es epocal, sino que marca las condiciones de posibilidad del evento, es decir, del dar forma y del transformar las configuraciones históricas singulares.

El problema más grave que aquí se quisiera señalar es, por último, relativo a la capacidad de la infrapolítica de generar un discurso específicamente *político*: el problema se puede formular de la siguiente manera: ¿la infrapolítica implementa una racionalidad política o una racionalidad de otro tipo? Nancy, con la intención de plegar políticamente el *afuera* el cual menciona, debe agrandar el sentido del término *política* hasta hacerle perder todas las determinaciones mundanas y confundirlo con una suerte de ontología negativa, respecto de la cual los procesos empíricos concretos no pueden más que ser ulteriores y derivados¹⁰. Y, efectivamente, el problema que Nancy encuentra al afrontar es aquello de distinguir el *afuera* del que él habla de una dimensión ultra-política que tendría los rasgos de lo místico y de lo sacro¹¹. En primer lugar, entonces, se puede hacer la pregunta: ¿cómo se distingue un *afuera* de un otro?

8. Cfr. Chatterjee (2004). Referirse también a Bazzicalupo (2014) y Tucci (2013).

9. Cfr. J. Revel (2008).

10. Este agotamiento de la ‘política’ está ya presente en Nancy, 1990 y allí se encuentran también las formulaciones más recientes como en Revel (2008).

11. Es la discrepancia que Nancy intenta individualizar en la intensa confrontación con Blanchot la que conduce en Revel (2014). Sobre este tema me permito hacer referencia a Villani, 2016.

¿Quién nos asegura que el heterogéneo, el otro del cual habla Nancy sea realmente ‘político’ y ‘democrático’, y no sea en cambio “ultra-político”, místico y irracional?

Sobre todo, sin embargo, es necesario preguntarse si esta lógica de la alteridad define un pensamiento de la política o si, en cambio, subsume al político bajo otra forma de racionalidad. Derrida y Nancy reconocen que la política encuentra su origen y su posibilidad en un exceso, en algo ingobernable. No obstante, existen dos modos de tratar este exceso¹². O se lo reconoce como el exceso político mismo, y de este modo la política se configura precisamente como la subjetivación de aquel suplemento que no se deja relacionar con ninguna práctica de gobierno; o se lo comprende como una cosa que excede la misma racionalidad política y la hace depender de algo distinto, una ley ética. La infrapolítica parece, en sus primas formulaciones, suspendida entre estas dos alternativas.

Referencias

- Bazzicalupo L. (2006). *Il governo delle vite. Biopolitica ed economia*. Roma-Bari: Laterza.
- Bazzicalupo L. (2013). *Dispositivi e soggettivazioni*. Milano: Mimesis.
- Bazzicalupo L. (2014). *La doppia crisi della democrazia*. En Ead. (ed.), *Crisi della democrazia* (pp. 17-29). Milano: Mimesis.
- Chatterjee P. (2004). *The politics of the Governed. Reflections on Popular Politics in Most of the World*. New York: Columbia University Press.
- Dardot P. & Laval C. (2009). *La nouvelle raison du monde. Essais sur la société néolibérale*. Paris: La découverte.
- De Carolis M. (2017). *Il rovescio della libertà. Tramonto del neoliberalismo e disagio della civiltà*. Macerata: Quodlibet
- Derrida J. (1972). *Marges de la philosophie*. Paris: Les Éditions de Minuit.
- Esposito R. (2004). *Bios. Biopolitica e filosofia*. Torino: Einaudi.
- Foucault, M. (2004). *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France 1978-1979*. Paris: Seuil/Gallimard.
- Gentili, D. & Stimilli, E. (Eds.), (2015). *Differenze italiane. Politica e filosofia: mappe e sconfinamenti*. Roma: DeriveApprodi
- Heidegger M. (1927). *Sein und Zeit*. Tubingen: Max Niemeyer.

12. Por los siguientes argumentos tomo como base a Rancière, 2009.

- Heidegger M. (1985). *Phänomenologische Interpretationen su Aristoteles. Einführung in die phänomenologische Forschung*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann.
- Lisciani-Petrini, E. & Strummiello, G. (Eds.). (2017) *Effetto Italian Thought*, Macerata: Quodlibet.
- Moreiras A. (2017). *El incidente inconspicuo*. Borrador de ponencia para conferencia “Dalla biopolitica alla infrapolitica: nuovi paradigmi di ricerca sulla società contemporanea” (Università di Salerno, mayo 2017), consultable en el enlace: <https://infrapolitica.com/2017/05/17/el-incidente-inconspicuo-borrador-de-ponencia-para-conferencia-dalla-biopolitica-alla-infrapolitica-nuovi-paradigmi-di-ricerca-sulla-societa-contemporanea-universita-di-salerno-m/>.
- Nancy J.-L. (1990). *La communauté désouvrée*. Paris: Christian Bourgois Editeur
- Nancy J.-L. (1990b). *Une pensée finie*. Paris: Galilée.
- Nancy J.-L. (2008). *Vérité de la démocratie*. Paris: Galilée.
- Nancy J.-L. (2014). *La communauté désavouée*. Paris: Galilée.
- Rancière J. (2009). *Should Democracy come? Ethics and Politics in Derrida*. En P. Cheang, S. Guerlac (eds.), *Derrida and the time of the political* (pp. 274-290). Durham and London: Duke University Press.
- Revel J. (2008). *Histoire*, en Ead., *Dictionnaire Foucault*. Paris: Ellipses.
- Sheehan T. (2018). *But What Comes Before the After?*. En Polt R. & Fried G. (Eds.), *After Heidegger?* (41-55). London: Rowman & Littlefield International,
- Tucci A. (2013). *Cittadinanza e libertà. Pratiche e forme della soggettivazione politica*, en Id. (Ed.), *Disaggregazioni. Forme e spazi di governance* (pp. 195-208). Milano-Udine: Mimesis.
- Villani M. (2016). Recensione a J.-L. Nancy ‘La comunità sconfessata’. *Giornale di Metafisica*, (2), 703-705.

SOBRE LA REVISTA

Soft Power es una revista que nace del trabajo conjunto de estudiosos del sur de Europa y de América Latina, con el objetivo de solicitar la investigación sobre el nuevo paradigma de poder gubernamental, que hoy organiza el mundo, con especial atención a la zona geopolítica.

En respuesta a la urgente necesidad de repensar las categorías jurídicas y políticas tradicionales de la modernidad, tiene como objetivo el análisis crítico y reflexivo, centrado en resaltar el carácter problemático de actualidad.

Soft Power es publicada semestralmente. Asume un lenguaje interdisciplinario para garantizar la pluralidad de puntos de vista sobre el enfoque temático elegido, dando espacio a las contribuciones de filósofos políticos y del derecho, politólogos e historiadores del pensamiento político, pero también economistas y sociólogos.

La revista también tiene una sección, un *forum* de discusión, que le abre paso a la lectura de un libro de gran resonancia y analiza su tema desde diferentes perspectivas.

ABOUT THE JOURNAL

Soft Power is a review born from the joint work of scholars of the South Europe-Latin America, with the aim of hastening the research on the new paradigm of governmental power, which organizes the world with particular attention to that geopolitical area. Responding to the urgency of a rethinking of the traditional legal and political categories of modernity, it intends its analysis as critical as reflective, focused as it is onto highlighting problems of the present time.

Soft Power is published semi-annually. It adopts an interdisciplinary language to ensure the plurality of perspectives on the theme proposed from time to time, giving room to the contributions of political and law philosophers, political scientists and historians of political thought, as well as economists and sociologists.

The review also has a section, a discussion forum, that moving from the reading of a book of great resonance and importance, and it analyzes its topic from different perspectives.

NORMAS PARA LOS AUTORES DE LA REVISTA

Indicaciones para los artículos

Los artículos deben ser enviados como archivo al correo electrónico softpower.journal@gmail.com. Con cada contribución enviada a *Soft Power Journal* se debe adjuntar una carta donde el autor declara que el artículo no se ha presentado a otra revista y que no lo será mientras que la dirección no haya rechazado su publicación (Declaración de originalidad y de exclusividad). Después de la recepción, el Comité Editorial evaluará si el artículo cumple con las condiciones básicas requeridas por la revista. Posteriormente a este primer proceso interno de evaluación, el artículo se someterá a la evaluación de árbitros anónimos externos con un procedimiento de *blind peer reviewed*. El resultado de la evaluación será comunicado al autor en un período inferior a seis meses de la recepción del artículo. Si se requiere, el autor deberá tomar en cuenta las observaciones del evaluador, aportar los ajustes solicitados y reenviar la contribución correcta en un plazo no superior a los quince días. Al momento de recibir el artículo modificado, el Comité Editorial le informará al autor de su aprobación. Se asume que los artículos tienen el consentimiento de los autores para la publicación a título gratuito. El Comité Editorial se reservará el derecho de decidir en qué número aparecerán los manuscritos aceptados.

Los artículos enviados deberán respetar los siguientes requisitos:

- El texto no podrá tener una extensión superior a 40/50.000 caracteres (tamaño DIN A4), incluyendo resúmenes, cuadros, gráficos, notas de pie de página y referencias al final de cada artículo.
- El texto irá en letra Times New Roman tamaño 12, a espacio 1,5 líneas; las notas de pie de página irán en letra Times New Roman tamaño 10 a espacio sencillo.
- En la primera página debe figurar el título centrado y en mayúsculas. Más abajo se escribirán, también centrados, el nombre y apellido del autor o autores, así

como el centro o la institución a la que está(n) adscrito(s). En seguida debe figurar un resumen (*abstract*) con una extensión de entre 100 y 150 palabras y una lista de palabras clave (*keywords*) de 3 a 5 términos. Tanto el título como el resumen y la lista de palabras clave deben tener una versión en español y otra en inglés, para facilitar su inclusión en las bases de datos internacionales y en los repertorios bibliográficos.

- El artículo debe venir acompañado de los datos que permitan contactar al autor (dirección de correo electrónico), así como de un breve currículum indicativo (datos académicos, líneas de investigación y principales publicaciones). Se debe especificar el número de líneas o renglones o número de palabras o caracteres.
- Para las citas, estas se entrecomillarán “al comienzo y al final del texto”. Las citas largas (más de tres líneas) deberán ir sangradas dejando una línea en blanco antes y otra después de la cita. No deberá ser así cuando el texto largo venga citado como nota o dentro de ella.

Las citas bibliográficas se basan en pautas establecidas por la American Psychological Association (APA). Los autores deben adecuarse estrictamente al esquema presentado a continuación:

- **Para citar libros (un autor):**

En el texto: (Hart, 1961, p. 15)

Referencia al final de cada artículo:

Hart, H. L. A. (1961). *The Concept of Law*. London: Oxford University Press.

Si el libro tiene más de una edición o volúmenes o se cita algún tomo (t.) o volumen (vol./vols.) en particular, la referencia es la siguiente:

En el texto: (Basadre, 1983, VI, p. 57) que equivale al tomo sexto, página 57, de la obra de Basadre del año 1983.

Referencia al final de cada artículo:

Basadre, J. (1983). *Historia de la República*. 7.^a ed., t. 11. Lima: Editorial Universitaria.

- **Para citar libros (dos o más autores):**

En el texto: (Deleuze & Guattari, 1980, p. 185)

Referencia al final de cada artículo:

Deleuze, G. & Guattari, F. (1980). *Mille Plateaux Capitalisme et Schizophrénie*. Paris: Les Editions du Minuit.

- **Para citar capítulos de libro, artículos de monografías colectivas, prólogos, epílogos:**
 En el texto: (Rosenau, 2004, p. 19).
 Referencia al final de cada artículo:
 Rosenau, J. N. (1992). Governance, Order, and Chang in World Politics. En J. N. Rosenau & E. O. Czempiel (Eds.), *Governance without Government: Order and Change in World Politics* (pp. 1-29). Cambridge: Cambridge University Press.

- **Para citar artículos de revistas científicas y de diarios:**
 En el texto: (Bazzicalupo, 2016, p. 59)
 Referencia al final de cada artículo:
 Bazzicalupo, L. (2016). Populismo y liberalismo: la pretensión de la inmanencia. *Soft Power. Revista euro-americana de teoría e historia de la política y del derecho*, 4(2), pp. 57-70.

- **Para citar documentos de internet:**
 En el texto: (Rosanvallon, 2004)
 Referencia al final de cada artículo:
 Rosanvallon, P. (2004). La democracia en América Latina. En PNUD. *Contribuciones para un debate. Comentarios*. Recuperado de www.ndipartidos.org/es/node/1336.

Eventual indicación del traductor irá al final del texto.

Los artículos que no se adecuen a estas características serán devueltos.

Indicaciones para reseñas y ensayos bibliográficos

Las reseñas y los ensayos deben enviarse como archivo al correo electrónico sftpower.journal@gmail.com. El texto, acompañado de los datos que permitan contactar al autor, deberá presentarse a espacio sencillo y en letra Times New Roman tamaño 12; las notas de pie de página, en letra Times New Roman tamaño 10. Las reseñas deben constar de máximo 4 páginas; los ensayos bibliográficos, de un máximo de 10 páginas.

El Comité Editorial evaluará la publicación de los textos y decidirá en qué número se publicarán.

EDITORIAL RULES FOR AUTHORS

Recommendations for articles

The articles shall be sent as an archive file to the e-mail softpower.journal@gmail.com. The authors have to add a paper stating that the article has not been sent to another journal and it will not until the direction will take a decision about the publication (Declaration of originality and exclusivity). After receiving, the Editorial Board evaluates if the article is in line with the basic conditions requested by the journal. After this internal evaluation, the article will be submitted to an external anonymous referee with a process of *blind peer reviewed*. The result will be communicated to the author not later than six months after receiving the article. If requested, referee's remarks shall be taken into account by the author, which shall make corrections and send again the text within fifteen days. When receiving the amended text, the Editorial Board will inform the author about the approval. It is assumed that the publication of the articles is free of charge. The Editorial Board reserves the right to decide the issue in which the article will be published.

The articles shall fulfill the following requirements:

- The text shall not exceed 7.000 words (A4 sheet), including abstracts, tables, graphics, footnotes and bibliography page at the end of each article.
- The text shall be written in Times New Roman, 12 points, 1,5 line spacing; footnotes shall be written in Times New Roman, 10 points, single spacing.
- The title shall appear on the first page, centered and in capitals. Then the name and surname of the author or authors and their affiliation, also centered, shall appear and then an abstract (among 100-150 words) and a list of keywords (among 3 and 5). The title, abstract and the keyword list shall have both a Spanish and an English version, in order to facilitate the inclusion in international databases and bibliographic indexes.
- The articles shall be accompanied by information for contacting the author (e-mail address) and by a short *curriculum* (academic information, research topics and main publications).

- Quotes shall be written in double quotation marks “at beginning and at the end”. Long quotes (more than three lines) shall be preceded and followed by a blank line (not if the text is quoted as a footnote or inside it).

Bibliographic references are based on guidelines established by the American Psychological Association (APA). Authors must strictly adapt to the scheme presented below:

- **Book (one author):**

In the text: (Hart, 1961, p. 15)

Reference to the end of each article:

Hart, H. L. A. (1961). *The Concept of Law*. London: Oxford University Press.

If the book has more than one edition or volume, or a book (bk) or volume is cited (vol./vols.) in particular, the reference will read as follows:

In the text: (Basadre, 1983, VI, p. 57) which means volume six, page 57 of the 1983 work of Basadre.

- **Reference to the end of each article:**

Basadre, J. (1983). *Historia de la República*, 7.^a ed., t.11. Lima: Editorial Universitaria.

Book (two or more authors):

In the text: (Deleuze & Guattari, 1980, p. 185)

- **Reference to the end of each article:**

Deleuze, G. & Guattari, F. (1980). *Mille Plateaux Capitalisme et Schizophrénie*. Paris: Les Editions du Minuit.

- **Book chapter, articles of collective monographs, prefaces and epilogues:**

In the text: (Rosenau, 2004, p. 19).

Reference to the end of each article:

Rosenau, J. N. (1992). Governance, Order, and Change in World Politics. En J. N. Rosenau & E. O. Czempiel (Eds.), *Governance without Government: Order and Change in World Politics* (pp. 1-29). Cambridge: Cambridge University Press.

- **Articles of scientific journal and newspaper articles:**

In the text: (Bazzicalupo, 2016, p. 59)

Reference to the end of each article:

Bazzicalupo, L. (2016). Populismo y liberalismo: la pretensión de la inmanencia. *Soft Power. Revista euro-americana de teoría e historia de la política y del derecho*, 4(2), pp. 57-70.

- **Internet documents:**

In the text: (Rosanvallon, 2004)

Reference to the end of each article:

Rosanvallon, P. (2004). La democracia en América Latina. En PNUD. *Contribuciones para un debate. Comentarios*. Recuperado de www.ndipartidos.org/es/node/1336.

Any indication of the translator will go to the end of the text.

Articles not fulfilling these requirements will be rejected.

Recommendations for reviews and bibliographical essays:

Reviews and bibliographical essays shall be sent as an archive file to the e-mail soft-power.journal@gmail.com. The text shall be accompanied by information for contacting the author and shall be written with single spacing in Times New Roman, 10 points. Reviews shall not exceed 4 pages; bibliographical essays shall not exceed 10 pages.

The Editorial Board will evaluate the publication of the text and will decide the issue in which it will be included.

CÓDIGO DE ÉTICA

Prevenir publicaciones negligentes es una de las importantes responsabilidades del Consejo y del Comité Editorial. Este código describe la política de *Soft Power* para asegurar el tratamiento ético de todos los participantes en la revisión entre pares y en el proceso de publicación. Editores, revisores y autores están invitados a estudiar estas directrices y dirigir cualquier pregunta o duda a los correos: vgiordano@unisa.it o softpower.journal@gmail.com.

Esta guía se aplica a los manuscritos presentados a *Soft Power* a partir del 1.º de enero del 2014 y podrán ser revisados en cualquier momento por el Editor y el Consejo Editorial.

Deberes del Editor

El Editor es responsable del contenido de la revista y de garantizar la integridad de todo el trabajo que se publica en ella.

- **Las decisiones sobre la publicación:** El Editor tiene el derecho de tomar la decisión final sobre si aceptar o rechazar un manuscrito en referencia a la importancia, originalidad y claridad del manuscrito, y su relevancia para la revista.
- **Revisión de los manuscritos:** *Soft Power* sigue un proceso de revisión de “doble ciego”, por lo que los autores no conocen a los revisores y viceversa. El Editor se hace responsable de obtener la revisión oportuna, independiente y anónima de revisores debidamente cualificados que no tienen intereses en competencia de descalificación, de todos los manuscritos enviados a la revista. El Editor se hace responsable de asegurar que la revista tenga acceso a un número suficiente de evaluadores competentes.
- **Justa revisión:** El Editor y el Comité Editorial deben asegurarse de que cada manuscrito recibido por *Soft Power* sea revisado por su contenido intelectual sin distinción de sexo, género, raza, religión, nacionalidad, etc., de los autores.
- **Confidencialidad de la documentación presentada:** El Editor y el Comité Editorial asegurarán adecuados sistemas de control para garantizar la confiden-

cialidad y la protección contra el uso indebido del material enviado a la revista durante la fase de revisión; la protección de las identidades de los autores y evaluadores; además, se comprometen a adoptar todas las medidas razonables para preservar la confidencialidad de las identidades de los autores y revisores.

- **Divulgación:** El Editor debe garantizar que los manuscritos presentados se procesan de manera confidencial y que ningún contenido de los manuscritos será compartido con nadie más que el autor correspondiente o los revisores.
- **Conflictos de interés:** El Editor debería excluir de considerar manuscritos que tienen un real o potencial conflicto de interés que resulte de las relaciones o conexiones competitivas, de colaboración, financieras o de otro tipo con cualquiera de los autores, empresas o instituciones relacionadas con el manuscrito.
- **Autoridad:** Al Editor pertenece la decisión última y la responsabilidad de la revista. El Editor debe respetar los componentes de la revista (lectores, autores, revisores, equipo editorial) y trabajar para garantizar la honestidad e integridad de los contenidos de la revista y asegurar una mejora continua en la calidad de la revista.

Deberes de los revisores

- **Justa revisión:** Los revisores deben evaluar los manuscritos de manera objetiva, justa y profesional. Los revisores deben evitar prejuicios personales en sus comentarios y evaluaciones, y deben expresar sus opiniones claramente con argumentos de apoyo. Los revisores deben proporcionar revisiones fundamentadas y justas. Estos deben evitar ataques personales y no deben incluir ninguna opinión que sea difamatoria, inexacta, engañosa, obscena, escandalosa, ilegal o de cualquier otra forma objetable, o que infrinja los derechos de autor de cualquier otra persona, derecho de privacidad u otros derechos.
- **Confidencialidad:** La información relativa a los manuscritos presentados por los autores debe ser confidencial y será tratada como información privilegiada. Los revisores no deben discutir del manuscrito con cualquier persona que no sea el editor, ni deben discutir cualquier información del manuscrito sin permiso.
- **Certificación de las fuentes:** Los revisores de los manuscritos deben asegurarse de que los autores hayan señalado todas las fuentes de datos utilizadas en la investigación. Cualquier tipo de similitud o coincidencia entre los manuscritos

considerados con cualquier otro documento publicado de los cuales los revisores tienen conocimiento personal debe ser inmediatamente comunicada al Editor.

- **Puntualidad:** En el caso de que el revisor perciba que no es posible para él/ella completar la revisión del manuscrito en el plazo estipulado, debe comunicar esta información al Editor, de manera tal que el manuscrito pueda ser enviado a otro revisor.
- **Derecho de rechazo:** Los revisores deben negarse a revisar los manuscritos: a) cuando el autor ha formulado observaciones escritas sobre el manuscrito o sobre su versión anterior; b) cuando aparecen conflictos de interés que resulten de relaciones de colaboración, financieras, institucionales, personales o conexiones de otro tipo con cualquiera de las empresas, instituciones o personas ligadas a los artículos.
- **Quejas:** Cualquier queja relativa a la revista debe, en primera instancia, ser dirigida al Editor de *Soft Power*.

Deberes de los autores

- **Originalidad:** Los autores deben garantizar que ninguna parte de su trabajo es una copia de cualquier otro trabajo, ya sea escrito por ellos mismos u otros, y que el trabajo es original y no ha sido previamente publicado en su totalidad o en parte sustancial.
- **La autoría del artículo:** La autoría se limita a aquellos que han dado una contribución significativa a la concepción, diseño, ejecución o interpretación del estudio presentado. Otros que han hecho una contribución significativa deben estar inscritos como coautores. El autor debe asegurarse de que todos los coautores hayan avalado la versión definitiva del documento y acordado su publicación final.
- **El plagio y autoplagio:** El trabajo en el manuscrito debe estar libre de cualquier plagio, falsificación, fabricaciones u omisión de material significativo. El plagio y el autoplagio representan un comportamiento editorial poco ético y son inaceptables. *Soft Power* se reserva el derecho de evaluar los problemas de plagio y redundancia en una base de datos, caso por caso.

- **Reconocimiento de las fuentes y de los conflictos de intereses:** El autor debe indicar explícitamente todas las fuentes que han apoyado la investigación y también declarar cualquier conflicto de interés.
- **Puntualidad:** Los autores deben ser puntuales con la revisión de sus manuscritos. Si un autor no puede cumplir con el plazo establecido, debe escribir a los correos vgiordano@unisa.it o softpower.journal@gmail.com tan pronto como sea posible para determinar la posibilidad de prorrogar la entrega del artículo o su retirada del proceso de revisión.

El Código de Ética de la revista *Soft Power* se basa principalmente en las siguientes fuentes en línea:

- COPE - Committee on Publication Ethics, 2011. Code of conduct and best practice guidelines for journal editors. Accessed February 2014.
- Ethical-Guidelines, 2011. Ethical Guidelines for Educational Research, 2011. Accessed February 2014.

CODE OF ETHICS

The prevention of publication malpractice is one of the most important responsibilities of the Editorial Board. This Code describes *Soft Power*'s policies for ensuring the ethical treatment of all participants in the peer review and publication process. Editors, Reviewers and Authors are encouraged to study these guidelines and address any questions or concerns to the vgiordano@unisa.it or softpower.journal@gmail.com.

These guidelines apply to manuscripts submitted to *Soft Power* starting January, 1, 2014, and may be revised at any time by the Editorial Board.

Duties of Editor

The Editor is responsible for the content of the journal and for ensuring the integrity of all work that is published in it.

- **Publication decisions:** The Editor has the right to make the final decision on whether to accept or reject a manuscript with reference to the significance, originality, and clarity of the manuscript and its relevance to the journal.
- **Review of manuscripts:** *Soft Power* follows a double-blind review process, whereby Authors do not know Reviewers and vice versa. The Editor is responsible for securing timely, independent and anonymous peer review from suitably qualified reviewers who have no disqualifying competing interests, of all manuscripts submitted to the journal. The Editor is responsible for ensuring that the journal has access to an adequate number of competent reviewers.
- **Fair Review:** The Editor and their editorial staff must ensure that each manuscript received by *Soft Power* is reviewed for its intellectual content without regard to sex, gender, race, religion, citizenship, etc. of the authors.
- **Confidentiality of submitted material:** The Editor and the editorial staff will ensure that systems are in place to ensure the confidentiality and protection from misuse of material submitted to the journal while under review and the protection of authors' and reviewers' identities and will themselves take all reasonable steps to preserve the confidentiality of authors' and reviewers' identities.

- **Disclosure:** The Editor should ensure that submitted manuscripts are processed in a confidential manner, and that no content of the manuscripts will be disclosed to anyone other than the corresponding author, reviewers, as appropriate.
- **Conflicts of interest:** The Editor should excuse themselves from considering a manuscript in which they have a real or potential conflict of interest resulting from competitive, collaborative, financial or other relationships or connections with any of the Authors, companies or institutions connected to the manuscript.
- **Authority:** The Editor must have ultimate authority and responsibility for the Journal. The Editor should respect the Journal's constituents (Readers, Authors, Reviewers, Editorial Staff), and work to ensure the honesty and integrity of the Journal's contents and continuous improvement in journal quality.

Duties of reviewers

- **Fair reviews:** Reviewers should evaluate manuscripts objectively, fairly and professionally. Reviewers should avoid personal biases in their comments and judgments and they should express their views clearly with supporting arguments. Reviewers must provide substantiated and fair reviews. These must avoid personal attack, and not include any material that is defamatory, inaccurate, libelous, misleading, obscene, scandalous, unlawful, or otherwise objectionable, or that infringes any other person's copyright, right of privacy, or other rights.
- **Confidentiality:** Information regarding manuscripts submitted by authors should be kept confidential and be treated as privileged information. Reviewers should not discuss the manuscript with anyone other than the Editor, nor should they discuss any information from the manuscript without permission.
- **Acknowledgement of Sources:** Manuscript reviewers must ensure that authors have acknowledged all sources of data used in the research. Any kind of similarity or overlap between the manuscripts under consideration or with any other published paper of which reviewer has personal knowledge must be immediately brought to the Editor's notice.
- **Timeliness:** In the event that a reviewer feels it is not possible for him/her to complete review of manuscript within stipulated time then this information must be communicated to the Editor/Guest Editor, so that the manuscript could be sent to another reviewer.

- **Right of refusal:** Reviewers should refuse to review manuscripts: a) where they have provided written comments on the manuscript or an earlier version to the Author, b) in which they have any conflicts of interest resulting from collaborative, financial, institutional, personal, or other relationships or connections with any of the companies, institutions, or people connected to the papers.
- **Complain:** Any complaint relating to the journal should, in the first instance be directed towards the Editor of *Soft Power*.

Duties of Authors

- **Originality:** Authors must ensure that no part of their work is copied from any other work, either authored by themselves or others and that the work is original and has not previously been published in whole or substantial part.
- **Authorship of the paper:** Authorship should be limited to those who have made a significant contribution to conception, design, execution or interpretation of the reported study. Others who have made significant contribution must be listed as co-authors. The author should ensure that all co-authors have affirmed the final version of the paper and have agreed on its final publication.
- **Plagiarism and self-plagiarism:** All work in the manuscript should be free of any plagiarism, falsification, fabrications, or omission of significant material. Plagiarism and self-plagiarism constitute unethical publishing behavior and are unacceptable. *Soft Power* reserves the right to evaluate issues of plagiarism and redundancy on a case-by-case basis.
- **Acknowledgement of Sources and Conflict(s) of interests:** The author should indicate explicitly all sources that have supported the research and also declare any conflict(s) of interest.
- **Timeliness:** Authors should be prompt with their manuscript revisions. If an Author cannot meet the deadline given, the Author should contact to vgiordano@unisa.it or softpower.journal@gmail.com as soon as possible to determine whether a longer time period or withdrawal from the review process should be chosen.

The Code of Ethics of *Soft Power* draws heavily from the following on-line sources:

- COPE – Committee on Publication Ethics, 2011. Code of conduct and best practice guidelines for journal editors. Accessed February, 2014.
- Ethical-Guidelines, 2011. Ethical Guidelines for Educational Research, 2011. Accessed February, 2014.

