Fruta prohibida

Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado

Fruta prohibida

Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado

Juan-Ramón Capella

E D I T O R I A L T R O T T A

COLECCIÓN ESTRUCTURAS Y PROCESOS
Serie Derecho

Consejo Asesor: Perfecto Andrés
Joaquín Aparicio
Antonio Baylos
Juan-Ramón Capella
Juan Terradillos

Primera edición: 1997
Segunda edición: 1999
Tercera edición: 2001
Cuarta edición: 2006
Quinta edición, revisada y ampliada: 2008

© Editorial Trotta, S.A., 1997, 1999, 2001, 2006, 2008
Ferraz, 55. 28008 Madrid
Teléfono: 91 543 03 61
Fax: 91 543 14 88
E-mail: editorial@trotta.es
http://www.trotta.es

© Juan-Ramón Capella, 2008

ISBN: 978-84-9879-013-9
Depósito Legal: M-43.383-2008

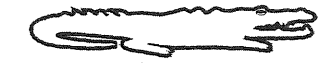
Impresión
Fernández Ciudad, S.L.

CONTENIDO

Nota a la edición revisada 11
Nota introductoria 13

1. Relaciones sociales y relaciones jurídicas 17
2. El origen del derecho 47
3. Materiales jurídicos premodernos 75
4. El relato político moderno 125
5. La institucionalización jurídico-política moderna: el estado representativo 155
6. Maduración y crisis del proyecto jurídico-político moderno 199
7. Globalización y poder 271
8. El derecho en el campo de poder globalizado 317

Índice general 357



NOTA A LA EDICIÓN REVISADA

La profundización de la crisis jurídica de la globalización obligaba a revisar un libro cuyo armazón básico procede de finales del siglo pasado. Y, por otra parte, su uso como material para el aprendizaje mostraba algunas carencias. La presente edición creo que mejora sensiblemente *Fruta Prohibida*, un libro cuya buena acogida por el público se debe seguramente a que es el tipo de texto que su autor hubiera deseado leer cuando se iniciaba en los estudios superiores.

Han contribuido a su mejora no pocos estudiantes, sobre todo con algunas *misinterpretations* que, bien lo veo, eran perfectamente legítimas. A algunos amigos les debo, por otra parte, observaciones críticas y sugerencias gracias a las cuales creo que el libro ha evitado algunos de sus defectos: sobre todo, estoy en deuda con Ascensión Cambrón Infante, José Antonio Estévez Araújo, José Luis Gordillo, Antonio Giménez Merino, Antonio Madrid, Eduardo Melero Alonso y Joan Ramos Toledano.

Es frecuente que filósofos morales y políticos, de una parte, economistas de otra, y algunas especies de pensadores sociales, como los historiadores más econometristas, tiendan a minimizar o incluso a desconocer por completo las funciones sociales del derecho, e incluso a ignorarlo en los cálculos políticos. En eso se comportan tan acientífica y acríticamente como los juristas exclusivamente positivistas, internalistas, a quienes sólo interesan la ley y la jurisprudencia. Con su pan se lo coman, que no hay peor sordo que el que no quiere oír, y no se ha hecho la miel...

Barcelona
Junio de 2008

NOTA INTRODUCTORIA

He escrito este aproximación al estudio del derecho y el estado por sentirme obligado a ello: obligado con los estudiantes que hayan de cursar la licenciatura en derecho, sin duda, pero sobre todo obligado ante los que han seguido mis cursos propedéuticos en la Facultad de Derecho, en la Universidad de Barcelona desde 1980 o, en la década precedente, en el *bunker* de cemento animado con hierba que era la UAB *d'antan*.

Durante años he recomendado a los estudiantes como material de trabajo las lecturas más variadas y he de admitir que a veces peregrinas, además de diversas versiones de apuntes ciclostilados —los *Cuadernos azul y marrón*, titulados así en autoirónico homenaje a los cuadernos de Wittgenstein, filósofo modélico, entre otras muchas cosas, por su capacidad para rectificar—. La redacción de un libro que hiciera las veces de manual quedaba aplazada de año en año, aunque el proyecto de ese texto se precisaba a medida que mis cursos sufrían la crítica implícita pero inequívoca de su recepción, asimilación y —todo hay que decirlo— *tergiversación* por los estudiantes. He aquí, finalmente, un manual sin mayores pretensiones. Asume la forma de una introducción a los fenómenos jurídicos y de poder.

He hecho caso omiso de uno de los supuestos de los manuales introductorios de casi todas las disciplinas, esto es, la creencia de que los estudiantes no son capaces de avanzar gran cosa y por tanto que cualquier *introducción* ha de ser piadosamente superficial. Por lo que sé de primera mano, la mayoría de los estudiantes está deseando aprender todo lo que pueda y es perfectamente capaz de hacerlo. Otra cosa es que quien se inicia en una materia se halle en condiciones de obtener gran provecho de la lectura de un texto, a veces apresurada, y aún

otra distinta que todo se pueda aprender *inmediatamente*. Aprender exige, como el buen vino, tiempo de reposo y maduración. Creo en cambio que cabe optimizar la lectura del presente libro si antes se recorren las páginas de *El aprendizaje del aprendizaje* (Trotta, Madrid, 1996), concebido como una introducción a esta introducción...

La estructura adoptada por *Fruta Prohibida* presenta el derecho y el poder contemporáneos como una entidad integrada por varios estratos superpuestos. Se avanza desde los estratos más antiguos, que componen el «núcleo» remoto de la cosa estudiada y contienen elementos indispensables, a los estratos más recientes, con elementos tal vez efímeros pero intensamente activos. Creo que esta presentación topológica del material jurídico-político puede resultar fecunda para evitar el dogmatismo, ese clavo ardiendo al que solemos agarrarnos a falta de algo mejor cuando avanzamos por territorios intelectuales desconocidos. Los puntos de referencia históricos y en general la consciencia histórica inducirán a despreciar las falsas certidumbres y a valorar las cuestiones para las que no se tiene respuesta. Pero como el lector advertirá éste no es un libro de historia: tiende más bien a «analizar los fundamentos» de las cosas, esto es, a adoptar una perspectiva también teorética.

No hay lugar aquí para cuestiones de tanta enjundia como el tratamiento de los llamados «casos difíciles», o las diferencias entre «principios» y «valores», etc., que suelen figurar en los manuales de *teoría del derecho*; el lector puede encontrarlas, si acaso, en uno cualquiera. Se ha optado en cambio por un enfoque que sin dejar de ser útil al jurista pueda ser apropiado también para estudiantes de sociología, ciencias políticas, humanidades, economía, historia... No sólo por considerar siempre determinantes los fenómenos de poder: también por ver el derecho no meramente como un saber de juristas sino como un fenómeno social de primer orden. El aspecto específicamente institucional y jurídico de la sociedad suele estar insuficientemente atendido por la reflexión social y el filosofar político.

***

Mi agradecimiento, ante todo, a los estudiantes discutidores y desconfiados, a los buenos estudiantes en general, siempre recordados. También a los compañeros pero sobre todo amigos del Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Barcelona, que han criticado algunas partes del original. Mi gratitud, finalmente, a maestros y colegas de los que he aprendido algo que he tratado de aportar a este libro. Ángel Latorre, profesor de Derecho Romano, con-

tribuyó a hacerme ver el derecho como un producto inseparable de los demás hechos culturales. Oriol Casanovas, un viejo buen amigo, tiene el don de permitirme atisbar el abismo de mis ignorancias jurídicas. Alejandro Nieto, gran maestro del Derecho Administrativo, me ha dado fulgurantes claves de acceso a la relación entre la reflexión abstracta y la elaboración técnica (una, inolvidable, sobre la *Interessenjurisprudenz* mientras comíamos en el campo uvas robadas y discutíamos secundariamente acerca de la conveniencia de tragar el hollejo). José Puig Brutau, por su parte, acogió en su casa muchas tardes al recién graduado de menguado equipaje que era yo; su conversación inteligente, más que ninguna otra cosa, me enseñó a calibrar funcionalmente los materiales jurídicos. Cuando daba fin a este libro experimenté de nuevo la necesidad de escucharle. El gran iusprivatista encaminó el coloquio a la cuestión capital del presente: que este mundo es, más que nunca, un mundo de injusticia.

Bellver de Cerdanya
Agosto de 1997

Capítulo I

RELACIONES SOCIALES Y RELACIONES JURÍDICAS

SUMARIO: 1.1. Una relación jurídica. 1.2. La socialización humana. 1.3. El poder y sus clases. 1.3.1. El poder cultural. 1.3.2. El poder económico. 1.3.3. El poder militar. 1.3.4. El poder político. 1.4. El trabajo: rasgos genéricos. 1.4.1. Naturalidad del trabajo. 1.4.2. Socialidad del trabajo. 1.4.3. Artefactualidad del trabajo. 1.4.4. El trabajo, generador de ideas. 1.5. Aspectos de la división del trabajo. 1.5.1. El aspecto natural de la división del trabajo. 1.5.2. El aspecto técnico de la división del trabajo 1.5.3. La división patriarcalista del trabajo. 1.5.4. El aspecto clasista de la división del trabajo.

1.1. UNA RELACIÓN JURÍDICA

Para iniciarnos en el estudio del Derecho nuestro primer paso consistirá en diferenciar las relaciones *jurídicas* entre las personas de cualquier otro tipo de relaciones entre ellas. Para entrar en materia podemos partir de una relación social tan fundamental como la paterno-filial, a la que nadie escapa pues todos somos hijos de alguien.

Esta relación, entre un padre y un hijo, tiene un núcleo central natural. Es una relación ante todo *biológica*. Desde un punto de vista que contemple este núcleo, decimos de dos personas que son padre e hijo si entre ellas existe el mismo nexo biológico que relaciona a dos animales de otra especie. Es —digamos— una cuestión de ADN, enteramente independiente de que las personas involucradas la conozcan, se la representen como tal, de las opiniones a su respecto y de las emociones y sentimientos que eventualmente genere.

Para que exista esta *relación paternofilial biológica* no es necesario que los sujetos sean *conscientes* de ella. De hecho, los hijos ignoran durante bastante tiempo que guardan una relación biológica natural con su padre y no saben en qué consiste: antes de que adquieran más sugestivos conocimientos, para los niños decir 'papá' es sólo designar a una persona determinada. También puede haber personas que sean padres de otras sin saberlo. De modo que dos sujetos pueden estar vinculados por esta relación humana —como ocurre en tantas otras— sin que el elemento de *la consciencia* sea necesario para que exista la relación.

Debemos tomar buena nota de este punto inicial si buscamos una comprensión científica de los fenómenos sociales: las relaciones sociales, entre personas, pueden ser inconscientes o invisibles para los involucrados en ellas.

La relación paterno-filial biológica puede ir acompañada *o no* de una *relación paterno-filial cultural*: la hay cuando los sujetos vinculados por la biología adoptan además ciertos *papeles y funciones sociales*: de protección del hijo y de la madre, sobre todo en la fase de socialización del hijo; de protección del progenitor por el hijo en la edad avanzada de aquel. Estas funciones y papeles configuran la relación paterno-filial *cultural*. Que puede no coincidir con la relación biológica. De hecho, en ciertas poblaciones primitivas los nexos biológicos entre padres e hijos son menos claros que los materno-filiales, y sus instituciones sociales ignoran la paternidad biológica (así, los *wunambal* del noroeste de Australia, por citar un ejemplo entre muchos[1]). El padre biológico de una criatura no desempeña en esas culturas el papel social nutricio y protector corriente entre nosotros: el papel *cultural* de padre —en este sentido nutricio, protector y socializador— es asignado a un hermano u otro *pariente* de la madre.

La coincidencia de la paternidad biológica y la cultural es una cuestión histórica y cambiante, al igual que la configuración de los grupos a los que llamamos 'familia' en las diferentes culturas y a lo largo de la propia evolución histórica de cada cultura. La paternidad biológica refiere una relación *natural*; en cambio, *ninguna* paternidad cultural es *natural*: todas sus variantes —incluida la que te afecta a ti, lector— son histórico-sociales.

En nuestra propia cultura empieza a ser frecuente que la relación paterno-filial cultural no coincida con la biológica, o que se escinda en diferentes sujetos. Dicho de otro modo: hay personas con varios

1. El lector curioso puede saciar su curiosidad buscando en internet datos sobre los *wunambal*.

padres *culturales*, sin que necesariamente alguno de ellos haya de ser el biológico. Por otra parte ciertas posibilidades biotecnológicas (inseminaciones artificiales, «bebés probeta», etc.) y sociales (adopciones, familias de cónyuges del mismo sexo; o poblaciones emigrantes, que materializan distintos modelos culturales de familia) han introducido complejidad en los dos aspectos de la relación paterno-filial contemplados hasta ahora: el biológico y el cultural.

En las culturas en que la «paternidad biológica» y la «paternidad funcional» *no* coinciden normalmente, lo que establece la «paternidad funcional» o sociocultural son ciertos principios organizativos de la vida grupal que mantiene la *tradición*, expresados en forma de leyendas o mitos religiosos, vinculantes para la gente en forma de tabús, por ejemplo[2]. Si se examinan culturas diferentes, los modelos de organización «familiar» muestran ser insospechadamente multiformes. Cuando la «paternidad biológica» y la «paternidad cultural» coinciden son esos mismos principios organizativos culturales los que establecen la segunda, en este caso porque el contenido de los principios organizativos toma en consideración la «paternidad biológica».

Y ¿qué es la *relación paterno-filial jurídica?* Es una relación diferente de las dos paternidades contempladas hasta ahora. Se da en grupos sociales que han creado *instituciones jurídicas*, lo que sólo ha ocurrido en estadios avanzados de la historia de la humanidad. La relación paterno-filial jurídica o institucional pública consiste meramente en la asignación forzosa de deberes y derechos específicos a dos personas por parte de la institución o autoridad jurídica, la cual adopta determinados criterios culturales para asignarlos precisamente a esas personas y no a otras. Los deberes y derechos de las dos personas así relacionadas quedan garantizados por la capacidad de coerción que posee la autoridad jurídica pública.

> Así, en la sociedad española del presente, la autoridad jurídico-política —que de momento tomaremos tal como se nos presenta intuitiva, precientíficamente; el concepto será precisado más adelante— *a*) selecciona un modelo familiar entre los varios posibles proscribiendo los demás con amenazas de ejercicio de la fuerza: «El que contrajere segundo o ulterior matrimonio, a sabiendas de que subsiste legalmen-

2. *Vid.* AA.VV., *Polémica sobre el origen y la universalidad de la familia* (Anagrama, Barcelona, 1974) y la bibliografía ahí reseñada. En el cuerpo del texto se habla de *papeles sociales*, o de *funciones sociales*, pero la adopción de esta terminología es convencional, pues también podría hablarse de *necesidades*: necesidad de reproducción, necesidad de protección de las crías y de la madre, etc. Cualquiera que sea la ontología conceptual adoptada es preciso parar mientes en la historicidad de las *necesidades*, que es previa a la de las funciones *sociales* diseñadas para satisfacerlas.

te el anterior, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año» (art. 217 del Código Penal de 1995); *b*) *presume* hijos del marido a «los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges» (art. 116 del Código Civil); *c*) establece entre ascendientes y descendientes la obligación de darse «todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica» (arts. 142 y siguientes del Código Civil), y *d*) pena a quien dejare de cumplir este deber legal pudiendo hacerlo.

Esos medios introducen la relación paterno-filial *jurídica*, no necesariamente coincidente con las paternidades biológica y cultural. En el registro civil (donde el estado tiene anotadas estas cosas) puede figurar perfectamente como *padre* (jurídico) de un determinado *hijo* alguien que no guarde con éste relación biológica ninguna ni tampoco desempeñe a su respecto funciones nutricias y protectoras. Las relaciones paterno-filiales *jurídicas* son un conjunto de deberes *específicos* entre dos o más personas y entre éstas y el estado impuestos por este último.

Vista estrictamente, la relación paterno-filial *jurídica* se refiere a la posibilidad de que los «parientes jurídicos» recurran el uno respecto del otro a la capacidad de violencia del estado en determinados supuestos para obtener sustento, habitación, vestido y asistencia médica, entre otras cosas; se refiere también a la posibilidad de que, en otros supuestos, el estado la ejerza sobre ellos por su propia y autónoma decisión; y en sociedades como la nuestra, en que la sucesión patrimonial por causa de muerte tiene gran importancia, la relación paterno-filial jurídica resulta determinante para la asignación al menos de una parte del patrimonio del difunto (al que en el *lenguaje jurídico* se suele llamar, aun más piadosamente, 'causante').

De modo que ya tenemos una primera aproximación a las relaciones jurídicas: las hay entre personas cuando alguna de ellas puede recurrir a las instituciones públicas para que ejerciten contra otras personas su capacidad de coerción[3].

Esta primera aproximación es reductiva, de mínimos, «kelseniana» (del nombre de uno de los mayores juristas del siglo XX, Hans Kelsen), podríamos decir, pues atiende ante todo a la coerción pública.

Pero simplificaríamos gravemente la idea de *Derecho* si concibiéramos las relaciones jurídicas partiendo sólo de las normas coercitivas

3. Ni 'instituciones públicas' ni 'estado' han quedado definidas o caracterizadas de momento. Pero corresponden a conceptos esenciales que serán analizados más adelante. Vid. *infra*, sobre todo, cap. V.

de la institución pública, en nuestros tiempos el estado. Pues hemos de comprender que las normas del estado no podrían *funcionar* si en general resultaran absurdas para la sociedad que ha de atenerse a ellas, si la violentaran grave y sistemáticamente. En el ejemplo de la relación paterno-filial jurídica, por ejemplo, la norma que prohíbe contraer «segundo o ulterior matrimonio, a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior» resultaría inaceptable en sociedades de tradición poligámica[4], que han de establecer con normas distintas a las nuestras la *filiación* jurídica. Nuestras normas jurídicas de derecho sucesorio le parecerían completamente inaceptables, por razones culturales, a un apache, para quien resultaría vergonzoso y moralmente inaceptable quedarse con las pertenencias de su padre difunto[5]. *Heredar no es natural*, dicho sea para que con la fuerza de este ejemplo concreto el lector pueda empezar a armarse contra la supuesta *naturalidad* de tantas cosas que en realidad son artificios o instituciones culturales e históricos propios sólo de determinados grupos humanos pero no universales.

El lado *cultural* de las relaciones jurídicas es tan importante para la comprensión del funcionamiento del derecho como su lado coercitivo. Aunque el derecho es a menudo desobedecido y el conflicto jurídico existe —de él viven los actuales *expertos* en derecho—, lo más común es que las normas jurídicas sean obedecidas, y que funcionen haciendo previsible el comportamiento de los demás en la vida en común.

Eso, desde luego, no significa que las normas del derecho sean vistas siempre espontáneamente como justas. Una cosa es la justicia y otra la legalidad. Cuando sale a relucir la palabra 'justicia' y nociones correlatas, lo primero es preguntarse *para quién* resulta justa una norma y *según qué criterios* es vista así.

En sociedades donde es corriente la injusticia para muchos, lo normal es que las normas sean vistas como injustas; entonces *luchar por cambiar las normas existentes* resulta un deber moral para muchas personas, deber que puede llevarlas a cometer *actos antijurídicos*.

De modo que una importante regla de método si buscamos un conocimiento científico del derecho es no dar por supuesta la justicia de sus normas. Este asunto es axiológico o *poiético*, no epistémico o de conocimiento. *Tampoco hay que suponer que quienes consideran injustas ciertas normas tengan ya* voz *para denunciarlas*. Mujeres, niños, gentes de razas o preferencias sexuales en minoría, extranjeros y otras

4. *Vid.*, por ejemplo, *Deuteronomio*, 21, 15-17.

5. *Vid.* S. M. Barret (ed.), *Gerónimo. Historia de su vida*, trad. y anotado por M. Sacristán, Grijalbo, Barcelona, 1975, p. 46.

categorías sociales han padecido durante mucho tiempo normas injustas de sus sociedades sin tener siquiera *voz* para exigir el cambio de las normas jurídicas opresoras.

Por otra parte, desde un punto de vista científico, que trata de conocer, no se pueden emitir juicios morales o de valor, los cuales sólo son admisibles desde un punto de vista *poiético*, relativo a cómo *debe ser* el mundo —referentes a un proyecto de mundo social—, y no a cómo el mundo *es*. Eso no quiere decir que unos «proyectos de mundo» sean tan valiosos como otros. Unos pueden ser completamente irracionales y otros más ajustados a lo que se conoce; y, *con independencia de eso*, unos pueden ser queridos por minorías y otros por grandes mayorías de personas.

Como el lector puede ver, se van agolpando ante nuestros ojos muchas cuestiones que afectan a una comprensión de intención científica de lo que el derecho *es* y acerca de *cómo funciona*, y también para comprender la vida social o las relaciones sociales y las de poder. En las páginas precedentes han sido usados conceptos —como *socialización*, *grupo social*, *institución*, *norma*, *estado*, *autoridad jurídico-política*— no caracterizados previamente por la simple razón de que no es posible explicarlo todo a la vez[6]. Hemos de avanzar dando rodeos cada vez más estrechos hacia el núcleo de lo que nos proponemos estudiar.

Para comprender la naturaleza y el origen de una *institución* social tan importante como la institución jurídica, esos rodeos se refieren a aspectos clave de la vida en común: aspectos como el proceso de socialización de las personas, la formación de culturas diferenciadas, la existencia de *instituciones coercitivas* más simples que el derecho pero sumamente eficaces, y las formas que adquiere el *poder* de unas personas sobre otras. A estas cuestiones es preciso dedicar nuestra atención antes de pasar a examinar las primeras manifestaciones jurídicas.

1.2. LA SOCIALIZACIÓN HUMANA

Las crías del animal humano son las de crecimiento más lento entre las de todas las especies; no sobrevivirían si no fueran protegidas y *criadas* —valga la redundancia— por el grupo social en el que vienen al mundo. Eso, que asegura la supervivencia, no garantiza aún su conversión en *personas*. Para la conversión de las criaturas humanas en personas es necesario un proceso de *socialización*.

6. El lector que se sienta desamparado por esta ausencia de conceptualización provisional puede buscar en internet explicaciones a palabras-clave como 'institución', 'institución social', 'grupo social' o 'norma' antes de seguir adelante.

Socializar es actuar para que un animal humano se convierta en un ser humano. El grupo que asegura inmediatamente su supervivencia, al que solemos llamar *familia* —y que en culturas diferentes y en diferentes momentos de la historia asume formas muy distintas de las vividas por nosotros—, es el encargado de la operación de la socialización.

La socialización de un bebé humano incluye desde cosas muy físicas y elementales —como la posición erecta, el control de las deposiciones, que nos diferencia de nuestros parientes simiescos— hasta cuestiones culturales básicas. La principal de ellas es el aprendizaje de la lengua de la familia. Los seres humanos disponemos de una aptitud natural para el lenguaje, esto es, para la emisión de sonidos articulados, para una compleja comunicación fonatoria; pero lo que hablamos no es un lenguaje, sino una lengua, una de los varios millares de ellas existentes, que es nuestra lengua inicial y también la lengua básica en que se expresa el grupo familiar (aunque en ocasiones el grupo use más de una lengua). Nuestra lengua —aquella que un ser humano usa «cuando habla consigo mismo»— forma parte de nuestra socialización básica. La lengua es una institución social, propia de un grupo específico, y evoluciona con el tiempo: es un producto histórico.

Forman parte también de la socialización básica ciertas creencias perdurables del grupo, como lo considerado «comestible» y/o sus apariencias «cocinadas». Del mismo modo, entran en esa socialización básica ciertas prácticas habituales (como los modos de sentarse, en cuclillas, en el suelo o en asientos), algunos modelos culturales y ciertos valores sociales. Así, los papeles de género masculino y femenino, que prescriben a todos los seres humanos consignados a uno de los géneros, según las culturas, ciertas obligaciones y ciertas prohibiciones. También forman parte de la socialización básica determinados relatos[7] y valores morales sostenidos por el grupo socializador: relatos sobre la propia identidad cultural diferenciada de otros grupos; morales de clase cuando las sociedades son clasistas; y morales grupales, relativas al trato entre los seres humanos del grupo en que están insertas las familias.

7. La veracidad o la falsedad de los relatos que forman parte de socializaciones básicas es indiferente: lo importante es que tales relatos sean aceptados o considerados verosímiles por el socializado. Un ejemplo: el relato bíblico de la creación, del jardín del Edén, etc., es manifiestamente una leyenda inventada, pero creída por millones de seres humanos debido a su socialización en el plano religioso.

En suma: la socialización de los miembros de la especie, además de enseñanzas físicas básicas, incluye al menos una lengua primaria y determinados modelos de comportamiento y valores sociales que han sido *introyectados* en el sujeto del mismo modo que la lengua, y que la persona considerará inicialmente como *naturales* (algo así como su propio «programa operativo» si fuera una mera computadora).

Se ha usado la palabra 'introyección', justamente contrapuesta a 'proyección'. Es fácil entender lo que significa 'proyección': la proyección de un sujeto particularmente notable, por ejemplo de un artista, sobre la sociedad en que vive es la *huella* que este artista deja en ella, los modelos que propone para ser imitados primero y superados después. La proyección es la aportación de una persona a la sociedad. La *introyección* es la operación inversa: la proyección de una sociedad sobre una persona —de una familia, de una horda, de un grupo, de una clase social, de lo humano preexistente a lo humano nuevo, en suma—. La criatura humana *introyecta* porque establece sus primeras ideas —las primeras conexiones y asociaciones neuronales[8]— que resultan básicas para su vida intelectual y moral como sujeto *autónomo* paradójicamente a partir de la *imitación* del grupo que le socializa. No puede haber autonomía sin previa aceptación de la norma social histórica que a cada uno le toca en suerte.

Las criaturas humanas que no han sido socializadas por sociedades humanas no pueden alcanzar posteriormente un desarrollo completo como seres humanos. Se sabe de algunos casos de individuos que han sido abandonados en los bosques, amamantados por lobas o simios y capturados en la preadolescencia por humanos[9]: sin la socialización, esos seres desgraciados carecen de los rasgos superiores de la especie. Ello confirma, por este lado negativo, que cada ser humano es fuertemente deudor del grupo que le ha socializado, aunque sólo puede pagar esta deuda transitiva a las personas que con él conviven y a las de las generaciones siguientes.

La socialización, que significa entre otras cosas *represión* de tendencias animales espontáneas, plantea numerosos problemas en los que no es posible detenerse pormenorizadamente aquí. Así, el problema de los conflictos entre las tendencias instintivas de los seres humanos y las normas culturales introyectadas, que a veces se saldan en sufrimiento psíquico pero también pueden saldarse en estímulo de la capacidad creadora artística o moral de las personas. También se puede tomar en consideración el problema de la relación entre la facultad *mimética* de los seres humanos y su capacidad de *invención*. La imitación o mímesis es la forma normal del aprendizaje en la socialización. El niño o niña camina erecto y habla una lengua por su impulso a imitar[10] a los parientes cercanos. La mímesis es muy activa en las primeras etapas del desarrollo individual; sin embargo también se da en ellas la facultad inventiva, pues el sujeto *prefiere* unos elementos culturales a otros, lo que significa que también entra en juego *la imaginación creadora* que ha permitido a la especie humana diferenciarse acusadamente, para bien y para mal, de las demás especies animales.

Sin embargo, *si buscamos una comprensión científica de los fenómenos sociales* es importante entender que las características de la socialización de los seres humanos son *contingentes*, *y sin embargo han sido introyectadas en ellos como necesarias*.

Que un niño o niña hable una lengua u otra, tenga determinados valores grupales y modelos de comportamiento cultural distintos de los niños y niñas de otros grupos o de otras épocas del propio grupo es un asunto puramente contingente, histórico. Su socialización no es por ello superior o más cualificada (¿quién tiene derecho a emitir este juicio?) a la de otros seres humanos; ni tampoco inferior. En todos los casos la socialización produce seres humanos. Y es una conquista del siglo XX considerar iguales en humanidad a todas las personas. [Asunto completamente distinto es, por ejemplo, que entre las tecnologías que empleen distintos grupos humanos haya grandes diferencias de eficacia productivo/destructiva. ¿Cuál sería la tecnología superior? ¿La más destructiva?]

> La *contingencia* e *historicidad* de la propia cultura no es, sin embargo, percibida habitualmente por las personas, que en cambio tienden a considerarla *natural*. Dicho de otro modo: todo el mundo sufre la tendencia espontánea a *sobrevalorar la cultura propia*, lo «nuestro», y a considerar «anómalas» y acaso «inferiores» las culturas ajenas. Es difícil comunicarse acerca de estas cuestiones, que tienen que ver con la

8. Los interesados en estas cuestiones pueden recurrir J.-P. Changeux y P. Ricoeur, *La naturaleza y la norma. Lo que nos hace pensar*, trad. cast. de C. Ávila Flores, FCE, México, 2001.

9. *Vid.* J. M. G. Itard, *Victor de l'Aveyron*, trad. cast. con intr. y notas de R. Sánchez Ferlosio, Alianza, Madrid, 1982; los interesados pueden buscar información sobre «niños salvajes» en internet.

10. René Girard ha puesto gran énfasis en la mímesis como elemento fundamental de la psique humana, hasta el punto de dejar poco espacio para la capacidad inventiva; *vid.*, p. ej., sus obras *Veo a Satán caer como el relámpago*, trad. de F. Díez del Corral, Anagrama, Barcelona, 2002, y *La violencia y lo sagrado*, trad. de J. Jordá, Anagrama, Barcelona, ⁴2005.

socialización introyectada, sin experimentar emociones, *sin pasión*, a diferencia de lo que ocurre respecto de cuestiones de hecho o de modelos sociales y valores morales autoconstruidos. Sólo reflexivamente —lo cual es un elemento de riqueza cultural que no está al alcance inmediato de todo el mundo— podemos quitar importancia, efectiva y realmente, a las *diferencias*: mediante la comprensión del carácter contingente y no fundamental de las especificidades culturales de los distintos procesos históricos de socialización.

En el proceso de socialización primaria de los seres humanos hemos visto en acción *el poder* del grupo sobre el individuo. Antes de seguir adelante conviene detenernos a considerar en qué consiste el poder, y qué clases de poder conocemos hoy.

1.3. EL PODER Y SUS CLASES

Hoy podemos hablar de varias clases de *poder*: el poder cultural, llamado a veces también *poder simbólico*, el poder económico, el poder militar y el poder político. Esos tipos de poder pueden estar fusionados o no en una sola persona o en grupos de personas; hay sociedades que acaso ni han sido conscientes de la fuerza o siquiera de la existencia de algunos de ellos. Como cualquier producto humano, el poder es histórico. Aquí va a ser diferenciado de modo inevitablemente ahistórico, por simplificar, aunque dejando puertas abiertas a la comprensión de su complejidad.

1.3.1. *El poder cultural*

El poder social que vamos a llamar aquí *cultural* o *simbólico* es uno de los tipos de poder más desapercibido o invisible, y al mismo tiempo seguramente el más influyente a la larga sobre los seres humanos.

Hemos visto que los humanos somos socializados por nuestro grupo social. El poder que nos socializa es esencialmente poder simbólico (y muy poco poder de otro tipo). El poder simbólico se basa en *nuestra necesidad de ser reconocidos por el grupo*, o, visto de otro modo, en el hecho de que los humanos nunca somos independientes los unos de los otros, y con gran realismo instintivo atribuimos a la pertenencia al grupo una importancia vital. Quien se halla en situación de negarnos el reconocimiento, de poner en cuestión nuestra pertenencia al grupo, tiene sobre nosotros un poder, poder cultural o simbólico.

No hay duda de que algunos elementos de los grupos sociales exigen *sumisión* a otros: los padres, de los hijos; los mayores en edad, de

los menores; en las sociedades patriarcalistas, se exige la sumisión del género femenino al masculino. Y podríamos elaborar un muy grueso catálogo de situaciones de dominio/sumisión en las que el *poder simbólico* resulta determinante.

Pero el poder simbólico no se refiere a las relaciones clasificables claramente como de dominio únicamente. También entra en juego en las relaciones de pertenencia de un individuo a un grupo, por poco visible (por ejemplo, un grupo de edad) o efímero (un grupo de prácticas en un centro de estudio) que sea éste.

La mayor parte de los *papeles sociales* que cada sujeto desempeña en la sociedad, y que le convierte en ese papel en preeminente o en sumiso, tiene su propia simbología, a través de la cual se ejerce el poder.

Veamos unos pocos ejemplos. Un rey o jefe de estado —que además de poder cultural suele tener poderes de otra naturaleza— se rodea de *símbolos* que le sitúan por encima de los demás: vive y viste de modo especial, la relación con él está fuertemente ritualizada o protocolizada, y monedas, sellos, nombres de calles (o de establecimientos de hostelería, si llegamos a eso) contribuyen a legitimar, haciéndolo visible, el poder de que goza. Esa institución, rey o jefe de estado, *aparecerá por encima* de los demás en función del poder simbólico. En el autobús o el metro la persona que va junto a nosotros puede parecer una más: pero si es un juez o un fiscal, en el escenario o los estrados del Tribunal de Justicia, revestido de vestimentas especiales, se muestra con un poder (el simbólico) que ha de parecer único a todos los participantes en los procesos, desde el público a los testigos y letrados. Ese «revestimiento» simbólico no es sólo material: también la *actitud* de distanciamiento del magistrado *reduce* a los demás. Ésas son manifestaciones del poder simbólico. Como lo es, entre otras lindezas, el «mirar de arriba abajo» habitual de los buenos burgueses para «poner en su sitio», naturalmente inferior, a los demás. Incluso, en un grupo de amigos de un barrio, algunos de ellos reconocen a otros su *autoridad*, basada simplemente en su poder simbólico. Este poder se ejerce en numerosas situaciones de la vida cotidiana. Incluso la mera belleza física o la capacidad intelectual reconocida puede ser una fuente de poder simbólico.

La gente cree a menudo que no es alcanzada por el poder simbólico, que está protegida contra él por determinados «escudos» culturales. Nada más incierto. La gente se hace tatuajes si están de moda, o se perfora la piel, *por no ser menos* que los demás dentro del propio grupo (grupo que, a su vez, es principalmente una invención simbólica). El poder simbólico es dictatorial en niños y adolescentes, que consideran insoportable vivir sin «algo nuevo» que poseen los demás.

El poder simbólico define el «estatuto» de las personas en las distintas relaciones grupales en que entran.

> Hay muy poca literatura científica anterior al siglo XX sobre el poder cultural. Aunque los poderosos del pasado, como los Medici o Luis XIV, lo conocían bien[11]. Por Thorstein Veblen sabemos el papel que desempeñan ciertos gastos ostentatorios en la sociedad[12] precisamente como ejercicio de ese poder. Antonio Gramsci, con su elaboración del concepto de *hegemonía*, un concepto prepolítico relativo a la capacidad de influencia y creatividad cultural de un grupo, abrió los ojos a esta dimensión del poder social[13]. Otros autores han seguido, directa o indirectamente, su estela[14]. Pero el principal estudioso del poder simbólico ha sido Pierre Bourdieu, cuyas obras son sumamente recomendables para una formación sociológica o jurídica de base[15]. Desde el punto de vista del estudio del poder simbólico es muy interesante la sociedad balinesa anterior a la conquista holandesa, que constituía lo que se llamaba un «estado-teatro», es decir, una sociedad en la que *bastaba* el poder simbólico (esto es, en la que la coerción militar-policial no era necesaria)[16].

El poder simbólico, como los demás poderes, también organiza la vida en sociedad de las personas; genera expectativas y presuposiciones, ahorra justificaciones y aporta legitimaciones.

1.3.2. *El poder económico*

El origen del poder económico se halla en el hecho de que los bienes que sirven para producir otros bienes —bienes también llama-

11. *Vid.* P. Burke, *La fabricación de Luis XIV*, trad. cast. de M. Sáenz de Heredia, Nerea, Madrid, 1995. Sobre el poder simbólico utilizado con fines incluso militares cabe referir el ejemplo del pueblecito toscano de San Gimigiano, que construyó numerosas torres en su recinto fortificado, difundiendo la leyenda de que tales torres eran *en realidad* gigantes que defenderían la villa en caso de ataque. El recurso debió de funcionar, pues las torres siguen en pie.

12. *Vid.* Th. Veblen, *Teoría de la clase ociosa* [1899]; se puede encontrar en internet: p. ej., www.elaleph.com/libros.cfm?item=1051&style=biblioteca.

13. La obra de Antonio Gramsci no es sistemática, ya que este autor la desarrolló sobre todo en la cárcel en los últimos años de su vida. Resultan particularmente recomendables sus «Notas sobre Maquiavelo, la política y el estado moderno». También en este caso se puede recurrir a internet.

14. Entre ellos cabe mencionar a M. Foucault, cuyas obras *Vigilar y castigar* [1975] (trad. cast. de A. Garzón, Siglo XXI, México, 1976) y *Estrategias de poder* [1994] (trad. cast. de J. Varela y F. Álvarez Uría, Paidós, Barcelona, 1999) acaso resulten útiles.

15. Sobre todo P. Bourdieu, *Poder, derecho y clases sociales*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2000, o *La distinción* [1979], Taurus, Madrid, 1998, entre otras.

16. *Vid.* C. Geertz, *Negara. El Estado-teatro en el Bali del siglo XIX*, Paidós; Barcelona, 2000.

dos 'medios de producción'— no estén directamente a disposición de todos los miembros de un grupo social, sino en manos de personas, subgrupos o instituciones especiales del grupo en cuestión, los cuales pueden excluir de su uso a los demás o condicionarlo. El poder económico significa en definitiva poder condicionar, mediante los medios de producción, el acceso de la gente a los medios de vida. «Medios de producción» pueden ser la tierra —en sociedades agrarias—, las máquinas y artificios industriales, y, sobre todo en nuestro propio tiempo, *las ideas*, esto es, los conceptos sin los cuales sería imposible la producción computerizada contemporánea.

En nuestro propio tiempo el poder económico se concentra en instituciones llamadas «empresas»: unas instituciones únicas de la modernidad, que no existían antes de la época moderna, antes de la producción para el mercado y no para el autoconsumo. Las empresas —y tras ellas sus gestores y sus propietarios— disponen de ese poder que les posibilita dirigir y organizar las actividades productivas. Sólo entrando en relaciones de trabajo asalariado con las empresas —lo que significa cederles no sólo tiempo de trabajo propio y la capacidad de orientarlo, sino el producto de ese trabajo— se obtiene la posibilidad de acceder a los medios de vida durante el tiempo que las empresas quieran mantener esa relación.

El poder económico moderno es pues trabajo humano cristalizado, acumulado y concentrado en unas pocas personas, para dirigir u ordenar dirigir la realización organizada de tareas en una producción socializada, esto es, realizada por muchos individuos a la vez. Incluye la capacidad de admitir o no admitir a las personas para determinados puestos de trabajo, para señalar las condiciones de su trabajo, para determinar la participación de esas personas en el resultado de su actividad productiva combinada, resultado productivo previamente apropiado por la empresa en todos sus extremos.

El poder económico se expresa en dinero, pero no consiste sólo en el dinero, sino substancialmente en la relación entre personas que se establece respecto del conjunto de actividades o bienes que se pueden activar para el incremento del propio poder económico empresarial.

> En los siglos XVIII y XIX se perfeccionó el mecanismo básico del poder económico de estas instituciones «privadas» modernas, las empresas: los seres humanos les ceden sus capacidades laborales e intelectuales para que sean socializadas, organizadas y utilizadas por ellas a cambio de salarios, esto es, de derechos de participación sobre la parte del producto social consistente en bienes de consumo de los trabajadores. Quedan otras dos partes del producto social: *a*) el de los bienes de ca-

El poder simbólico define el «estatuto» de las personas en las distintas relaciones grupales en que entran.

> Hay muy poca literatura científica anterior al siglo XX sobre el poder cultural. Aunque los poderosos del pasado, como los Medici o Luis XIV, lo conocían bien[11]. Por Thorstein Veblen sabemos el papel que desempeñan ciertos gastos ostentatorios en la sociedad[12] precisamente como ejercicio de ese poder. Antonio Gramsci, con su elaboración del concepto de *hegemonía*, un concepto prepolítico relativo a la capacidad de influencia y creatividad cultural de un grupo, abrió los ojos a esta dimensión del poder social[13]. Otros autores han seguido, directa o indirectamente, su estela[14]. Pero el principal estudioso del poder simbólico ha sido Pierre Bourdieu, cuyas obras son sumamente recomendables para una formación sociológica o jurídica de base[15]. Desde el punto de vista del estudio del poder simbólico es muy interesante la sociedad balinesa anterior a la conquista holandesa, que constituía lo que se llamaba un «estado-teatro», es decir, una sociedad en la que *bastaba* el poder simbólico (esto es, en la que la coerción militar-policial no era necesaria)[16].

El poder simbólico, como los demás poderes, también organiza la vida en sociedad de las personas; genera expectativas y presuposiciones, ahorra justificaciones y aporta legitimaciones.

1.3.2. *El poder económico*

El origen del poder económico se halla en el hecho de que los bienes que sirven para producir otros bienes —bienes también llama-

11. *Vid.* P. Burke, *La fabricación de Luis XIV*, trad. cast. de M. Sáenz de Heredia, Nerea, Madrid, 1995. Sobre el poder simbólico utilizado con fines incluso militares cabe referir el ejemplo del pueblecito toscano de San Gimigiano, que construyó numerosas torres en su recinto fortificado, difundiendo la leyenda de que tales torres eran *en realidad* gigantes que defenderían la villa en caso de ataque. El recurso debió de funcionar, pues las torres siguen en pie.

12. *Vid.* Th. Veblen, *Teoría de la clase ociosa* [1899]; se puede encontrar en internet: p. ej., www.elaleph.com/libros.cfm?item=1051&style=biblioteca.

13. La obra de Antonio Gramsci no es sistemática, ya que este autor la desarrolló sobre todo en la cárcel en los últimos años de su vida. Resultan particularmente recomendables sus «Notas sobre Maquiavelo, la política y el estado moderno». También en este caso se puede recurrir a internet.

14. Entre ellos cabe mencionar a M. Foucault, cuyas obras *Vigilar y castigar* [1975] (trad. cast. de A. Garzón, Siglo XXI, México, 1976) y *Estrategias de poder* [1994] (trad. cast. de J. Varela y F. Álvarez Uría, Paidós, Barcelona, 1999) acaso resulten útiles.

15. Sobre todo P. Bourdieu, *Poder, derecho y clases sociales*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2000, o *La distinción* [1979], Taurus, Madrid, 1998, entre otras.

16. *Vid.* C. Geertz, *Negara. El Estado-teatro en el Bali del siglo XIX*, Paidós; Barcelona, 2000.

dos 'medios de producción'— no estén directamente a disposición de todos los miembros de un grupo social, sino en manos de personas, subgrupos o instituciones especiales del grupo en cuestión, los cuales pueden excluir de su uso a los demás o condicionarlo. El poder económico significa en definitiva poder condicionar, mediante los medios de producción, el acceso de la gente a los medios de vida. «Medios de producción» pueden ser la tierra —en sociedades agrarias—, las máquinas y artificios industriales, y, sobre todo en nuestro propio tiempo, *las ideas*, esto es, los conceptos sin los cuales sería imposible la producción computerizada contemporánea.

En nuestro propio tiempo el poder económico se concentra en instituciones llamadas «empresas»: unas instituciones únicas de la modernidad, que no existían antes de la época moderna, antes de la producción para el mercado y no para el autoconsumo. Las empresas —y tras ellas sus gestores y sus propietarios— disponen de ese poder que les posibilita dirigir y organizar las actividades productivas. Sólo entrando en relaciones de trabajo asalariado con las empresas —lo que significa cederles no sólo tiempo de trabajo propio y la capacidad de orientarlo, sino el producto de ese trabajo— se obtiene la posibilidad de acceder a los medios de vida durante el tiempo que las empresas quieran mantener esa relación.

El poder económico moderno es pues trabajo humano cristalizado, acumulado y concentrado en unas pocas personas, para dirigir u ordenar dirigir la realización organizada de tareas en una producción socializada, esto es, realizada por muchos individuos a la vez. Incluye la capacidad de admitir o no admitir a las personas para determinados puestos de trabajo, para señalar las condiciones de su trabajo, para determinar la participación de esas personas en el resultado de su actividad productiva combinada, resultado productivo previamente apropiado por la empresa en todos sus extremos.

El poder económico se expresa en dinero, pero no consiste sólo en el dinero, sino substancialmente en la relación entre personas que se establece respecto del conjunto de actividades o bienes que se pueden activar para el incremento del propio poder económico empresarial.

> En los siglos XVIII y XIX se perfeccionó el mecanismo básico del poder económico de estas instituciones «privadas» modernas, las empresas: los seres humanos les ceden sus capacidades laborales e intelectuales para que sean socializadas, organizadas y utilizadas por ellas a cambio de salarios, esto es, de derechos de participación sobre la parte del producto social consistente en bienes de consumo de los trabajadores. Quedan otras dos partes del producto social: *a*) el de los bienes de ca-

pital, para reposición o incremento del desgaste del equipo, materias primas e incremento de la capacidad productiva empresarial; y *b*) el de los bienes de lujo, para retribución del personal propietario y de la alta dirección de las empresas.

1.3.3. *El poder militar*

Obviamente, el poder militar es la superioridad armada de un grupo social sobre otro. Consiste primariamente en capacidad de coerción física, y también en la capacidad de amedrentar, aterrorizar e instrumentalizar a su favor el miedo a la muerte de las personas[17].

Esa capacidad puede proceder de fuentes diversas: puede ser técnica, o tecnológica —en algún momento histórico inventos de la caballería como el bocado o el estribo daban superioridad tecnológica militar sobre quienes no los tenían; igualmente poseer espadas de bronce y no de piedra—; o de la capacidad de movimiento, decisiva en las campañas napoleónicas; o posicional —muy importante en Waterloo—; pero el poder militar también puede tener un origen *moral*, como la idealidad comunitaria de los vietnamitas frente a los ocupantes japoneses, franceses y norteamericanos de su territorio en el siglo XX.

En el presente el poder militar está muy mediado económica y tecnológicamente. Lo constituyen no sólo los ejércitos, sino las empresas productoras de armamento y su propio aparato de propaganda. De modo que la responsabilidad individual por acciones incluso exterministas se diluye[18]. Más, incluso, cuando los grandes ejércitos dan empleo a empresas de servicios que contratan a su vez a mercenarios, como ha ocurrido en la segunda guerra de Iraq. Hay una enorme distancia entre quienes dirigen y planifican las guerras y quienes mueren en ellas.

1.3.4. *El poder político*

El poder político es hoy el que poseen las instituciones públicas: desde el estado y las instituciones supraestatales a las instituciones públi-

17. En el siglo XX las guerras, que en el siglo XIX enfrentaban a ejércitos, se han transformado en matanzas indiscriminadas concebidas para generar terror entre las poblaciones civiles. Con «Guernica» se inició el bombardeo terrorista de poblaciones civiles, que luego padecieron Madrid, Londres, Hamburgo, Dresde y cientos de ciudades alemanas y de otros países, hasta llegar a los bombardeos atómicos de Hiroshima y Nagasaki. Los estados que poseen armas de destrucción masiva (USA, Gran Bretaña, Francia, Rusia, Israel y China) pueden usar las armas o aterrorizar con la amenaza de su uso. La «disuasión nuclear» consiste en eso.

18. *Vid.* mi trabajo «La acción en el laberinto» en *Los ciudadanos siervos*, Trotta, Madrid, ³2007.

cas menores, como por ejemplo los ayuntamientos. Las instituciones públicas acumulan capacidad de coerción (*poder militar*, en el fondo) *legítima* (aceptada o interiorizada mayoritariamente por la sociedad, o sea, *poder simbólico*), con que administar los asuntos colectivos o comunes de la sociedad en que han surgido si *recaudan* de la actividad productiva colectiva fondos necesarios para ello.

Ése es el poder político *primario*. En un sentido secundario o derivado también decimos que tienen 'poder político' las personas u organizaciones con capacidad de incidencia sobre el poder institucional: partidos políticos, personas dedicadas a la actividad de intermediación política, sindicatos, «lobbies» de intereses y «formadores de opinión pública».

La capacidad de incidencia sobre el poder político social —o, dicho de otra forma, la magnitud del poder político «secundario»— depende de la cantidad de esfuerzo humano que los sujetos (partidos, personas) sean capaces de acumular, organizar y unificar idealmente en torno a proyectos sociales concretos.

> El poder político secundario puede verse como un campo de fuerzas —así lo concibe P. Bourdieu—, en el que se mueven diversos actores con capacidad de incidencia. Un campo que posee, por otra parte, sus propios desniveles, que favorecen a unos agentes y entorpecen a otros; en el que los agentes del mantenimiento del *statu quo* social gozan de grandes ventajas frente a las muy manifiestas desventajas de los *agentes de la igualación* social[19].

El poder político contemporáneo, además, contiene en sí poderes de naturaleza extrapolítica: contiene poder *económico* —incluso una *institución* menor como un municipio tiene poder económico gracias al presupuesto que administra, pero sobre todo por el *valor económico* de las decisiones que puede adoptar, como el volumen de edificabilidad en una zona, el uso posible de un predio, o cosas como éstas. Eso nos permite hacernos una idea de la enorme cantidad de poder económico de las entidades públicas mayores y de quienes las manejan aunque sea momentáneamente.

El poder político contiene además poder cultural y simbólico: poder para modular las jerarquías sociales, como más adelante se verá. La parte más visible de ese poder cultural y simbólico son las festividades y rituales de estado, y hoy, en la sociedad *massmediática*, la

19. *Vid.* P. Bourdieu, *Propos sur le champ politique*, Presses Universitaires de Lyon, 2000.

habitual aunque forzada asociación del poder político institucional a acontecimientos supuestamente muy queridos por las poblaciones, como las manifestaciones deportivas.

1.4. EL TRABAJO: RASGOS GENÉRICOS

En estas aproximaciones sucesivas a una comprensión científica del papel del derecho en la sociedad hemos aludido varias veces a las «relaciones productivas». Ello es así porque, efectivamente, el trabajo es *central* en cualquier sociedad.

1.4.1. *Naturalidad del trabajo*

El trabajo, en general (prescindiendo de sus modalidades históricas, etc.), es una relación del hombre con la naturaleza. Los seres humanos, gastando energía, nos apoderamos de fragmentos de la naturaleza *considerados* necesarios para la vida. Esta relación con la naturaleza no es exclusiva de nuestra especie, pues también trabajan los restantes animales al procurarse medios de subsistencia. *El trabajo es natural* (no lo son en cambio sus modalidades históricas, ni tampoco lo *considerado necesario* en cada sociedad).

1.4.2. *Socialidad del trabajo*

En la especie humana, al igual que en muchas otras, el trabajo tiene la particularidad de *ser realizado socialmente* y no individualmente. Ciertamente, esta afirmación puede chocar con ideas preconcebidas e intuiciones inmediatas, por lo que hay que precisar su significado. Es verdad que a lo largo de su breve existencia los individuos humanos trabajan para vivir, y que este trabajo es individual, lo que origina la intuición inmediata; pero ni pueden trabajar siempre (por ejemplo, en la primera infancia), ni por lo común su acción laboral podría alcanzar su objetivo —mantener la vida— si no se combinara con acciones laborales ajenas.

En estadios evolutivos de nuestra especie anteriores al actual la supervivencia de individuos aislados ya resultaba imposible. Apoderarse de fragmentos de la naturaleza en concurrencia con ciertos animales y directamente contra otros exigió de los homínidos una adaptación filogenética a la cooperación, su asociación y la división del trabajo dentro del grupo, descomponiendo la actividad social de trabajar en diferentes tareas productivas asignadas a cada persona in-

dividualmente. Como se ha señalado, las crías del animal humano son entre todas las de crecimiento más lento y más necesitadas de ayuda[20]; es inconcebible que sin una división social del trabajo muy temprana la especie humana hubiera llegado a surgir. El trabajo que realiza cada individuo se compone con el de otros: el trabajo social supone trabajos individuales. *El carácter social del trabajo humano es un rasgo fundamental de éste que es preciso retener.*

Para comprender adecuadamente este punto es preciso advertir que ningún trabajo individual podría ser realizado de no concurrir trabajos ajenos que como mínimo ponen las condiciones de su realización. Ni siquiera se puede realizar el trabajo de *estudiar* sin medios de estudio puestos por otros. Para que ciertas personas puedan escribir libros, componer música o realizar películas es necesario que otras personas cultiven alimentos, confeccionen ropa, transporten estos productos, construyan viviendas.

La cuestión básica de la realización social, colectiva, del trabajo en cualquier sociedad debe quedar bien entendida, pues sin ello ni siquiera sería posible comprender las modalidades históricas que pueden adoptar las relaciones productivas para componer lo descompuesto en tareas individuales, desde el esclavismo a la mercantilización.

La socialidad como rasgo del trabajo —no así las modalidades históricas y culturales de la división del trabajo, que se examinarán más adelante— es, como el trabajo mismo, una *necesidad* natural genérica. No tiene que ver con la moralidad ni responde a *deber* de trabajar alguno. Se trata del substrato natural del trabajo y de su división social, previo o subyacente a todas las modalidades históricas de esta división.

1.4.3. *Artefactualidad del trabajo*

Un tercer rasgo del trabajo es su carácter indirecto, *mediado*. El ser humano interpone artificios (instrumentos, medios de trabajo) entre sí mismo y la naturaleza. Este fenómeno es característico de la especie humana —ha dado lugar a la denominación de *homo faber*, artefactor o fabricador—, aunque tampoco exclusivo de los seres humanos, pues la mediación instrumental se encuentra también en otras especies animales —alguna tan curiosa como cierta variedad de los pinzones de Darwin, cuyos miembros, en vez de capturar directamente los insectos que necesitan para subsistir, se valen de una espina vegetal

20. *Vid.* H. Maturana y F. Varela, *El árbol del conocimiento* [1990], Debate, Madrid, 1996, especialmente cap. VI.

que cortan con la longitud adecuada para escarbar bajo las cortezas de los árboles. Las especies que emplean medios para trabajar, medios de producción, han de dividir su tiempo de trabajo en dos partes: una dedicada a conseguir medios de trabajo y otra al empleo de éstos para obtener medios de vida.

Lo específicamente humano a propósito de la artefactualidad es su multiformidad, el alto grado de artificiosidad y la pluralidad de la mediación material en el trabajo. Se trata, de hecho, de un auténtico rompecabezas de mediaciones, hoy muy complejo, *y entrecruzado además por la división social del trabajo*. Por supuesto, estas mediaciones instrumentales han abierto enormes posibilidades para la especie. Por citar un ejemplo de ellas: la mediación de la cocina, bastante fundamental y en todo caso universal, permite satisfacer las necesidades alimentarias independizándolas relativamente de la caza o la recolección inmediatas en el tiempo. Permite a los seres humanos disponer de breves períodos en que no están sometidos a las constricciones directas de la necesidad natural, ampliando la posibilidad de supervivencia.

Las mediaciones instrumentales, sin embargo, también pueden ser terribles, pues se interponen entre los actos y sus consecuencias. Nuestra inmensa capacidad depredadora intraespecífica, única en la esfera biológica de los seres complejos, tiene que ver con estas mediaciones instrumentales (y con la composición social de los procesos de actividad).

Así, es muy raro que dos mamíferos superiores de la misma especie lleguen a matarse al luchar entre sí. Los etólogos han descrito un comportamiento instintivo característico de numerosas especies de animales superiores en virtud del cual si la lucha intraespecífica amenaza muerte de un contendiente es sustituida por ciertos actos rituales, gestuales sobre todo, que ponen fin al combate; el vencedor exhibe entonces una piedad natural hacia el vencido de la que el ser humano instrumentífero puede llegar a desprenderse totalmente.

Este comportamiento instintivo animal, la *ritualización* del combate, aparece también como tendencia (sea instintiva o no, aunque seguramente tiene una base instintiva) en los seres humanos, y se aprecia bien en poblaciones primitivas que a través de ella logran limitar la efusión de sangre[21].

Con todo, el *progreso* en el empleo de mediaciones artefactuales para las actividades humanas ya no puede ser limitado instintivamente. Los artefactos son producto del entendimiento; éste es una prolongación del aparato instintivo que llega a sustituirlo en las operaciones

21. *Vid.* I. Eibl-Eibesfeldt, *The Biology of Peace and War*, Thames & Hudson, London, 1979, especialmente el cap. 6 [hay trad. cast., Salvat, Barcelona, 1987].

para las que este último es inútil, y, consiguientemente, la limitación de los efectos del empleo de artefactos ha de ser igualmente producto de artificios del entendimiento (uno de ellos es la institución a la que llamamos 'derecho').

Al ser humano le es *posible* hoy aniquilar a grandes poblaciones mediante máquinas de guerra informatizadas, y de hecho *lo hace*. Aunque el empleo de tales artefactos mantiene una estricta relación de *causalidad* con los sufrimientos y calamidades que ocasionan, la mediación instrumental se ha vuelto materialmente muy compleja, y su producción y empleo se hallan altamente socializados, de modo que a la consciencia individual de la responsabilidad le resulta difícil seguir el recorrido laberíntico y fragmentado de la causalidad[22]. Pocos son los seres humanos que han roto cadenas causales genocidas cuyos eslabones son sus acciones individuales, y sin embargo son muchos los que han podido hacerlo[23]. El progreso no ha llegado a los *artificios de la razón* para limitar el conflicto intraespecífico, que son aún muy débiles.

Las mediaciones instrumentales interpuestas en el trabajo se han complicado y fragmentado mucho a lo largo de la historia. Y conviene recordar una vez más que se trata de *mediaciones instrumentales de trabajo realizado socialmente*. En nuestra época la cibernética ha ampliado en un grado adicional esta separación entre los seres humanos y los objetos de su trabajo. Abstracta y potencialmente, ello puede ensanchar el ámbito de la capacidad de la especie en su relación con la naturaleza. Sin embargo, aunque los artificios pueden crear una esfera muy extensa en que la actividad humana no esté constreñida por limitaciones naturales temporalmente, jamás puede eliminarlas. Toda esta máquina que ha modificado el modo de trabajar y de vivir de las personas desde el paleolítico no puede impedir que subsista la inevitable necesidad natural del trabajo. En un hipotético paraíso de artificios —aunque resulta *impío* hablar de paraísos técnicamente concebibles cuando se está destruyendo nuestro nicho vital en la Naturaleza— el ser humano podría asegurarse una gama de bienes muy

22. *Vid.* «La acción en el laberinto», en J. R. Capella, *Los ciudadanos siervos*, Trotta, Madrid, 32005, pp. 33-44.

23. Entre los primeros puede mencionarse a los científicos que se negaron a seguir colaborando en la fabricación de bombas atómicas, como Oppenheimer (a quien la negativa le valió ser acusado ante el «Comité de Actividades Antinorteamericanas» del Senado estadounidense), etc. La opinión pública no suele valorar con justicia la entereza moral de estas personas, ni tampoco horrorizarse ante competentes académicos dedicados diligentemente y en equipo a la preparación de nuevos holocaustos. *Vid.* J. Rotblat (ed.), *Los científicos, la carrera armamentista y el desarme*, Serbal-UNESCO, Barcelona, 1984.

amplia con escaso desgaste propio a condición de que *producir por producir* dejara de ser un fin en sí mismo. Esto no eliminaría sin embargo la relación básica con la Naturaleza, es decir, el trabajo, aunque cambiaría inevitablemente el aspecto que muestra hoy.

1.4.4. *El trabajo, generador de ideas*

Hay un rasgo básico del trabajo humano que no se intuye tan fácilmente como su naturalidad, su socialidad y su artefactualidad: se trata de que *el trabajo es generador de ideas*. El resultado de la acción de trabajar no consiste sólo en cosas, sino también y conjuntamente en producción de ideas.

Otras especies animales realizan el trabajo mediante mecanismos fundamentalmente instintivos. No ocurre lo mismo con el más complejo trabajo humano, cuyo impulso instintivo necesita en seguida el concurso de lo que llamamos reflexión, ideación, para obtener resultados. El instinto deja lugar para la invención, o dicho de otro modo: el ser humano, empujado por la necesidad, que es la causa primera de que trabaje, no la satisface mediante el ciego operar de su instinto, sino que ha desarrollado una capacidad adicional —el entendimiento— necesaria para *inventar* el resultado de su acción.

La generación de ideas por el trabajo se presenta en líneas generales como sigue. Las personas ponen en juego para trabajar sus capacidades físicas e intelectuales en un proceso único que necesita de ambas. En este proceso surge una idea *como representación anticipada del resultado del proceso* (podríamos decir que surge el resultado de la acción *en su especie intelectual*, como determinada conexión organizada de nuestras neuronas) *y también como representación del proceso de trabajo mismo*, de los pasos que hay que dar para llegar a aquel resultado, el cual no podría materializarse sin ambas representaciones intelectuales. La idea o representación del resultado *dirige* entonces la actuación de las capacidades humanas para dar con el *resultado material* (lo hace como *causa final* del proceso, que diría Aristóteles). De modo que al concluir el proceso de trabajo son varios entes los que constituyen *la producción*: de un lado, *la cosa*, el objeto o resultado producido materialmente; de otro, *la idea de la cosa* (rectificada a tenor de la cosa materializada) y *la idea de cómo se hace la cosa* (igualmente rectificada a tenor de la experiencia ya habida). Por ello se puede afirmar que el trabajo produce cosas y produce ideas: que es generador de ideas.

No se trata, en este punto, de que el trabajo de esta especie tan compleja que es la nuestra —el producto más elaborado de la naturaleza, mediante el cual ésta consigue *representarse* a sí misma— haya suscitado en los seres humanos la evolución de órganos a cuya función llamamos «razonar», de la misma manera que para el trabajo de otras especies ha suscitado órganos distintos. Se trata de una cuestión más específica: que la producción de *contenidos intelectuales* se halla en nuestra especie generada necesariamente por el trabajo, que de éste se obtienen no sólo las cosas sino las ideas de las cosas. Del trabajo ha nacido el lenguaje: no sólo cosas; también *cosas dichas*, *cosas pensadas*.

La variedad de los contenidos intelectuales, la riqueza del lenguaje y su uso al margen de la actividad de producir dificultan la percepción de su origen último en el trabajo. Ciertamente, con el distanciamiento de las necesidades inmediatas que el ser humano logró, ha podido, además de trabajar, relacionarse entre sí o con la naturaleza sin propósitos productivos, y ciertamente es también un animal que juega (*homo ludens*; jugar puede ser una acción comunicativa entre seres humanos): de estas actividades surgen análogamente ideas. Pero el análisis de conquistas básicas de la humanidad —el útil, el fuego, la cocina, el número...) remite inevitablemente a la vinculación entre trabajo e ideación.

> En la historia de nuestras sociedades divididas según las estructuras clasista y patriarcal, rasgo claramente definido ya en el albor de nuestra propia tradición cultural —en la sociedad griega clásica—, se escindió el proceso productivo en sus *momentos* intelectual y físico, asignando cada uno de ellos a grupos sociales distintos (por ejemplo, amos que *deliberan* y deciden qué y cuando se siembra y esclavos que lo *hacen*). Aparecieron grupos relativamente amplios de personas exentas del trabajo predominantemente físico, que generaron una fuerte tradición intelectual *especulativista*, separada de un hacer material valorado como *inferior* y despreciable (pese a que es siempre indispensable para la existencia ociosa). Esta tradición mantenida trata de autorrepresentarse como independizada de las actividades materiales, y es responsable de la inconsciencia histórica del carácter ideador del trabajo.

La cultura es trabajo acumulado, cristalizado en productos intelectuales. Que tiene —entre otras— una función productiva básica. El trabajo objetivado en el universo de las ideas permite emplearlas como medios de producción, al igual que los artificios materiales. Las ideas son también bienes que sirven para producir otros bienes, *medios de producción de naturaleza intelectual*. La importancia de estos medios de producción ideales, culturales, máxime en las sociedades técnicamente adelantadas, nunca se destacará lo suficiente.

1.5. ASPECTOS DE LA DIVISIÓN DEL TRABAJO

El carácter social del trabajo, que esté fragmentado, dividido, grupalmente es, como se ha visto, uno de sus rasgos fundamentales. La división del trabajo adopta modalidades muy variadas a lo largo de la historia humana y en las diferentes culturas. Examinarla en concreto —por ejemplo, analizar la división del trabajo que conocemos en las sociedades actuales— exigiría tomar en consideración gran cantidad de factores. Aquí sólo es posible precisar los principales puntos de vista desde los cuales se puede analizar una división del trabajo histórica concreta. Y también determinar en general la importancia relativa de las bases más generales de la división del trabajo en la causación de ésta.

1.5.1. *El aspecto natural de la división del trabajo*

Se percibe en primer lugar una *base natural* de la división del trabajo en el seno de un grupo, que afecta a la participación en él de niños, adultos y ancianos, por una parte, y de varones y mujeres, por otra. Estudiar esta *base natural* exige bastantes cautelas intelectuales, como siempre que se habla de *la naturaleza del ser humano*, ya que nuestro *ser* está fuertemente modelado por la historia, y siempre se corre el riesgo de considerar equivocadamente como *natural* lo que no pasa de ser un rasgo *histórico*. Pero no podemos eludir la naturaleza, que da una *base* de la división del trabajo articulable históricamente en muy variadas formas.

El «niño», el «enfermo» y el «anciano» no pueden tener a su cargo determinados aspectos del trabajo que exigen fortaleza física: de modo que naturalmente quedan excluidos de ellos. La *base natural* de la división del trabajo opera fundamentalmente así, por exclusión. Las mujeres quedan excluidas también naturalmente de algunos aspectos del trabajo en ciertos lapsos temporales que tienen que ver con el nacimiento y la crianza de los hijos. Y, probablemente, no se puede decir mucho más respecto de la base natural de la división del trabajo, que como se verá influye muy poco en las divisiones material e históricamente existentes. Pero como *la ideología*, en el sentido de falsa figuración de la realidad, suele presentar como *naturales* aspectos históricos de la división del trabajo que afectan sobre todo a mujeres y a niños merece la pena comentar este punto algo más extensamente.

La infancia, la gestación, la ancianidad, la discapacidad, la enfermedad, como hechos naturales, no pueden ser ignorados por la división del trabajo real sin poner en peligro la supervivencia grupal.

Pero estos hechos naturales, además de *limitaciones* inexcusables de la división, han funcionado a menudo también como *legitimadores*, *justificadores* de divisiones sociales históricas.

Así, la exclusión de los «niños» de las tareas productivas, natural, puede dar lugar a equívocos históricos: ha de advertirse que el concepto de «niño» no es universal y unívoco, y la exclusión del trabajo de los «niños» está modulada culturalmente.

Es conocido el «experimento» de I. Ilich consistente en mostrar la fotografía de un grupo de personas a varios sujetos diferenciados culturalmente (pobres y ricos, campesinos y urbanitas, personas de distintas etnias, etc.) y preguntar cuántos «niños» aparecen en ella. Las respuestas, sin error de cómputo, diferían. Personas pertenecientes a universos culturales distintos tienen una concepción diferente de lo que es ser «niño», significando grupos de edades no coincidentes. El concepto de «niño» no es natural, sino cultural, histórico, aunque sobre una base natural, y por tanto varía culturalmente la percepción de la necesidad o conveniencia de excluir a los niños de las tareas productivas (aunque, evidentemente, la división social del trabajo ha de excluir siempre de éste a los más jóvenes durante un lapso de tiempo más o menos largo).

Por otra parte, no es un hecho universal que los «niños» (en sus diferentes significados) queden excluidos de las tareas productivas y se dediquen sólo al aprendizaje como ocurre en las sociedades altamente industrializadas. Los niños chinos de hoy tienen a su cargo algunas tareas domésticas y sociales además del aprendizaje: por ejemplo, la ayuda a los ancianos. Muchas culturas conocen el «trabajo (propio) de niños», de modo que la base *natural* de la división del trabajo da lugar más a especialización que a exclusión, aunque se trate de una especialización que no llega muy lejos.

Cuestión distinta de estos «trabajos de niños» es la esclavización infantil que se ha dado en dos momentos de la historia del capitalismo: en los comienzos de la industrialización, cuando las relaciones laborales estaban totalmente desreguladas, y sobre todo actualmente, en las megalópolis contemporáneas del mundo de la pobreza: en Brasil, Indonesia, Filipinas, Nepal, Pakistán, etc.

Análogo razonamiento cuestionador de supuestas «naturalidades» vale en lo relativo a lo determinado por el carácter sexuado de la especie. Conviene tener siempre presente que los términos biológicos 'macho' y 'hembra' no son equivalentes a los términos culturales 'varón' y 'mujer'. La explotación y opresión sociales sobre las mujeres es un asunto histórico distinto del hecho biológico de que son las hembras las gestantes, el único que modula naturalmente la división

del trabajo en períodos breves, semejantes a los determinados por el hecho natural de la enfermedad.

El apartamiento temporal de las mujeres de las tareas productivas por razón de maternidad puede ser *momentáneo* en sentido muy estricto: no es inusual que las mujeres campesinas amerindias interrumpan su trabajo en el campo para parir, envuelvan al recién nacido y sigan trabajando hasta el final de la jornada.

En suma: estas *bases naturales* de la división del trabajo la *explican muy poco*, pues la causalidad meramente natural se detiene en seguida ante otros determinantes tan pronto como el animal humano abandona el primitivismo y aparecen causalidades de tipo histórico y cultural.

1.5.2. *El aspecto técnico de la división del trabajo*

Un segundo aspecto de la división del trabajo está determinado por la técnica de la producción. Del artificio técnico, instrumental, interpuesto entre los seres humanos y la naturaleza depende en parte la división del trabajo: puede haber pastores, labradores y pescadores; o además molineros, tejedores, herreros, etc.; o además albañiles, electricistas, torneros, etc. Los medios de producción intercalados modifican una división del trabajo dada, y lo hacen en general *ciegamente*, en el sentido de que la división del trabajo resultante de la introducción de nuevas técnicas y sus consecuencias no obedece a previsiones.

La generalización del maquinismo, con el nacimiento de la gran industria en el siglo XIX, es enormemente ilustrativa al respecto. La división técnica del trabajo quedó enormemente alterada entonces[24], hasta el punto de que en lo sucesivo las actividades y las habilidades pasaron a depender en gran medida de las características de la tecnología industrial empleada. No obstante, pese a este importantísimo cambio algunos rasgos *sociales* de la anterior división del trabajo perduraron, como se verá más adelante, lo cual muestra que los factores que generaban los rasgos subsistentes eran más fuertes incluso que las novedades tecnológicas.

Por consiguiente es preciso tener en cuenta no sólo que la razón técnica, la más inmediatamente perceptible, no determina enteramente —ni mucho menos— la división del trabajo real, sino también que esta determinación no es *unívoca*. En lo que a ella respecta, la innovación técnica abre varias posibilidades, distintas entre sí, para la división efectiva. La selección de una de las varias posibilidades se realiza sin embargo por razones que ya no son técnicas.

24. Con la introducción generalizada de los medios informáticos se asiste hoy a otra gran transformación tecnológica y de la división del trabajo social.

Acaso un ejemplo facilite la comprensión de este asunto. La tecnología de punta a principios del siglo XX abría diversas posibilidades a la división del trabajo. Una de ellas la que se daba materialmente. No obstante, sobre la base de esa tecnología la división del trabajo se modificó muy pronto por lo que se llamó una organización *taylorista* de la producción. El taylorismo (del nombre del analista del trabajo industrial que teorizó el nuevo método productivo, Frederick W. Taylor) consiste en un criterio organizativo en virtud del cual la actividad productiva altamente maquinizada ha de ser descompuesta analíticamente en actos o «gestos» muy simples, encomendándose la realización de cada uno de ellos a *diferentes* trabajadores. Éstos han de convertirse, en palabras de Taylor, en «poco más que gorilas amaestrados», que repiten incesantemente una sola operación muy simple logrando en ella notable eficacia.

Dos grandes artistas del cine, René Clair (*À nous la liberté*, 1931) y Charles Chaplin (*Modern Times*, 1936), criticaron en sus films esta organización productiva. Con ella se convierte en útil para el capital hasta el menor instante del tiempo de trabajo comprado por él a los trabajadores, y es posible además aumentar los ritmos del trabajo y obtener con el menor costo posible de tiempo y de capital multitud de mercancías. El taylorismo estuvo en la base de la producción masiva, a costes decrecientes, que posibilitó el consumo de masas. Pero su introducción implica una *decisión* según un criterio metatécnico que escinde la vida humana en dos partes: el *tiempo de trabajar* y el *tiempo de consumir*. En el tiempo de trabajar el ser humano es poco más que un gorila (el «poco más» que permite lo imposible para un gorila en términos productivos); esta organización productiva sólo en el tiempo de consumir, sólo como *consumidor*, considera al trabajador como ser humano[25].

El *criterio* para adoptar esta organización productiva no es técnico. Es una apreciación valorativa acerca *de lo que es conveniente para otros* (los trabajadores) en función de los intereses incuestionados del empresariado: se trata por tanto de un criterio metatécnico. La *decisión* de implantar una organización del trabajo basada en este criterio la toma quien tiene *poder* para ello, descartando otras alternativas. Se revela así que hay también otros aspectos o factores configuradores de la división del trabajo, no naturales ni técnicos, de índole fundamentalmente social.

25. Eso en el mejor de los casos: la afirmación precedente difícilmente se puede predicar de industrias como las tabaqueras, las nucleares, cierta industria química, etc.

1.5.3. *La división patriarcalista del trabajo*

Una de las estructuras relativamente *invisibles* de las sociedades humanas es la del *patriarcado*, afianzada probablemente con el tránsito de las primitivas sociedades de cazadores-recolectores a los asentamientos agrícolas estables. A menudo se confunde esta estructura *social* con diferencias *naturales* entre los individuos de la especie humana debidas a la bisexuación de ésta, y la confusión se ideologiza como siempre, esto es, suponiendo que la organización del trabajo determinada por esa estructura tiene un carácter *natural*.

El *patriarcado* es un principio estructurante de la sociedad que incide desde luego en la división del trabajo. Se trata de una de las estructuraciones sociales más antiguas, que además ha asumido formas culturales distintas a lo largo de la historia. A primera vista parece atribuir a las mujeres el trabajo *doméstico* y a los hombres el trabajo realizado fuera de la casa (el trabajo agrícola, inicialmente). Pero esta visión del patriarcado es superficial. De una parte las mujeres han tenido a su cargo habitualmente, además del trabajo doméstico, trabajos relacionados con éste pero realizados *fuera de la casa*, como el cotidiano trabajo de recogida de leña y/o agua (que ha ocupado a generaciones de mujeres desde la infancia), trabajos de molienda, etc.; de otra parte, las mujeres siempre han compartido con los hombres, en las sociedades agrarias, el trabajo no doméstico de recolección, entre otros.

La estructura patriarcal se define mejor caracterizándola por el sometimiento social de las mujeres a los hombres, a veces descrito como *tutela* de aquéllas por éstos, aunque se trata de una *tutela* consistente en la liberación de los hombres de los trabajos que en el seno de la célula social básica, la familia, son experimentados en cada época histórica y situación cultural como particularmente penosos, que se atribuyen a las mujeres. En bastantes sociedades, además, son las mujeres las que hacen sencillamente la mayor parte del trabajo. Los hombres ejercen por otra parte un control sobre la actividad reproductora de las mujeres.

Hoy se percibe que la estructura patriarcal ha tenido gravísimas consecuencias. Su antigüedad la ha insertado incluso en el lenguaje, y también en las culturas populares —a través de giros lingüísticos, consejas, refranes, etc.—, dotándola de sólidas inercias reproductivas. Ha desarrollado socialmente lógicas públicas de violencia, así como sólidas expectativas comunes acerca del comportamiento ajeno en función de la estructura patriarcal. Ha hecho de los bienes de cultura de la especie más preciados en cada etapa un coto vedado tradicionalmente a las mujeres. Ha difundido una concepción bipolar de los

seres humanos a tenor de la cual la estimación social de las mujeres se ha basado en sus cualidades animales (de atracción sexual y de fecundidad) y la de los varones en sus capacitaciones culturales (como guerrero-explorador y como intelectual). No sólo ha situado a la mitad de la especie humana en condiciones de explotación y opresión, sino que también ha cercenado el desarrollo multilateral de *toda* la especie, ya que los *papeles sociales* de *vivir como hombre* y *vivir como mujer* se han construido en la forma de conjuntos de cualidades diferenciados e incomunicados (por el procedimiento de estigmatizar a los comunicantes).

La barbarie de las relaciones sociales derivadas de esta estructura se deja sentir incluso demográficamente: mientras que en las sociedades avanzadas la población femenina es levemente superior a la masculina debido a que la segunda está más expuesta a accidentes en el manejo de máquinas (principalmente automóviles), en ciertos países del Sur pobre y preindustrial del mundo la población femenina es inferior a la masculina al practicarse en su seno el infanticidio: las niñas se representan en muchos casos como bocas inútiles.

La *reproducción* de la estructura del patriarcado, necesaria por la sucesión de relevos generacionales, no ha tenido en realidad dificultades: los seres humanos se socializan a edad muy temprana; aprenden casi al mismo tiempo que el lenguaje las expectativas sociales impuestas por la estructura patriarcal y reprimen a los transgresores desde la infancia (entre los *niños* varones, la peor injuria es precisamente *'niña'*).

En las sociedades contemporáneas tecnológicamente avanzadas del Norte del planeta el patriarcado parece haber entrado en crisis en el siglo XX: una crisis que se manifiesta por la creciente *visibilidad* de esa estructura. El combate feminista la ha privado de bastantes de sus elementos *jurídicos* —y de algunos de los *políticos*— de defensa, los más accesorios, aunque su implantación *social* permanece casi intacta. Modula aún la división del trabajo, dejándose sentir desde este punto de vista en los ámbitos doméstico y del mercado de trabajo[26].

1.5.4. *El aspecto clasista de la división del trabajo*

Hay una perspectiva adicional desde la cual contemplar la división del trabajo social: la que examina su causación económico-política.

26. *Vid.* P. Bourdieu, *La dominación masculina*, trad. cast. de J. Jordá, Anagrama, Barcelona, 2000.

Se suele dar el nombre de *relaciones sociales de producción* a las establecidas objetivamente entre las personas respecto de los medios de producción. Por *medios de producción* hay que entender los medios de trabajo y los objetos o materias primas sobre los que se opera.

Entre los medios de producción y los productores en todas las sociedades se interponen *mediaciones intrasociales* (salvo en lo que se conoce como comunidades primitivas, en las que tanto los medios de producción como los medios de vida son directamente accesibles). Estas *mediaciones intrasociales* parten de la base de que los medios de producción existentes (tanto materiales como culturales) no se hallan a disposición de cualquiera, sino que son detentados exclusivamente por un grupo de miembros de la sociedad, de modo que los restantes han de entrar en relaciones determinadas con los primeros para tener acceso a los medios de producción y hacerse así con los de subsistencia. Entre los productores y los medios de vida surgen pues dos mediaciones: una instrumental —los medios de trabajo— y otra intrasocial —la relación con los detentadores de los medios de producción—. Según las características de esta última relación aparecen las diversas formas económico-políticas: la esclavitud, la servidumbre, el trabajo asalariado, etc. (según que haya que ser el esclavo o el siervo de alguien, o haya que entrar con alguien en la relación de trabajar por un salario para poder vivir), con su bipolaridad característica de clases sociales fundamentales.

Las clases se diferencian por el lugar que ocupan socialmente quienes las componen respecto de los medios de producción y por la modalidad (por las características) de las relaciones entabladas entre los miembros de ellas también a propósito de tales medios.

La existencia de las clases sociales da lugar a comportamientos y características objetivos de los integrados en cada uno de los grupos sociales en función de esta adscripción, que originariamente se realiza a través de la pertenencia a las células primarias del tejido social: las familias. Sin embargo la adscripción de clase no siempre da lugar a comportamientos voluntarios, subjetivos, a una subcultura específica o, en una palabra, a *consciencia y voluntad de clase* (como las de la burguesía en su etapa ascendente, o las de los trabajadores industriales en el siglo XIX y principios del siglo XX). Por eso es preciso distinguir cuidadosamente entre las consecuencias de la existencia de las clases sociales según que estén o no dotadas de consciencia como tales, consecuencias que son muy distintas (sobre todo en el plano político).

Entre las consecuencias de la existencia *objetiva* (con independencia de la *consciencia*) de las clases se halla la de modular la división

social del trabajo. Las clases hegemónicas reservan para sus miembros y para sus asimilados determinadas parcelas de la producción social, en las que fundamentan su dominio.

Es preciso subrayar que esta causación y la estructura del patriarcado —factores de naturaleza específicamente *social*— constituyen los determinantes más específicos de la división del trabajo que se da materialmente entre los miembros de cualquier sociedad, mientras que los factores *naturales* son los que la determinan más débilmente. Por separado, sin embargo, ninguno de los factores determinantes tomado aisladamente puede explicar consistentemente una división del trabajo históricamente dada.

El trabajo es fundamental para la subsistencia de la especie; la división social del trabajo y los factores que la determinan son de capital importancia para comprender *por qué* las relaciones sociales asumieron en algún momento histórico pretérito un aspecto jurídico-político que no se da naturalmente.

A través del trabajo y de su división, y de las relaciones de *poder* internas de una sociedad, se hará posible comprender la génesis del derecho y del poder político.

Capítulo II

EL ORIGEN DEL DERECHO

SUMARIO: 2.1. Un mito jurídico: *Ubi societas, ibi ius*. 2.2. Saber e ideología. 2.3. Grupos sin gobernantes. 2.4. La institución social de la *moralidad positiva*. 2.5. El surgimiento del poder. 2.6. Órdenes protojurídicos y códigos primitivos.

2.1. UN MITO JURÍDICO: *UBI SOCIETAS, IBI IUS*

Don Manuel Colmeiro, uno de los juristas españoles más destacados del siglo XIX, escribía:

> Investigar los orígenes de la sociedad política sería suponer un absurdo y pretender un imposible. Un absurdo porque significaría que los hombres no siempre vivieron en común, y que la sociedad de un modo u otro constituida no es ley constante de la naturaleza o la forma necesaria de nuestra existencia. Un imposible, porque ni la historia, ni la tradición, ni los monumentos más antiguos alcanzarán jamás a disipar las espesas nubes que rodean la cuna de los pueblos, cuando vienen de tiempos remotos[1].

Este clásico de la jurisprudencia peninsular resulta en este punto un contemporáneo: expone una opinión todavía corriente entre los estudiosos del derecho, sin discernir entre vivir en común y vivir jurídico-políticamente en común. No hace sino repetir un argumento de autoridad que se remonta cuando menos a Aristóteles, el cual

1. M. Colmeiro, *Elementos de Derecho Político y Administrativo*, Sucesores de Escribano, Madrid, ⁶1881, p. 10.

afirmó que la naturaleza ha hecho del hombre un animal ciudadano, ἄνθροπος φύσει πολιτικόν ζῶόν[2], refiriéndose a la sociabilidad natural de la especie extendida más allá de los nexos biológicos inmediatos.

La incapacidad de la época aristotélica para diferenciar la sociabilidad del modo específicamente *político* de vivir en común ha facilitado la pervivencia de una ambigüedad[3]. Que se convirtió en falsedad cuando los romanos trataron de dar forma jurídica a la reflexión social griega. *Ubi societas, ibi ius*, donde hay sociedad hay derecho, ha sido el aforismo inequívoco que ha transmitido el dogma de generación en generación hasta los textos de estudio contemporáneo[4]. Los juristas suelen identificar así —sirva Colmeiro de ejemplo— la sociedad humana con la sociedad organizada políticamente. Y trasladan a esta última un atributo que sólo puede predicarse de la primera: la *naturalidad* de la sociabilidad («es ley constante de la naturaleza o la forma necesaria de nuestra existencia»). No conciben otro modo de estar constituida la sociedad que el político y el jurídico. Son incapaces de imaginar, e incluso de reconocer, una sociedad de seres humanos en la que no existan el derecho ni el estado.

Una de las metáforas más notables de los científicos renacentistas para explicar determinados fenómenos del mundo físico era la expresada por el principio según el cual *la naturaleza siente horror al vacío*. Con ese principio creían explicar fenómenos como el de la elevación del agua en un tubo vacío (que la naturaleza trataba de colmar según el mencionado principio; se trata en realidad del fenómeno posteriormente explicado y mensurable en función de la presión atmosférica).

A la ideología jurídica se le puede atribuir un precientífico *horror al vacío de derecho* parecido, explicable como subproducto del proyecto

2. Aristóteles, *Política*, 1253 a.

3. Ésta tiene su origen en una discontinuidad léxica, en el cambio del significado de las palabras. Hoy no puede traducirse πολιτικόν ζῶόν por 'animal político', ya que el sentido no es éste, sino más bien 'animal comunitario' o 'animal urbano'; pero estas expresiones traicionan también la especificidad de lo afirmado por Aristóteles, ya que su *polis* o «ciudad» también contenía en *su* tiempo un componente calificable de político según *nuestro* vocabulario actual. Los lógicos dirían que la traducción de πολιτικόν ζῶόν presenta un problema de pragmática. La reflexión políticojurídica autoritaria decide los problemas léxicos muy fácilmente: así, F. J. Conde, *El hombre, animal político* (Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957). Más revelador de la fuerza de la ideología es que la reflexión intencionalmente racional y científica no suela parar mientes en estos problemas.

4. Así, J. L. Lacruz, F. Sancho y A. Luna, *Parte General del Derecho Civil*, vol. I, Bosch, Barcelona, 1982, p. 9.

burgués ilustrado de juridificar todas las relaciones sociales imaginables para volverlas previsibles y sobre todo calculables[5].

Eso tiene la consecuencia de manchar de pseudociencia aportaciones estimables. Así, el iusprivatista Jean Carbonnier, a quien se deben trabajos notables en el ámbito de la sociología del derecho de familia, atribuye carácter jurídico a las relaciones que observan entre sí animales no humanos. Carbonnier ve en el comportamiento «territorial» animal (en la relación instintiva animal con sus concurrentes respecto de una zona espacial que cada uno defiende, «territorialidad» que efectivamente compartimos los humanos, por ejemplo, con una reacción instintiva cuando alguien se nos acerca demasiado) «una relación que el hombre conceptualizaría como de derecho subjetivo». Refiriéndose a los animales, y en particular a los peces, escribe:

> Cuando un intruso (de la misma especie, lo que merece ser destacado) se introduce en la zona así delimitada, desencadena una reacción violenta en el *derecho-habiente*. En la profundidad oscura de estos instintos —instintos separatistas, antigregarios, que empujan al individuo a aislarse de la especie y a rechazar el contacto con sus semejantes— nosotros no vacilaríamos en buscar la raíz *natural* (natural es aquí animal) del derecho subjetivo[6].

La consecuencia de semejante modo de pensar es nada menos que fundamentar en un imperativo territorial *natural* el *derecho* a la individual apropiación privada de la tierra, que es un fenómeno histórico, cultural (y limitado, no general).

El horror al *vacío de derecho* —que Carbonnier dice experimentar como «temor», como «inseguridad» y a veces «como liberación y poesía»[7]— es una curiosa muestra de *ideología jurídica*. En el ejemplo referido, el prejuicio ideológico induce a un estudioso serio a prescindir de los rasgos específicos de las relaciones jurídicas —que implican una *autoridad*, como se verá— para poder identificar como jurídicas a relaciones cualesquiera. Eso debe poner en guardia a quien se acerca a un saber por primera vez: está expuesto a asumir como propios todos los prejuicios ideológicos de sus fuentes de conocimiento.

5. La necesidad de calcular los costes de las mercancías, e incluso los costes de eventuales judicializaciones de los incidentes del tráfico de mercancías, actúa como acicate para juridificarlo todo directa o indirectamente, y eso, a su vez, induce la producción de la peor *ideología* jurídica.

6. J. Carbonnier, *Derecho flexible*, trad. cast. de L. Díez Picazo, Tecnos, Madrid, 1974, p. 15. Los subrayados son míos.

7. *Ibid.*, pp. 67 y 68.

El horror al *vacío de derecho* es la otra cara de la creencia según la cual donde hay sociedad hay derecho. Se trata de uno de los temas recurrentes de la ideología jurídica propia de una época en que las relaciones de intercambio mercantil tienden a sustituir a cualquier otra relación entre los seres humanos. Y expresa el temor a la aparición de cabos sueltos.

Donde hay sociedad hay derecho sólo es, sin embargo, una creencia arraigada entre ciertos sectores de juristas[8]. Como veremos, otros de ellos, en cambio, amparados en el saber documentado de la mayoría de los historiadores, antropólogos y sociólogos considera por el contrario que la existencia de derecho y de poder político es un fenómeno no natural sino histórico. El derecho y el poder —hoy tendemos a decir 'el estado', pero el poder político no ha adoptado siempre la forma estatal— tuvieron ciertamente un origen. Sus manifestaciones, las formas jurídico-políticas, son históricas y cambiantes, y también lo son el derecho y el poder político mismos. Las ciencias sociales contemporáneas han logrado resolver el problema que se le presentaba a Colmeiro como insoluble, y «las nubes que rodean la cuna de los pueblos cuando vienen de tiempos remotos» han resultado menos densas de lo que se suponía; tanto que hoy se puede mostrar con pruebas, como se verá, que el viejo adagio latino *ubi societas, ibi ius* es, en términos estrictos, falso, y en todo caso profundamente impreciso.

2.2. SABER E IDEOLOGÍA

Pierre Bourdieu, atinadamente, señaló lo que sigue: «Una ciencia del derecho rigurosa se distingue de lo que de ordinario se denomina ciencia jurídica en que toma a esta última por objeto»[9].

La falta de acuerdo entre los estudiosos acerca de si el derecho tuvo o no un origen histórico (o *varios* orígenes históricos) puede sorprender o desconcertar al lector. Este desconcierto es inevitable, y lo experimenta cualquier persona que al aproximarse por vez primera a los fenómenos jurídicos y en general a los hechos sociales advierte que se precipita, a su propósito, en un océano de opiniones contradictorias.

8. Esa creencia, al vincular a los juristas y a las funciones que desempeñan con los fundamentos de la vida en sociedad, refuerza ideológicamente en ellos la naturalidad y «dignidad» con que asumen su *máscara de poder cultural* en la división del trabajo contemporáneo.

9. P. Bourdieu, *Poder, derecho y clases sociales*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2000; *vid.* especialmente el ensayo «La fuerza del derecho».

La tesis de Bourdieu citada más arriba alude a lo siguiente: el saber habitual de los juristas, o «saber jurídico interno», que pasa muchas veces por ser una *ciencia* jurídica, versa sobre un conjunto de *doctrinas* que sirven para interpretar la ley. Estas doctrinas se contraponen entre sí o con el cambio histórico. Un saber sobre el derecho que aspire a ser no meramente doctrinal sino científico —en un sentido substancial y no retórico— ha de tomar también por objeto suyo esas doctrinas, sus diferencias, sus funciones históricas, etc. Ello se señala aquí porque el lector va a tropezar inmediatamente con una diferencia «doctrinal» importante: la de quienes entienden por derecho cualquier orden coercitivo y la de quienes, como el autor de este libro, sólo consideran derechos a los órdenes coercitivos que tienen ciertas características específicas.

La variedad de opiniones contrasta con la ordenada presentación de muchas ramas del saber científico natural: algunas se muestran hoy como un conjunto de proposiciones altamente formalizadas que se infieren lógicamente las unas de las otras. Eso, sin embargo, es al menos en parte mera apariencia, pues la ideología también ha estado presente en el hacer científico natural, tan histórico como el saber social aunque infinitamente más cultivado y cocinado que este último.

Basta recordar la condena impuesta a Galileo por el Santo Oficio, que consideró incompatible la mecánica celeste del investigador con el tenor literal de la Biblia; o las burlas del obispo de Oxford a Thomas Huxley, defensor de Darwin en el primer debate organizado en torno a *El origen de las especies*, rematadas con la siempre reiterada afirmación de que la teoría de la evolución es contraria a la Revelación de Dios en las *Escrituras* (todavía hoy el puritanismo norteamericano trata de proscribir el darwinismo de las escuelas, aduciendo que Dios creó el mundo *incluyendo especies fósiles en distinto grado de evolución*, esto es, jugando a despistarnos). En nuestro propio siglo, Freud fue descalificado ante la Academia Médica de Viena por diagnosticar como histérico a un enfermo: pues 'histeria' —le dijeron— viene de ὕστερα, útero, un órgano del que carecen los varones.

Lo cierto es que el entremezclarse de prejuicio, ideología y saber verdadero es un amargo pan cotidiano. Hay que representarse el avance del conocimiento humano como una trabajosa construcción de ciencias verdaderas que sólo se puede realizar derribando creencias preexistentes.

Que las representaciones intelectuales de intencionalidad científica se abran paso en un medio ideológico nos obliga a precisar de algún modo qué es la ideología.

Hay dos usos distintos de la palabra 'ideología', uno fuerte o estricto y otro más laxo. En sentido estricto o gnoseológico se da el nombre de 'ideología' a *una representación de la realidad falsa pero coherente en sí misma*, que a veces sostienen las personas *cerrándole así el paso al pensamiento verdadero*.

La ideología, en este sentido fuerte, afecta al poder. A Galileo le condenaron por contrariar lo que el poder eclesial había afirmado siempre, pues ponía de manifiesto que ese poder se podía equivocar; a Freud le descalificaban por contradecir el principio de que los varones son inmunes a algunas enfermedades «propias de mujeres», es decir, por contrariar al poder simbólico del patriarcado. Como se puede ver, la ideología induce a error acerca de cómo es el mundo.

> En los razonamientos ideológicos se suele dar una desgraciada combinación de verdad como coherencia y falsedad material, prevaleciendo la primera. Un ejemplo de falsedad material puede ofrecerlo la proposición «Todos los gatos son invertebrados»; un ejemplo de verdad como coherencia lo daría la proposición «Si todos los gatos son invertebrados y si todos los invertebrados tienen cola entonces todos los gatos tienen cola», verdadera —vista en su conjunto— en el sentido de la coherencia, y con la forma de un razonamiento con premisas manifiestamente falsas que conduce además a una conclusión materialmente verdadera (aunque podría ser falsa, pues de una falsedad se puede inferir cualquier cosa, tanto lo verdadero como lo falso). Se señala este punto porque ciertas características de la lógica de nuestro lenguaje, como la aquí apuntada, facilitan que en ámbitos discursivos muy especulativos, poco trabajados con métodos científicos, se incurra en afirmaciones *ideológicas en sentido estricto, falsarias*.

Hay otro uso más laxo, axiológico, de 'ideología', en el sentido del conjunto de juicios de valor, opiniones políticas, religiosas, estéticas, etc., de cada cual. Este tipo de *ideología* no es tan peligroso para el saber, pues sus afirmaciones no suelen situarse en el plano del conocer sino en el de las creencias, las preferencias, el *deber ser*, etc., de las personas, que sean cuales fueren no inducen necesariamente a error acerca de cómo el mundo *es*.

Al estudioso, sin embargo, puede preocuparle la demasiado frecuente impugnación como *ideológicas* en el sentido *gnoseológico* de proposiciones acerca del mundo formuladas por personas portadoras de una *fuerte* ideología *axiológica*, *sobre valores*, impugnación carente de sentido en sí misma, pero común en los debates sobre materias sociales, que suele generar confusión y dudas indebidas.

La inanidad de este tipo de impugnaciones o acusaciones la manifiesta el que sean ociosas: a nadie se le ocurre impugnar una pro-

posición en materia de química, por ejemplo, porque la formule un sintoísta o un anarquista, mientras que si la proposición versa sobre materia económica, política o jurídica las cosas parecen distintas. Cuando advertimos que en un debate se dan impugnaciones de este tipo no conviene prescindir de ellas sin más (justificaría hacerlo el que son nulas epistemológicamente, no aportan conocimiento alguno), sino más bien preguntarse si quien las plantea carece de mejores argumentos que ésos.

El enmascaramiento de la realidad que opera la ideología en sentido gnoseológico, en cambio, el que *dificulte descubrir* hechos reales o que sus afirmaciones prevalezcan frente a proposiciones verdaderas, no queda explicado sin embargo por razones epistemológicas, las cuales sólo posibilitan comprender por qué no se muestran inmediatamente como falsas.

Que las proposiciones ideológicas prevalezcan tiene que ver con rasgos del mundo: el universo social en el que surgen tanto la ideología como la verdad está tan dividido y contrapuesto que la verdad no es neutral, aséptica, en él, sino que puede ser un arma para cambiar las representaciones sobre el mundo. Jesús de Nazaret debía ser consciente de eso, pues afirmaba: «La verdad os hará libres», o al menos eso cuenta alguno de sus biógrafos[10]. La verdad no se impone siempre por su propia virtud: precisa encontrar además agentes que la sostengan.

No hay que creer que las afirmaciones ideológicas son siempre «invento», fabulación interesada, aunque pueden muy bien serlo efectivamente[11]; a menudo la presencia de afirmaciones ideológicas es la consecuencia objetiva, en el plano de las ideas, de la práctica social. Aristóteles creía en su tiempo que, además de prisioneros de guerra reducidos a la esclavitud, o sea esclavos *convencionales* en virtud de la ley de la guerra de la época, había hombres que son esclavos *naturales*, esto es, destinados *por la naturaleza* a ser una posesión animada de otros; y lo justificaba escribiendo cosas tales como: «si las lanzaderas tejieran solas y los plectros tocaran solos la cítara, los maestros no necesitarían ayudantes ni esclavos los amos»[12]. Sobre la base de este tipo de creencias ideológicas no puede extrañar que Estrabón, uno de sus sucesores en la dirección del Liceo, elaborara una teoría sobre la física de los gases y construyera máquinas de vapor que sólo se emplearon para obrar «milagros» en los templos y construir juguetes

10. *Vid.* en el *Nuevo Testamento*, *Juan*, 8, 32.
11. Al respecto puede resultar ilustrativa la lectura de la parte final de *La República* de Platón.
12. Aristóteles, *Política*, 1253 b; *vid.* también 1254 a - 1255 a.

lujosos, y no ya para que «las lanzaderas tejieran solas» en vez de ser accionadas en los telares por una mano de obra esclavizada.

Dicho de otro modo: la sociedad helenística tuvo acceso a un conocimiento científico cuya posible aplicación técnica a la producción tropezó con las relaciones sociales existentes. Las clases esclavistas no contemplaron —como tampoco la aristocracia española del siglo XVI, en una nueva invención, renacentista, de la máquina de vapor[13]— la posibilidad de aplicar su saber científico para sustituir en parte el esfuerzo de los trabajadores. Su ideología fue un obstáculo para la difusión de una verdad que no contaba con agentes para sostenerla, de modo que un conocimiento tan valioso como el mencionado se perdió más de una vez.

Los requisitos que ha de satisfacer una reflexión sobre el derecho para que tenga el grado de fiabilidad de las ciencias merecen ser examinados en sí mismos. Como cuestión preliminar conviene tener en cuenta algunas tendencias muy comunes, de naturaleza ideológica, en la consideración de los fenómenos del universo social.

Es corriente establecer una separación fuerte entre las ciencias materiales en razón de su objeto. Las relativas al universo físico serían altamente fiables porque tienen una raíz experimental y racional y muestran ser *operativas*, esto es, dan lugar a *técnicas* con las que es posible manipular muy eficazmente el mundo físico; en cambio, suele afirmarse que las ciencias sociales son menos fiables que las naturales porque en ellas la experimentación a menudo es imposible o se ve limitada y porque el observador forma parte del objeto observado. Esta separación *fuerte* entre ambas especies de hacer científico conduce a razonamientos en los que además de verse las ciencias como relativas a mundos intelectuales diversos parece como si se construyeran ellas mismas en *universos distintos*.

> Así, la *eficacia* de las ciencias de la naturaleza y su fiabilidad, resultan a veces muy dudosas si se toma en consideración el contexto social. La física atómica, por ejemplo, es altamente fiable desde el punto de vista epistemológico; es incluso tan *operativa* (la seguridad de sus proposiciones permite operar en el mundo) que con ella se construyen bombas atómicas y centrales de energía nuclear. Admitido esto, que es *posible* construir tales cosas, la física atómica no es fiable socialmente porque lo es, y mucho, desde el punto de vista del conocimiento[14].

13. Una nave impulsada por la fuerza del vapor cruzó el puerto de Barcelona en presencia del emperador Carlos V en su visita a esta ciudad en 1516. Los poderosos de la época ignoraron el invento.

14. Esta idea fue desarrollada por Manuel Sacristán en una conferencia dictada en la Universidad de Barcelona el 17 de mayo de 1979, «Para una política socialista

Por último, para ver las malas consecuencias de una separación *fuerte* entre las diversas especies de ciencias, hay que decir que el científico social suele renunciar demasiado a menudo al rigor epistemológico aplicado a las ciencias naturales, y tiende, por consiguiente, a construir con gran laxitud el punto de vista desde el cual contempla los objetos sociales.

La relajación de las exigencias epistemológicas cuando se trata de conseguir *saber* sobre las relaciones sociales no está justificada. La dificultad de la experimentación social, en la hipótesis de que fuera cierta, sería en todo caso compartida por una de las ramas más antiguas y brillantes de la ciencia natural: la astronomía. Y que la misma actividad de los científicos forme parte del universo social no impide la formulación de proposiciones intersubjetivas y falsables acerca de este universo.

El atraso del saber social, en una comunidad dividida, ha de ser atribuido a causas que tienen que ver con el *ser social* mismo. El conocimiento puede ser instrumento de dominio. Todo el mundo sabe ahora contar; ¿todo el mundo ha de saber decidir los asuntos comunes?

Las ciencias sociales son todavía muy permeables a la ideología. La reflexión moderna sobre el derecho ha tendido a contemplarlo como cerrado en sí mismo —esto es, tratando de hacerlo enteramente calculable de antemano, respondiendo así al anhelo de seguridad del capitalismo concurrencial—, y a considerar «lógica» la evolución del derecho, como si la suya fuera una historia autónoma, para la que los aspectos no jurídicos de la sociedad resultaran irrelevantes. Introducirse en la comprensión científica del derecho, en cambio, exige referirlo constantemente, sin perder de vista su especificidad, a su complejo entramado con otros aspectos de la vida social.

Para comprender la génesis del derecho es preciso recurrir a las relaciones generadas entre los miembros de la especie para la realización de actividades fundamentales y necesarias para su supervivencia.

2.3. GRUPOS SIN GOBERNANTES

El problema del origen del derecho y del poder político deja de ser teoréticamente insoluble —deja de ser *un imposible*— si se atiende a lo que derecho y poder político tienen de específico, y sobre todo a

de la ciencia», incluida en Manuel Sacristán Luzón, *Seis conferencias*, El Viejo Topo, Barcelona, 2005.

los datos obtenidos por la investigación antropológica del siglo XX, que ha arrojado luz sobre la «noche de los tiempos» de Colmeiro.

La investigación ha recurrido no sólo a un análisis renovado de las fuentes documentales sino también al estudio de algunas de las sociedades todavía existentes que han permanecido estables, sin experimentar cambios, en estadios históricos escasamente complejos, con formas arcaicas de organización social. Esas sociedades son, a efectos de estudio, bastante más que fósiles históricos: son nuestra prehistoria *viva*[15].

A pesar de que estas sociedades desaparecerán enteramente muy pronto debido a la rápida penetración de tecnologías no autóctonas y al efecto disolvente de las relaciones capitalistas de producción, aunque el contacto con éstas no sea ni directo ni inmediato[16], grupos sociales como los *sirionó* de Bolivia, los *azanda* y *murngin* australianos, los *pakupuanos*, los *gilberteses*, los *dobnanos* o los *kainang*, por poner unos pocos ejemplos entre muchos, subsisten todavía como *comunidades primitivas*.

La expresión 'comunidad primitiva' que se emplea aquí responde a un concepto muy preciso de la antropología social. No coincide de exactamente con el concepto de *sociedad* primitiva en el sentido tecnológico. Lo que caracteriza a un grupo social como comunidad primitiva es un modo de organización *social* determinado y no su tecnología. Desde el punto de vista tecnológico algunas comunidades primitivas están en el paleolítico, pero no todas (algunas, en estadios tecnológicos más adelantados). Las actividades productivas de las comunidades primitivas difieren en función de su particular nicho ecológico: algunas son nómadas o seminómadas, cuando se trata de grupos de cazadores-recolectores; otras se dedican a la pesca, o constituyen sociedades ganaderas y/o agrícolas. Hay sociedades muy primitivas en sentido tecnológico (por ejemplo, los *tuareg*) que no encajan en el concepto de comunidad primitiva en razón de sus formas de vida social[17].

15. Algunas de estas investigaciones son impresionantes; por ejemplo, la de I. Eibl-Eibesfeldt, que ha filmado comportamientos de poblaciones que se hallan en el estadio cultural del neolítico al entrar en contacto con investigadores contemporáneos (*vid.*, de este autor, *El hombre preprogramado* [1973], Alianza, Madrid, 1977).

16. Eibl-Eibesfeldt señala el caso de los *kukukuku* de la aldea de Ikumdi, en Nueva Guinea, culturalmente en la Edad de Piedra pero que han obtenido por trueque hachas de hierro en aldeas vecinas (*El hombre preprogramado*, ed. cast. cit., p. 189).

17. Puede verse: Middleton, Tait y otros, *Tribes without rulers* (Routledge & Kegan, London, 1958); J. W. Lapierre, *Essai sur le fondément du pouvoir politique* (Faculté de Droit et Sciences Politiques, Aix-en-Provence, 1968) y muy especialmente *Vivre sans*

Recientes investigaciones sobre otros asuntos han aportado elementos informativos de primera magnitud acerca de las comunidades primitivas. Así, el genetista Luigi Luca Cavalli-Sforza convivió con poblaciones pigmeas del desierto de Calahari y ha consignado observaciones muy interesantes a su respecto[18]: observaciones sobre la distribución colectiva del trabajo, sobre el cuidado de los enfermos e impedidos durante los traslados de estas poblaciones seminómadas, y también, entre otras cosas, acerca de su sentido del humor. Según Cavalli-Sforza, ningún sentimiento de los hombres modernos, por elevado o complejo que sea, es ajeno a las personas de estas poblaciones primitivas.

Las *formas de organización social* de las comunidades primitivas son el aspecto relevante para lo que aquí interesa. Los medios de producción son, en ellas, los útiles de caza o pesca, si se trata de cazadores, recolectores o pescadores; y el ganado y la tierra si se trata de sociedades agrícolas o ganaderas. Un principio socio-organizativo relevante es que en estas comunidades los medios de producción necesarios para obtener el sustento diario no están asignados a los individuos sino que permanecen adscritos a la comunidad como tal. Dicho de otro modo: sólo se tiene acceso a los medios de producción en función de la *pertenencia* a la comunidad.

Si se examinan las cosas más de cerca, no se puede decir que la comunidad se interponga entre sus miembros y los medios de producción, pero en cambio sí se interpone entre éstos y los individuos que

État? Essai sur le pouvoir politique et l'innovation sociale (Seuil-Esprit, Paris, 1978) [aunque emplea fundamentalmente material de Lapierre, también puede mencionarse la obrita de divulgación de P. Clastres, *La sociedad contra el estado* (1974; trad. cast., Monte Ávila-Luis Porcel, Caracas-Barcelona, 1978)]; M. Gluckman, *Politics, Law and Ritual in a Tribal society* (Blackwell, Oxford, 1965). El lector no iniciado interesado en el tema puede recurrir a los clásicos de la investigación antropológica; además de los citados en la nota anterior y en la siguiente, *vid.* el estudio clásico de J. Frazer, *La rama dorada* (trad. cast., Fondo de Cultura Económica, México, varias ediciones); B. Malinowski, *Los argonautas del Pacífico occidental* [1922], Península, Barcelona, ^{3}1986 (la editorial Ariel de Barcelona ha publicado traducciones de trabajos menores de este autor, como *Crimen y costumbre en una sociedad salvaje*); E. E. Evans-Pritchard, *Los Nuer* (trad. cast., Anagrama, Barcelona, 1977). También está traducido al castellano el gran clásico del siglo XIX sobre la cuestión: L. H. Morgan, *La sociedad primitiva* [1877], Ayuso, Madrid, 1971.

18. *Vid.* L. L. Cavalli-Sforza, *Genes, pueblos y lenguas*, trad. cast. de J. Vivanco, Crítica, Barcelona, 1997. La investigación de Cavalli-Sforza no sólo ha permitido elaborar un mapa genético de las poblaciones del planeta, sino además compararlo con el árbol de las distintas familias lingüísticas, lo que probablemente sea una de las principales hazañas científico-sociales del siglo XX.

no son miembros de ella. En el interior de la comunidad la accesibilidad a los medios de producción y de vida es directa e inmediata.

Las normas por las cuales un ser humano pertenece a una comunidad y no a otra, o llega a no pertenecer a ninguna, son pues decisivas (quien no pertenece a una comunidad, no come).

Estas *normas* definen fundamentalmente una organización de tipo, digamos, «*familiar*» ampliada. Toda la comunidad aparece unida por vínculos de *parentesco* que se remontan a un *tótem* o antepasado común, real o imaginario. Estas normas de parentesco son a veces enormemente complicadas[19], al parecer para impedir una endogamia excesiva desde el punto de vista biológico; contienen pues al menos una definición del incesto, por supuesto muy distinta de la nuestra; esto es: contienen al menos una *prohibición*. Su propia *fruta prohibida*.

2.4. LA INSTITUCIÓN SOCIAL DE LA *MORALIDAD POSITIVA*

Estas *prohibiciones* o, más en general, prescripciones, tienen como se verá un carácter no jurídico; se imponen por medios que difieren de los jurídico-políticos (y que subsisten al lado de estos últimos en las sociedades actuales).

Llamaremos a esta institución social más simple que el derecho, e históricamente anterior a éste, pero que impone *normas* al grupo, *moralidad positiva* (denominación que procede de J. Austin, un jurista del siglo XIX); Max Weber la llama *convención*; otros prefieren la denominación de «usos sociales», expresión que sin embargo tiene el doble defecto de aludir sobre todo a las normas institucionalizadas más que a la *institución* misma, al mecanismo de poder social; y también, por otro lado, el defecto de inducir a confusión, esta última denominación, con las *costumbres jurídicas*, que corresponden a una institución distinta.

Aunque las reglamentaciones de las comunidades primitivas configuran instituciones sociales análogas a lo que llamamos *familia* en la actualidad, entre nosotros, u otras instituciones (como la de los *grupos de edad*, o los *ritos de paso* a diferentes posiciones en el seno del grupo), el modo de imponerse de tales reglamentaciones, su conservación y el castigo de los transgresores opera *por mecanismos que no son los que se emplean en el ámbito jurídico*.

19. La obra del antropólogo y sociólogo francés C. Lévy-Strauss (p. ej., *Le cru et le cuit, Du miel aux cendres*, Plon, Paris, 1964 y 1966 respectivamente) está en la práctica dedicada al estudio de las estructuras de parentesco.

Aquí puede resultar útil una alusión al funcionamiento de las lenguas. Una lengua se comparte. No hay nadie que pueda, por su propia decisión, introducir cambios en la lengua[20]; y aunque ésta, en realidad, como cualquier otra institución humana, *cambia* con las sucesivas generaciones, no lo hace por una voluntad explícita de los hablantes, y además conserva siempre algunos rasgos que la estructuran como una lengua específica. Las innovaciones lingüísticas se producen más bien como un juego: un juego, por ejemplo el uso de una palabra —digamos 'guiri'— en el que cada vez más hablantes quieren participar, hasta que el uso se vuelve corriente en la lengua; de la misma manera, algún término de la lengua puede parecerles demasiado empingorotado —por ejemplo 'asaz' = 'bastante'— a los hablantes, que evitan su uso ('*assez*', en francés, con idéntica semántica, es en cambio de uso muy vivo).

Análogamente, las normas de la moralidad positiva o convención —los tabús, prohibiciones u obligaciones que afectan al grupo— son compartidas por el grupo. Tienen una antigüedad ancestral: nadie sabe su origen. No hay en el grupo persona alguna que pueda cambiarlas, aunque de hecho cambian según las prácticas del grupo a lo largo del tiempo.

Las normas de «moralidad positiva» del grupo son una institución creada obviamente por el grupo, pero no están a la disposición *del grupo ni de ninguno de sus miembros. Son impersonales.*

La reglamentación que vertebra socialmente una comunidad primitiva se expresa en forma de *relatos míticos* que se transmiten de generación en generación. Los mitos son de origen esencialmente anónimo: lo cual equivale a decir que en ellos aparecen reflejadas las creencias que la sucesión de las generaciones ha ido seleccionando como *comunes*. Estos relatos son *representaciones metafóricas* de la práctica social. Al ser compartidos comunitariamente y formar parte de las creencias comunes, las reglas de comportamiento que contienen o que se desprenden de ellos se imponen con toda la fuerza emocional de una creencia de tipo religioso sobre seres humanos escasamente independizados de las necesidades naturales inmediatas. Estos relatos

20. Esta afirmación puede encontrar excepciones: por ejemplo, en las innovaciones de vocabulario, como se señala en el cuerpo del texto; otra excepción puede residir en los cambios introducidos autoritariamente en la lengua catalana mediante la prescripción de usos lingüísticos particulares difundidos por los medios de masas públicos o de financiación pública, y mediante las pruebas «oficiales» de dominio del idioma en la variedad dialectal de Cataluña. Sin embargo, estos hechos se dan en el contexto de la restauración política de una lengua y no en el de una evolución espontánea.

míticos hacen posible que una comunidad se identifique como dotada de existencia autónoma, *separada*.

No hay autoridades personales que puedan alterar las normas, ni tampoco que castiguen la transgresión. La transgresión del *tabú*, de lo prohibido —una transgresión constituida siempre por una acción objetiva, con independencia de que sea o no voluntaria o consciente—, exige *expiación* (sanción, diríamos en nuestro laico lenguaje moderno), algo así como la reparación o la descausación de las consecuencias del acto —consecuencias míticas e incontrolables, pero representadas como reales en la imaginación colectiva—.

La moralidad positiva o convención carece de un aparato de fuerza material semejante al del poder jurídico. Por el contrario, es *toda la comunidad* la que ve «con malos ojos» la transgresión. Y es toda la comunidad la que impone directa o indirectamente el castigo. Que puede consistir en la expulsión del grupo, en *no ver como persona del grupo* al transgresor; «dándole la espalda», «negando el pan y la sal» al transgresor, que ha de abandonar el grupo; o en una airada acción colectiva como la lapidación. O bien consiste en el autocastigo del transgresor, que libra así del desastre común a su familia totémica.

Entre los indígenas de las islas Trobriand, estudiados por B. Malinowski, quien viola un tabú queda aislado, marginado de la vida comunitaria, para terminar lanzándose él mismo sacrificialmente desde lo alto de un cocotero ante la pasividad de la comunidad, que conoce su destino de muerte. En el mito de Edipo, que se ciega a sí mismo al descubrir su incesto objetivo, no querido por él, puede verse otro ejemplo de este modo de reglamentación de la vida social transmitido hasta nuestra cultura.

Se debe parar mientes en que *quien obliga a expiar* —quien sanciona— no es una autoridad o un aparato coercitivo *especializado* (que aparece en cambio en las sociedades dotadas de derecho o de leyes en sentido más estricto). La sanción se representa como exigida por la divinidad del relato mítico para que la comunidad como tal pueda sobrevivir al tabú violado o evite las «consecuencias» de la transgresión.

Además de *normas* concernientes a las relaciones sociales, en las comunidades primitivas puede existir una reglamentación de tipo *técnico*, o depositarios del saber (ancianos) que enuncian *reglas* técnicas —reglas técnicas de comportamiento en la caza, en la pesca, en el manejo de instrumentos, médicas—, etc.

> Aunque la distinción estricta entre *normas* y *reglas* exige un tratamiento específico, de momento se puede decir que por 'reglas técnicas' se entiende aquí directrices para la acción basadas exclusivamente en el modo de ser objetivo de las cosas. Empleamos reglas para manejar instrumentos, para administrar medicamentos, etc., en función de un resultado. Si no se siguen las reglas no se alcanza el resultado buscado. Las reglas, en sentido estricto, a diferencia de las normas son inviolables. Por 'norma' se entiende en cambio una directiva para la acción en la que también entra en juego alguna subjetividad. Las reglas se enuncian y las normas se dictan. Es posible obedecer y desobedecer las normas, mientras que es imposible violar las reglas y obtener el resultado buscado si se trata de reglas en sentido estricto. Las normas se obedecen o se vulneran; las reglas se siguen o no se siguen, simplemente.

En este sentido, las reglas técnicas que pueda contener la cultura de una comunidad primitiva, pese a modelar el comportamiento de sus miembros, son obviamente impertinentes para el problema que consideramos ahora, esto es, la reglamentación prescriptiva de una comunidad prejurídica (o extrajurídica, como se verá, en sociedades contemporáneas).

Aquí llamaremos *moralidad positiva*[21] o *normas de uso social* al conjunto de normas cuya fuerza para ordenar la vida comunitaria es fundamentalmente cultural y simbólica, del tipo «tabú» descrita. Este mecanismo cultural de regimentación social, que organiza socialmente a las comunidades primitivas, es anterior al derecho y más simple que éste.

De modo que hoy hemos de reformular la vieja proposición aristotélica. El hombre es un animal social, grupal. Y todo grupo tiene sus propias normas o pautas estructurantes, sus instituciones: su propia lengua, para empezar, y sus tabús o prohibiciones básicas, su *moralidad positiva*. Éste es un mecanismo más simple que el del derecho, para el cual es necesaria en cambio la *institucionalización* de autoridades personales[22].

21. La expresión procede, como se ha señalado, de la tradición anglosajona y se toma de John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* [1832], Widenfeld and Nicolson, London, 1954.

22. Algunos juristas se obstinan en ignorar la existencia del mecanismo coercitivo de la moralidad positiva, y por ello consideran jurídicas ciertas normas coercitivas pero no sancionables por autoridades instituidas especiales. En el fondo, estos autores se muestran creyentes en el relato del *Génesis*, donde aparece la prohibición de comer cierta fruta y la contravención es sancionada por el Dios bíblico con la expulsión del Edén, la necesidad de trabajar y el dolor de parir. Esa prohibición, desde los esquemas conceptuales usados aquí, sería una prohibición jurídica, pues la autoridad y la sanción divinas están determinadas e instituidas por encima de la sociedad formada por Adán y Eva, en el relato mítico. Si ya en el Edén hubo derecho —deben creer los autores aludidos—, entonces lo ha habido siempre. R. Sánchez Ferlosio, en su excelente tra-

Los grupos sociales contemporáneos, cualesquiera que sean, siguen generando en su seno mecanismos de *moralidad positiva* tenues o fuertes: no se debe suponer que tales mecanismos han sido superados, pues desempeñan un papel de primer orden en la conformación de nuestros comportamientos en el ambiente de los distintos grupos a los que pertenecemos.

La moralidad positiva es ciertamente un generador de socialización también en nuestros tiempos. En realidad la socialización primaria es socialización en una *moralidad positiva* familiar, entre otras cosas. Los escolares de muy poca edad también reconocen sin que le haya sido enseñada por adulto alguno la *moralidad positiva* del grupo de escolares del que forman parte y por lo común se atienen a sus reglas[23]. Gran parte de las normas *interiorizadas* por nosotros proceden de este tipo de institución social.

La existencia de distintas moralidades positivas grupales, que incluso pueden contraponerse a secciones enteras de las reglamentaciones propiamente jurídicas, es un fenómeno que suele pasar desapercibido en el estudio del derecho y sobre el que tendremos ocasión de volver.

¿Por qué las comunidades primitivas no precisan una institución reguladora más compleja que la *moralidad positiva*?

Sólo se puede responder a esta pregunta atendiendo a la sencillez y reducidas dimensiones de los grupos sociales a los que estamos aludiendo. La conflictividad entre las personas es muy pequeña. En los relatos que conocemos, el recurso a terceras personas, generalmente ancianos, que recomiendan formas de solución a los conflictos interpersonales basta para apaciguarlos. Los conflictos entre un individuo y la comunidad como un todo se saldan siempre en detrimento del individuo. En las comunidades primitivas no hay, en cambio, conflictividad entre subgrupos internos: esto es, se trata de sociedades en las que no hay conflictos estructurales internos. Pues el modo de existencia de la comunidad primitiva no origina conflictos de este tipo. El acceso a los medios de producción y de vida está garantizado por la pertenencia a la comunidad. La distribución de las tareas y del producto sociales se realiza, por decirlo de un modo intuible, como en el interior de una familia.

bajo «La señal de Caín», que puede leerse en su libro *El alma y la vergüenza* (Destino, Barcelona, 2000), adopta un punto de vista parecido al de esos autores, y extraño al concepto de «derecho» que se sostiene en este libro.

23. Algún suicidio reciente de un escolar presionado por sus compañeros muestra que en el País Vasco, o sea, entre nosotros, la institución de la moralidad positiva sigue siendo tan fuerte como entre los nativos de las Trobriand.

El lector, sin embargo, no debe inferir de la existencia de estos mecanismos normativos simples suposiciones idílicas acerca de la vida de las sociedades primitivas. Los conflictos *entre* comunidades son antiquísimos. Las pinturas rupestres del paleolítico documentan que ya entonces los hombres se mataban entre sí haciéndose la guerra[24]. No obstante, también conocemos experiencias de *ritualización* de los enfrentamientos: *ritos* tendentes a aminorar su destructividad. El invento de la *ritualización*, al igual que el invento del *tabú*, muestran la capacidad de *imaginación* de nuestra especie para desactivar la violencia. Veremos en seguida que el derecho, aun consistiendo en *coerción*, es también un instrumento que potencialmente puede limitar la coerción misma.

2.5. EL SURGIMIENTO DEL PODER

Si entendemos provisionalmente por 'poder', en este contexto particular, simplemente la aparición en una sociedad de una autoridad que no coincide con el conjunto de ella misma, como es en cambio el caso de la institución de la moralidad positiva, entonces es preciso señalar que el surgimiento del *poder*, generalmente de naturaleza *militar* y *cultural-simbólica*, se da en sociedades más complejas que las comunidades primitivas.

El nacimiento del *poder* parece vinculado a formas de organización que se adoptaron con los asentamientos territoriales estables y la práctica de la agricultura masiva propiamente dicha.

El aprovechamiento de ciertas posibilidades ofrecidas por la naturaleza en determinados lugares exige la cooperación de numerosas comunidades particulares —esto es, un paso más en la extensión de la socialización del trabajo— para realizar tareas imposibles para pequeños grupos de individuos. Los trabajos de irrigación, desecación y cultivo en los grandes valles aluviales de Mesopotamia y Egipto dieron lugar a organizaciones sociales más ricas que las comunidades primitivas, pero también más cargadas de tensiones, inviables sin un mecanismo regulador de los comportamientos adaptado a una sociedad conflictiva, no simplemente familiar: el mecanismo de la autoridad y la ley sancionada por ella.

Pero hay otras hipótesis, en el fondo no demasiado divergentes de la expuesta. Algunos arqueólogos sostienen que un cambio climático

24. *Vid.* I. Eibl-Eibesfeldt, *Guerra y paz: una visión de la etología*, trad. cast. de R. Pilar Blanco, Salvat, Barcelona, 1986.

provocó un descenso del nivel de las aguas marinas dejando al descubierto grandes extensiones de tierras cultivables excepcionalmente fértiles. Eso habría fomentado aglomeraciones humanas mayores que las existentes hasta entonces, lo que a su vez impulsó la creación de normas e instituciones de gobierno.

Sea como fuere, la práctica masiva de la agricultura en Mesopotamia y Egipto requería no sólo cooperación intercomunitaria: exigía también nuevos saberes científicos y técnicos: astronomía (para establecer un calendario preciso capaz de determinar el momento apropiado de las distintas operaciones agrícolas); matemática, hidráulica, ingeniería (para los trabajos de canalización e irrigación y otras obras); saber organizativo (para establecer una cooperación eficaz). Estos saberes pasaron a ser *medios de producción* (de naturaleza intelectual) necesarios. Se concentraron en manos de una «comunidad eminente» o grupo dirigente social, que en la civilización egipcia y en otras tomó la forma de una casta sacerdotal y militar. La «comunidad eminente» y las «comunidades subalternas» componen entonces una sola sociedad unificada por el proceso productivo, que es condición de la reproducción de todos. A este modo de producción se le ha dado el nombre de «asiático» a pesar de que pueden ser clasificadas según él sociedades africanas, asiáticas o americanas. Las formaciones sociales de este tipo han sido denominadas también «despotismos hidráulicos» o «sociedades tributarias», según unos u otros autores[25].

En las sociedades tributarias se aprecia un cambio notable respecto de las comunidades primitivas, en relación con los medios de producción. Éstos son en ellas de dos tipos distintos: de naturaleza predominantemente material —la tierra, los aperos y bestias de labranza[26]—, que pueden quedar a cargo de las «comunidades subalternas», y de naturaleza predominantemente intelectual: los distintos *saberes* antes mencionados, detentados exclusivamente por las «comunidades eminentes».

> Sabemos que las «comunidades eminentes», en las formaciones tributarias, se reservaban muy celosamente los medios de producción de naturaleza predominantemente intelectual. Así, los sacerdotes incas ocultaban el *calendario*, puesto en clave para conservar el secreto de su lectura e interpretación; el mandarinato chino elaboró una *escritura* cuyo aprendizaje exigía muchos años de estudio sin participar en las tareas productivas directas. El carácter sagrado —sacerdotal— fue atribuido a los *números* por los egipcios (los pitagóricos, que los importaron a Atenas desde Egipto, seguían haciendo de su conocimiento una auténtica iniciación), e inicialmente los romanos también hicieron sagrado y oculto el *derecho*, un saber organizativo (*conocer* la ley, secreta por mímesis cultural en los primeros tiempos de Roma, fue la primera reivindicación plebeya: hasta que los plebeyos lograron ver expuestas públicamente en el Foro las *XII Tablas*). El saber astronómico, por otra parte, daba siempre a la comunidad eminente el conocimiento anticipado de sucesos extraordinarios (eclipses, por ejemplo); un conocimiento que podía emplear para reforzar su prestigio y su posición sobre las comunidades subalternas.

25. *Vid.* K. A. Wittfogel, *Despotismo oriental*, trad. cast. de F. Presedo, Guadarrama, Madrid, 1966; M. Godelier (ed.), *Sobre el modo de producción asiático*, Martínez Roca, Barcelona, 1966; J. Chesneaux, «Sobre el modo de producción asiático», en R. Bartra (ed.), *El modo de producción asiático*, Era, México, ^{5}1986.

26. Aunque los instrumentos se presentan como medios de producción materiales, hay que tener en cuenta que incoporan un «saber tecnológico» determinado; su naturaleza o su uso no es por ello *exclusivamente* material, sino también cultural.

Esta distribución de los medios productivos —conseguida muy probablemente por medios militares— impone que se den relaciones muy determinadas entre las distintas comunidades para que pueda tener lugar el proceso de producción complejo. Las comunidades subalternas tienen a su cargo su propia subsistencia, pero han de *tributar* trabajo adicional para la realización y el mantenimiento de las obras públicas, y también una parte del producto para el sostenimiento de los miembros de la comunidad eminente, que quedan liberados del esfuerzo físico y pueden permanecer relativamente ociosos a condición de emplear parte de su tiempo en tareas de control del trabajo social.

Las grandes civilizaciones del pasado (y la India, China y parte del imperio de los zares hasta tiempos muy recientes) tenían esta forma de organización social (la sociedad esclavista en sentido estricto ha sido una formación social poco común, al igual que el feudalismo).

En las formaciones sociales tributarias se genera permanentemente un conflicto arraigado en el núcleo mismo de las relaciones de producción. Este conflicto versa sobre la asignación del trabajo y sobre la distribución del producto. Pese al avance material que suscita la agricultura masiva, que dio lugar por vez primera a excedentes económicos permanentes[27], el grueso de la población de las comunidades subalternas trabajaba para su propio mantenimiento como en las sociedades primitivas, pero además tenía que hacerlo para el sostenimiento de la comunidad eminente y de los individuos directamente

27. La producción arroja *excedente económico* si da de sí más bienes (*output*) que los consumidos para que tenga lugar (*input*, medios de producción y medios de vida de los productores), dicho sea para lectores novicios en economía.

a su servicio (hombres armados improductivos), así como para satisfacer las nuevas necesidades generales y de expansión económica[28]. Este sobretrabajo y la propia división del trabajo creada no son susceptibles de compensación. El sometimiento por la violencia, militar, de las comunidades subalternas es una necesidad del sistema: una necesidad *estructural* del sistema. Pero lo es también cierto dominio *cultural*.

El conflicto social intrínseco al modo de producción tributario creó en las sociedades que respondían a este modelo una contraposición social permanente. La organización de la producción generaba fuerzas centrífugas que la comunidad eminente precisaba neutralizar.

La fuerza *neutralizadora*, para contener o limitar el conflicto interno de la sociedad, fue el *poder político* (supremamente detentado por la institución llamada «estado», con alguna reserva terminológica que se detallará más adelante). Que tiene, entre otros, el instrumento jurídico: *el derecho*. La violencia militar fundacional de este tipo de sociedades se metamorfosea en *instituciones a la vez culturales y de coerción* que aseguran la reproducción de la sociedad tal como está organizada.

La explicación de la génesis de las sociedades tributarias sería incompleta sin el matiz siguiente: una comunidad puede someter a otras mediante la violencia física, militar. Pero la superioridad militar no ocasional trasluce una situación de *desigualdad cultural*; la comunidad que pasará a ser «eminente» posee saberes (organizativos o técnicos) que las demás no tienen: se halla en un estadio cultural-tecnológico materialmente más avanzado.

Así, como se ha dicho, la doma equina o poseer instrumentos de bronce son elementos de cultura que pueden dar a un grupo superioridad militar sobre otros grupos más numerosos pero que, sin embargo, devoren todavía los caballos o empleen mucho tiempo en la consecución de instrumentos de piedra, frágiles y poco manejables. Puede discutirse pues acerca de si la superioridad originaria es de naturaleza cultural o militar, aunque está claro que sin la traducción de la primera en la segunda es imposible la subalternación de comunidades para formar un conjunto social amplio[29].

El poder es originariamente la institucionalización de la fuerza cultural-militar de una forma de organización social incapaz de reproducirse por el mero despliegue de su lógica económica.

28. El pueblo de Israel se hallaba en Egipto en esta situación.

29. *Vid.* M. Godelier, «Infrastructures, societies and history»: *The New Left Review* 112 (1978).

El «poder» (se emplea por comodidad este término equívoco, no desmenuzado en sus especies) detenta la suprema capacidad de violencia; sostiene la reglamentación social, y puede incluso innovarla, mediante la amenaza de la coerción —la ley es originariamente una reglamentación coercitiva—; y subordina a la suya la capacidad de reglamentación y de violencia de la sociedad.

El poder asume las funciones siguientes:

a) garantizar la prestación de sobretrabajo de las comunidades subalternas;

b) reprimir los intentos de emancipación de éstas;

c) difundir —por sí o a través de otras instituciones sociales— *ideología de aceptación* del orden político-social, obteniendo *consenso*, *interiorización* por las personas de la regimentación, y *hegemonía*, en definitiva, para la «comunidad eminente»;

d) garantizar la realización de tareas de interés general (como obras públicas, comunicaciones, etc.).

Es poco frecuente atender a la función estatal de generar *ideología de aceptación*, función sin embargo fundamental para *reducir la visibilidad* de la actividad coercitiva o para activar la coerción simbólica. En la Antigüedad remota las cosmogonías religiosas hechas suyas por el poder —de las que son herederas las *religiones de estado* posteriores— fueron el medio comúnmente empleado para desempeñar esta función. El poder político se mostraba siempre *con-sagrado*, mediador ante la divinidad, lo que implicaba la difusión social de éticas fatalistas, de aceptación. Aunque la coerción —la fuerza— es un componente esencial y básico del poder, por sí misma *no explica* la pervivencia de las instituciones de gobierno.

El problema se puede describir como sigue: a partir de condiciones económicas que suponen la explotación de unas personas por otras surgió un mecanismo cohesionante necesario, al que de momento llamamos 'el poder' (de gobierno/militar/cultural), que asegura la reproducción social en esas condiciones. Este fenómeno se produjo independientemente en distintos lugares y momentos de la historia general (si puede decirse así) de la especie humana. Pero se advierte en seguida que el mecanismo cohesionante es la capacidad de violencia *de una minoría social*, lo que resulta a la larga insostenible si la fuerza es el único factor en juego.

> En ciertas sociedades se dan situaciones en las que algunos individuos pueden ser oprimidos por los demás (así ocurre entre los *tuareg*, o en la opresión de los hermanos menores por los mayores). La perduración de tales costumbres institucionalizadas parece más fácil de

entender en función de la *fuerza*, ya que es *la mayoría* la que la ejerce; pero éste no es el caso del poder de gobierno. Esas sociedades (*tuareg*, hermanos) presentan un modelo intermedio entre la moralidad positiva y la ley jurídica.

Para que la violencia estructural de las relaciones productivas suscite un poder de gobierno *permanente* se precisa cierto grado de *interiorización* de su existencia en el conjunto social. Las consciencias personales han de consentirla o acomodarse a ella en general.

Cómo lo hacen es cuestión distinta: acaso percibiendo que el poder es ineliminable sin una reorganización profunda de todo el proceso productivo social que excluya el sobretrabajo y la subalternación; o por incapacidad material de resistir; o por considerarlo un mal menor; o por atribuir a la acción del poder efectos «civilizadores» reales o imaginarios. En cualquier caso, la *interiorización* de las relaciones de poder es condición necesaria para su perduración con independencia de las *formas* que asuma.

Cuando este tipo de poder, político-militar-cultural, ha llegado a surgir, sólo a efectos de análisis es posible diferenciar en puridad «sociedad» y «poder». La sociedad politizada se desarrolla histórica y orgánicamente como un todo. Las instituciones de poder contribuyen a la configuración de las demás, que no llegan a desarrollarse por entero autónomamente. La existencia de un aparato de poder modula el conjunto de las relaciones y las acciones sociales.

Un ejemplo tomado de una sociedad tecnológicamente primitiva puede ilustrar este punto. Los *zande* de África Central, que conquistaron y sometieron a varias poblaciones —*abakunda*, *akari*, *alib*, y *bamboy* entre otras— antes de la colonización europea, contaban con una organización política por *jefaturas territoriales* detentadas por individuos *zande*. Éstos delegaban su poder en gobernadores de zonas territoriales menores, los *bakumbas*, que solían ser miembros de algún grupo no *zande* asimilado. Cada aldea de una decena de chozas estaba unida por un sendero a una aldea de *bakumba*, y cada una de éstas por un camino a la aldea de residencia de un jefe *zande*. *No había caminos ni senderos transversales*, y los puntos de confluencia de varios caminos de *bakumba* estaban vigilados por guardias del jefe *zande*. La organización de las comunicaciones está pues politizada: su lógica no es la de la economía de esfuerzos, sino la del afianzamiento territorial del dominio político. Un estudioso que hiciera abstracción de la política no podría entender la lógica de tal sistema de caminos, e inversamente: sin el sistema de caminos no es posible explicar el dominio *zande*.

Una comprensión fecunda de los fenómenos políticos en las sociedades contemporáneas no puede prescindir del entramado histórico de acciones recíprocas que se dan entre lo que con cierta abstracción podemos llamar 'sociedad' y 'estado'.

2.6. ÓRDENES PROTOJURÍDICOS Y CÓDIGOS PRIMITIVOS

El aparato de poder no siempre realiza sus funciones mediante la aplicación directa, pura y simple, de su capacidad de violencia: utiliza directivas para la acción de los miembros de la sociedad, y en lo tocante a lo reglamentado por estas directivas reserva en principio el uso de la fuerza para los casos de *incumplimiento*.

Estas directivas o normas son el derecho, desde el punto de vista discursivo; las instituciones de coerción y su funcionamiento, son el derecho desde el punto de vista institucional. El derecho es a la vez un lenguaje, esto es, algo comunicativo relevante desde el punto de vista cultural; pero al mismo tiempo un lenguaje hablado principalmente por instituciones con prácticas coercitivas sobre la sociedad.

La reglamentación de la sociedad no está formada ya únicamente, como en las comunidades primitivas, por normas de moralidad positiva —cuya necesidad era considerada evidente o aceptada por todos—, sino por normas jurídicas, que pueden contraponerse incluso a las de la moralidad positiva de comunidades subalternas, cuya capacidad para vincular los comportamientos se basa primariamente en el aparato de fuerza material e ideológica que componen las instituciones de poder *especial* de la sociedad.

Las normas jurídicas pueden ser tácitas y no estar determinadas con precisión; incluso pueden ser variables según cada decisión «judicial», pero evitan al poder el empleo permanente y directo de la fuerza. El surgimiento del derecho, que supone el del poder y el de la explotación intraespecífica, está ligado a las condiciones generales ya descritas. El instrumento jurídico —las normas del «estado»— tiene la particularidad de que por su naturaleza lingüística, comunicativa, es generador de ideología de aceptación social: al menos parece permitir algún grado de *previsión* de los comportamientos del poder y de los demás miembros de la sociedad.

Aunque los contenidos de las normas jurídicas son variables históricamente, como es obvio, siendo igualmente variable la ideología de aceptación generada por ellos, el núcleo de esta última es *la sumisión*. Las normas jurídicas, por su parte, han de ser coherentes con

las relaciones productivas de la sociedad en las diversas formaciones históricas.

Del examen de algunos documentos jurídicos de la antigüedad podemos obtener una aproximación a las manifestaciones jurídicas más simples que conocemos.

Los documentos a los que se hará referencia son textos del *Pentateuco*, los cinco primeros rollos o libros de la Biblia, datables aproximadamente en setecientos años a.C., y el Código de Hammurapi[30], un monarca babilonio que reinó más de mil setecientos años a.C., código tenido hasta hace poco por la más antigua legislación conocida (aunque hoy se han descifrado breves textos legales muy poco anteriores a él). Pero se debe tener en cuenta que la escritura cuneiforme es muy anterior a estas fechas: la inventaron los sumerios cuatro mil años a.C. Y con la escritura seguramente aparecieron otros rasgos civilizatorios importantes, por lo que los textos de Hammurapi y la Biblia nos dicen en realidad bastante poco sobre las primeras etapas de las grandes agregaciones de seres humanos[31].

Si se comparan esos textos, lo primero que llama la atención es que los bíblicos, más recientes, son desde el punto de vista jurídico mucho más simples y primitivos que el Código de Hammurapi. Eso tiene que ver sin duda con el hecho de que el pueblo hebreo es un pueblo en éxodo, inicialmente con pocas instituciones, en el que, como se verá más adelante[32], el derecho desempeña funciones más religiosas que prácticas; mientras que el código de Hammurapi es legislación para una sociedad ya asentada y altamente urbanizada (Babilonia, la Babel bíblica, fue una de las grandes urbes anteriores a la historia de nuestra tradición cultural, cabeza de un «imperio», y altamente refinada desde el punto de vista artístico).

La primera legislación hebrea es atribuida por Moisés directamente a la divinidad[33], esto es, posee en su grado máximo una *legitimación religiosa*, lo que la hace indisponible, intocable, por el pueblo o por legisladores posteriores. Moisés, al tiempo que legisla, *instituye jueces* —es decir, crea una institución protopública— para que apliquen la ley. Ésta versa sobre cosas tales como la duración de la situación de esclavitud y la esclavitud voluntaria; sobre la venta de las hijas como

30. Puede verse en *Códigos legales de tradición babilónica*, ed. y trad. de J. Sanmartín, Universitat de Barcelona-Trotta, Madrid, 1999.

31. En el futuro cabe la posibilidad de que se obtengan nuevos datos o se descifren otros ya existentes, aunque probablemente ese futuro está lejos dada la actual orientación dada a la investigación científica por los intereses empresariales.

32. *Vid. infra*, cap. III.

33. Esta primera legislación mosaica se encuentra en *Éxodo*, 21-23.

siervas; sobre el castigo del homicidio y sus variantes; sobre las lesiones a personas o bienes, siempre con el principio del Talión[34]. Una legislación posterior, la del *Levítico*[35], juridifica muy restrictivamente las relaciones sexuales, establece normas teñidas de religiosidad relativas a los cultivos, la vestimenta, el tocado y la alimentación, y establece la pena de lapidación —la remisión a la ejecución popular— para las infracciones graves. A través de estas normas vemos, por ejemplo, que la situación social de las mujeres es peor que la que ocupan en comunidades primitivas.

El Código de Hammurapi, como la legislación mosaica, se abre con un discurso *legitimatorio*, en este caso larguísimo, expresivo de la *calidad especial* del gran monarca legislador, para dotar de autoridad a su ley. Ésta apenas se ocupa de cuestiones religiosas, pues su contenido es enormemente práctico. No está centrado, como la ley mosaica, en lo que nosotros llamaríamos derecho penal, pues, aunque contiene numerosas normas penales[36], sorprende la calidad y la «artificiosidad» de las normas de derecho privado, con instituciones como la hipoteca, las indemnizaciones por distintos tipos de daño, y otras instituciones que se volverán a encontrar en el derecho romano. Abundan también normas de derecho fiscal[37], lo que implica una institucionalización política altamente desarrollada. No sólo hay jueces: hay también autoridades en los «barrios» de la ciudad. Pese a toda esta *modernidad*, en el Código aparece con cierta frecuencia la remisión a un «juicio divino»: algunas personas, en ciertos casos dudosos, son arrojadas al «Río»; si éste las devuelve vivas a la orilla, serán inocentes; si las arrastra, morirán, naturalmente ahogadas, como culpables. Vemos pues que en las antiguas leyes la mezcla de derecho y religiosidad, o, visto de otra manera, la adecuación del derecho a la tradición cultural, es un rasgo constante. Su función objetiva es hacer *indisponible* la ley a las poblaciones gobernadas por ella.

Las instituciones jurídicas, pues, pueden desempeñar papeles distintos en distintas sociedades. En la sociedad tradicional china, por

34. *Éxodo*, 21, 24: «ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, herida por herida, contusión por contusión». El Código de Hammurapi, no siendo blando, no llega a estos extremos.

35. *Levítico*, 18-20.

36. Con penas que van desde la de muerte a penas inferiores, como la flagelación, o ínfimas: rapar media cabeza.

37. Hay que decir, sin embargo, que en el otro término de comparación empleado, la ley levítica de los hebreos, también se podría ver como un derecho fiscal la abundante legislación sobre ofrendas y sacrificios de bienes, que sin duda subvenía a la vida de la casta sacerdotal y administradora de justicia.

ejemplo, el derecho no ha jugado papel importante alguno. Su lugar lo ocupaban *las consignas* que se transmitían en el interior del mandarinato, la burocracia política gobernante jerarquizada. En el pueblo del Israel bíblico el derecho tiene una función más religiosa que práctica, como se verá. En la Babilonia de Hammurapi, en la Roma antigua y su imperio y en la sociedad burguesa moderna el derecho tiene funciones prácticas. Pero hay grados de practicidad, de una parte, y de otra sólo en contadas ocasiones está la ley *a disposición* de las poblaciones por ella gobernadas. Para esto último es necesario cierto grado de *democracia*, al menos cierto desarrollo de un proceso de democratización. Que nunca queda afianzado «para siempre».

Visto todo esto, hay que añadir algo importante: la doctrina jurídica moderna suele poner el axioma según el cual en el derecho *moderno* la ley está por encima de las personas, incluso de las que tienen más *poder*. Como veremos en su momento, este axioma es en definitiva una falsedad grave, por más que mostrar su falsedad no sea posible sin haber examinado las características del derecho y el estado moderno. Por otra parte, jamás se puede suponer que todo el poder se juridifica, esto es, que *sólo* actúa por medio del derecho o de acuerdo con él. La reflexión jurídica ha de tener en cuenta por el contrario que el derecho es un *medio* del poder, el cual dispone también de medios extrajurídicos.

En estas páginas se empleará a menudo la expresión 'poder jurídico-político', y no meramente 'poder jurídico', para evitar las simplificaciones ideológicas del pensamiento jurídico socialmente conservador, tendente a constituir el derecho en un ámbito autónomo incluso de la política. Veremos en su momento que ésta es una tendencia clara de la doctrina jurídica del capitalismo moderno, pero no de todo derecho ni de todo uso de algún tipo de derecho.

En el estado contemporáneo, tras un impulso al parecer ya agotado hacia la juridificación máxima de las diversas relaciones sociales, se observa en el presente[38] un asombroso crecimiento de las *zonas de anomia*, esto es, de ámbitos de relaciones sociales carentes de reglamentación jurídica precisamente para hacer posible que en ellas intervengan los aparatos estatales y sobre todo empresariales *por medios extrajurídicos*, sin quedar vinculados por normas. Las zonas de anomia coexisten con otras de puntillosa y detallada reglamentación jurídica, pero también con prácticas de *ilegalismo estatal*, esto es, con zonas de relaciones sociales en las que el estado se permite a sí mismo

38. *Vid.* los capítulos VII y VIII de este mismo volumen.

o a ciertos sujetos sociales —no a todos, por supuesto— la vulneración sistemática de normas jurídicas. Las prácticas ilegalistas del estado son casi normales en su trato con la *disidencia* y en las costumbres de ciertos agentes suyos (policía, guardianes de prisiones, etc.), o, en los ámbitos ecológico, económico, fiscal, y otros. Ilegalismo y anomia se acentúan en la fase histórica presente.

Hay otro uso de la palabra 'derecho': el que habla de *derechos de las personas*. Los derechos de las personas son limitaciones jurídicas puestas al poder (de la naturaleza que sea). Aunque *tener un derecho* (por ejemplo, el derecho de huelga, o la libertad de expresión, o el derecho a no ser condenado sin ser oído) es sólo tener una débil coraza legitimatoria frente al arbitrio de los poderes, que sólo funciona en el caso de que exista una *judicatura efectivamente independiente* de los demás poderes públicos y capaz de *actuar a tiempo*, esa coraza no es cuestión menor. La lucha por los derechos, por convertir en garantizadas públicamente ciertas actividades de los seres humanos, o sus resultados, merced al *poder social* extrajurídico, es siempre una lucha *abierta* —no tenemos aún derecho a la eutanasia, o a unos ingresos mínimos universales—, a la que no podemos suponer puerto de llegada.

Capítulo III

MATERIALES JURÍDICOS PREMODERNOS

SUMARIO: 3.1. Introducción. 3.2. El elemento «democrático» ateniense. 3.2.1. El proceso de democratización ateniense. 3.2.2. La duda acerca de la ley. 3.2.2.1. «Ley natural». 3.2.3. Tendencia expansiva y tensión social. 3.3. El derecho romano. 3.3.1. La complejidad jurídica romana. 3.3.2. La formación social romana 3.3.3. El estatuto de las personas y el conflicto social. 3.3.4. Características generales del derecho romano. 3.3.5. La obra de los juristas romanos. 3.3.6. Aspectos de la política imperial. 3.4. El cristianismo. 3.4.1. Origen judío del cristianismo. 3.4.2. La doctrina de Jesús de Nazaret. 3.4.3. El cristianismo en el mundo romano. 3.4.4. La influencia del cristianismo en la cultura jurídico-política. 3.5. El feudalismo. 3.5.1. Hundimiento civilizatorio. 3.5.2. Ley divina, ley natural, ley positiva. 3.5.3. Feudalismo y mercantilismo.

3.1. INTRODUCCIÓN

Las principales aportaciones a la cultura jurídica de nuestra tradición están constituidas por el discurso jurídico-político de la antigüedad greco-romana y por la concepción jurídico-política de la Ilustración, separadas entre sí por buen número de siglos.

Otros materiales culturales desempeñan un papel destacado en la configuración de la cultura social y jurídica y deben ser tenidos en cuenta en el aprendizaje del derecho como de cualquier ciencia social.

Aunque de modo indirecto, el ideal democrático ateniense —no así sus técnicas de materialización— está presente en la configuración

jurídica que ha llegado a afianzarse entre nosotros, al igual que una de las religiones monoteístas, el cristianismo. Muchos de los conceptos empleados por el discurso político-jurídico moderno son conceptos religiosos o míticos secularizados.

El objeto de este capítulo es aludir a grandes rasgos a los ámbitos jurídico-discursivos e institucionales que preceden a la época moderna. En esta última, el territorio del derecho y del estado y el pensamiento sobre ellos serán adaptados a la sociedad de mercado: a la sociedad de la ganancia a través de la producción para el intercambio en mercados de trabajo y de bienes. Sin embargo, como veremos, los materiales culturales con que se realiza la adaptación proceden en amplia medida de las culturas premodernas de las que nos ocupamos en este capítulo.

En la tradición cultural europea no aparecen despotismos hidráulicos, sino sociedades de base esclavista y luego sociedades feudales. Las sociedades esclavistas conocen ampliamente el comercio, que en cambio es excepcional durante la etapa inicial del feudalismo, cuando se vino abajo la refinada civilización greco-romana. En la Edad Media (siglos V a XV) la producción se destinaba al autoconsumo campesino y a la tributación feudal, y sólo tardíamente, debido a las guerras endémicas y a los gastos suntuarios de los señores feudales, se produjo un estímulo para el comercio. Fuera de Europa sólo en el Japón se han dado relaciones feudales a gran escala.

La producción mercantil agraria, artesanal y manufacturera *moderna* suscitó a su vez un cambio que lleva hasta nuestros días. Es la base inmediatamente anterior del mundo que conocemos. La nuestra es la época post-moderna, o de «modernidad en crisis», celebrada sin embargo como época de la «tercera revolución industrial», de la urbanización generalizada y de los tráficos mundiales. La época de las mayores desigualdades[1]. También la época en que las matanzas de seres humanos por seres humanos alcanzan dimensiones paroxísticas desconocidas en toda la historia anterior.

Se puede dudar que elementos discursivos y culturales nacidos en sociedades esclavistas, esencialmente agrarias, elementos en parte míticos o religiosos, sean aún operativos en el presente. La duda no es del todo irrazonable: muchas veces nos encontramos con continuidades fundamentalmente *léxicas*: una palabra, por ejemplo, 'contrato',

1. Las desigualdades son menos fáciles de ver desde las sociedades opulentas. Diferentes organismos de las Naciones Unidas publican datos accesibles en internet, por ejemplo, tecleando en un buscador «Informes de la ONU» o «Informes sobre desarrollo humano» [hdr.undp.org/en/reports].

es empleada por juristas romanos, medievales, modernos y contemporáneos aunque su significado y su función difieren en cada caso. Queda el hecho, no obstante, de que un sustrato de significación se transmite con el léxico.

Más allá y más fundamentalmente que eso, resulta que la antigüedad greco-romana es autora de dos artificios importantísimos para la humanidad: la invención de la democracia y el estímulo, si no la invención, del pensamiento efectivamente científico. Y que la modernidad, a través del doble movimiento del *Renacimiento* y la *Ilustración*, creó —aunque no plenamente— una cultura laica, con normas que se presentan como disponibles para las personas —algo que otras culturas muy estimables, como la del islam, sin embargo, no han conseguido jamás.

El derecho forma parte de la cultura, y ésta —al igual que la política— no procede *ex novo*. A veces el material cultural enlaza con orígenes remotos: como ciertas esculturas de Giacometti que parecen indiscernibles de las de ignotos escultores etruscos[2]. Quien se introduce en un saber sobre la sociedad nunca puede fatigarse de investigar en los orígenes y en la historia. El objeto de su saber es histórico, está sujeto al cambio, y tendrá que aprender una y otra vez a situarse ante los cambios cuando menos para evitar ser atropellado por ellos.

3.2. EL ELEMENTO «DEMOCRÁTICO» ATENIENSE

En nuestra tradición las ideas de *democracia* y de *ley* tienen su origen en una ciudad-estado, Atenas, que en el siglo V a.C. alcanzó un grado de democratización muy notable[3].

2. Uno de los escritores más sagaces del siglo XX, Walter Benjamin, señalaba que hechos históricamente relevantes para cada generación pueden estar separados entre sí por milenios. *Vid.* W. Benjamin, «Tesis de filosofía de la historia», en la ed. de R. Mate, *Medianoche en la historia*, Trotta, Madrid, 2007.

3. El llamado *código de Hammurapi*, como se ha visto, es obviamente anterior. No ha desempeñado sin embargo ningún papel relevante en nuestra cultura, aunque confirma que el derecho estaba presente en las antiguas sociedades tributarias.

Se puede recurrir al excelente libro de F. Rodríguez Adrados, *La democracia ateniense* (Alianza, Madrid, 1975), como introducción al universo cultural y político de Atenas. Existen numerosísimos textos sobre el mundo griego clásico. Para adentrarse en ese universo se puede manejar la obra monumental *Historia y civilización de los griegos*, dirigida por R. Bianchi Bandinelli (ed. cast., Icaria-Bosch, Barcelona, 1981). Además, hay algunos libros que son auténticas joyas, difíciles de encontrar, como los de André Bonnard (*Les Dieux de la Grèce*, reeditado por Ed. Gonthier, Paris, y, sobre todo, *De l'Iliade au Partenon*, La Guilde du Livre, Laussanne, 1954; hay trad. cast., Editorial Suramericana, Buenos Aires, 1970).

Como cuestión de método, tanto en el caso de Atenas como en cualquier otro, no se debe reflexionar a partir de un modelo acabado y ahistórico de «democracia» para ver si los hechos sociales encajan en él: este modo de proceder sólo es posible reduciendo a lo empírico el ideal democrático, para atribuir la idea de democracia a unas cuantas instituciones casi obscenas.

Resulta metodológicamente preferible referir los hechos sociales a un *proceso de democratización*, que puede ir históricamente más o menos lejos, realizar más o menos acabadamente el ideal de la sociedad de iguales. Y, sin duda, los atenienses, en su proceso histórico de democratización, lograron ir mucho más allá que cualquier otro pueblo de la Antigüedad. Este punto de vista metodológico, que considera los hechos sociales como hechos en curso, permite ver —tanto en Atenas como sobre todo también hoy— si el proceso de democratización avanza, se estanca o retrocede. E incluso si avanza por alguno de sus lados y retrocede o se estanca en otros.

Que los prisioneros de guerra no fueran asesinados o mutilados sino esclavizados, utilizados como cosas en tareas productivas, es sin duda terrible, pero en cualquier caso la costumbre que cristaliza en la institución de la esclavitud es menos cruenta que otras (los hititas levantaban monumentos con los cráneos de los enemigos derrotados[4]). La esclavización de gran número de personas y la minoración social (y legal, claro es) de las mujeres fueron en último término el límite infranqueable del proceso de democratización y también de la civilización griega (después lo sería del inmenso Imperio romano), que acabó arruinándose al no poder interesar en una misma cultura —entendida como modo de vida— a toda la población interviniente en las actividades productivas que la mantenían.

3.2.1. *El proceso de democratización ateniense*

El proceso de democratización de las instituciones políticas de Atenas se produjo en un breve lapso de tiempo. Aquellas gentes habitaron un territorio pequeño, con explotaciones agropecuarias y un centro urbano artesanal y cultural con floreciente navegación, pesca y comercio marítimo. Dominada inicialmente por unas pocas familias aristocráticas —esto es, grandes propietarios, descendientes de guerreros aqueos—, en esa población había una clara división de clases. Ante la amenaza exterior, primero del Imperio persa y luego de la

4. Y los hebreos, según cuenta la Biblia, ese libro «inspirado por Dios», solían matar a todos los varones de los pueblos a los que derrotaban en la guerra.

ciudad-estado rival, Esparta, la aristocracia aceptó en diversas etapas un proceso de igualación política en el que fue perdiendo paso a paso privilegios institucionales pero consiguió que participaran en los intereses atenienses —y en su defensa militar— cada vez más clases de ciudadanos. Al mismo tiempo, la aristocracia logró que algunos elementos de su modo de vida, de su cultura y de sus ideales fueran hechos suyos por las clases subordinadas.

Este último aspecto —la relativa unificación ideológica— es más importante de lo que permiten percibir los simplistas paradigmas contemporáneos de «democracia», meramente *procedimentales*[5]: pues los ciudadanos atenienses no sólo llegaron a dotarse de una plausible igualdad política sino que también compartieron ciertos ideales sociales, afianzados por una educación no meramente gimnástica (guerrera) sino política, para la vida en común[6]. En Atenas (y por extensión, en parte del mundo griego), el «imaginario colectivo» dejó de ser en cierta medida «mítico», como lo era en las sociedades primitivas, para empezar a ser racional. El *filosofar*, que se atreve a discurrir sobre la ley, y sobre todo *el teatro*, que se constituye en *discurso público* para los atenienses, pueden verse como la elaboración racional de relatos que emplean a veces material cultural mítico para proponer, discutir y renovar no sólo los ideales comunitarios sino también las leyes.

> Las tres grandes etapas del proceso de democratización ateniense parten de la legislación de Solón (594 a.C.), el cual instituyó legalmente cuatro clases de ciudadanos según sus ingresos; los derechos dependían de los ingresos en proporción directa y los deberes en proporción inversa. Solón limitó los poderes del Areópago, el centro de poder supremo, al convertirlo en un un organismo al que se accedía por elección, aunque tanto electores como elegidos hubieran de ser aristócratas; y contrapesó su influencia al instituir además un *Consejo* de cuatrocientos miembros ya no exclusivamente aristocrático con funciones políticas. Por otra parte cualquier ciudadano podía recurrir a la Asamblea del Pueblo y al Tribunal del Pueblo, con lo que estos organismos ganaron influencia. Solón trataba de limitar las injusticias sobre las capas populares y los excesos de la aristocracia a la que pertenecía. La necesidad de esta política en una ciudad con próspero

5. Los paradigmas procedimentales de la democracia son los que se atienen a la existencia de procedimientos electorales y de formación de mayorías y minorías; el «régimen democrático» se convierte en un conjunto de procedimientos, según este paradigma teorético, representado entre nosotros por E. Díaz García y G. Peces Barba.

6. El clásico libro de W. Jaeger, *Paideia* [1933] (trad. cast. de J. Xirau y W. Roces, Fondo de Cultura Económica, México ²1962) es fundamental para el estudio de los contenidos sociales y políticos de la educación ateniense.

comercio era ampliamente compartida. Ello no fue obstáculo para el dominio ocasional de *tiranos* que en realidad extremaban esa estrategia con medidas populistas —reparto de tierras, celebración de fiestas— temidas en su desmesura por la aristocracia pero que hicieron irreversible la política tendente a la cohesión interna y al bienestar de la ciudad y no sólo de sus clases altas. En esto los poderosos de Atenas se parecen a los poderosos del presente, dicho sea también para no suscitar visiones idílicas de la Antigüedad clásica[7].

Las reformas de Clístenes (501 a.C.) establecieron un pacto interclasista decisivo que sólo sería desbordado por el último avance del proceso de democratización, en la época de Pericles. Clístenes, tras derrotar al último tirano, no restauró la aristocracia moderada de Solón sino que buscó un nuevo equilibrio político entre las clases. Reorganizó a la gente en diez «tribus» por su asentamiento *territorial*, cada una con 30 subdivisiones también territoriales, sustituyendo a las antiguas tribus *gentilicias* (totémicas).

Esta reorganización poblacional es de capital importancia, pues supone romper con la tradicional organización paternal-familiar precedente (*de padrinazgo*, de lealtades personales, podríamos decir hoy trayendo ante los ojos el fundamento de organizaciones actuales basadas en relaciones personales, como la mafia), lo que significó un golpe a la red de poder de la aristocracia. Cada gran división territorial enviaba cincuenta miembros al nuevo Consejo de los Quinientos (aunque no sabemos por qué procedimiento). El ejército se reclutaba también territorialmente, según las «tribus» (en realidad *barrios*), que nombraban a los generales dejando el mando supremo al polemarco. Y la Asamblea de Ciudadanos, en cuyas manos quedó la institución del *ostracismo* (condena política a diez años de destierro[8]), obtuvo un poder decisivo. De modo que la aristocracia y los más ricos conservaban poder político como clases a través del arcontado —el polemarco era uno de los arcontes— y del Consejo del Areópago, pero también y sobre todo poder *social*, ya que se les reconocía capacidad para el mando (militar y político) y hegemonía cultural. El pacto les permitía gobernar, pero por elección —y remoción— del pueblo de ciudadanos y bajo el control de éste.

Con este régimen derrotaron reiteradamente los atenienses al imperio persa. En seguida (487/486 a.C.) el arcontado, órgano supremo de gobierno, pasó a ser cubierto primero por sorteo entre candidatos procedentes de las dos primeras clases (las más ricas) y luego por simple sorteo entre miembros de las tres primeras, con lo que dejó de ser un coto cerrado de las grandes familias. La importantísima victoria naval de Salamina dio ulterior prestigio a las clases bajas de ciudadanos:

7. Es posible ampliar esta visión resumida del modo de gobierno de Atenas recurriendo en internet a búsquedas de palabras tales como 'arconte', 'polemarco', etc.

8. Condena política, no penal; ejemplo de condena política (no penal) moderna es la de Luis XVI, rey de Francia, y su familia.

esta batalla la ganaron gentes que eran principalmente pescadores y marineros[9]. Más tarde, con Efialtés, el Areópago (de ex-arcontes, con carácter vitalicio) perdió gran parte de sus atribuciones, que pasaron a los magistrados populares. Las reformas de Pericles (a mediados del siglo V) se produjeron al quedar claro que las elecciones favorecían de hecho a la aristocracia cuando se trataba de cubrir las principales magistraturas o los cargos vitalicios.

En la época de Pericles (hacia el año 443 a.C.) la Asamblea de Ciudadanos (los varones no esclavos ni extranjeros de la población) era el órgano decisivo básico del estado-ciudad. Bastaba un *quorum* de seis mil ciudadanos para que por mayoría se pudiera condenar al *ostracismo* a una persona considerada peligrosa para la ciudad. El arcontado se cubría por sorteo entre candidatos previamente elegidos, y únicamente los atenienses más pobres quedaban excluidos de él. En realidad sólo eran no electivos los cargos que requerían cierta capacidad técnica (arquitectos de obras públicas, militares, embajadores, tesoreros estatales). Los cargos públicos en general se sorteaban, y eran concebidos como *delegaciones* de la Asamblea de Ciudadanos: al Consejo de los 500 (que preparaba sus deliberaciones) y a los Magistrados los elegía la Asamblea por un año y una sola vez; las restantes magistraturas y órganos administrativos se cubrían *por sorteo*. Las magistraturas eran colegiadas y no unipersonales; los jurados, muy numerosos; los jueces eran retribuidos pues de otro modo la gente corriente no hubiera podido dedicar jornadas de trabajo a esta función clave. Algunos cargos eran honoríficos: la presidencia de la Asamblea de Ciudadanos se desempeñaba por un día y una vez en la vida.

En Atenas la 'democracia' no era una institución *solamente* política: en el sistema social tenía también una función que hoy llamaríamos *económica*. Expresaba la pertenencia al grupo asentado territorialmente como comunidad y que se sobreponía a los pobladores no ciudadanos. Pues la ciudadanía era condición de acceso a determinados bienes: en los comienzos del proceso de democratización, condición del acceso a la tierra y a los prisioneros esclavizados, esto es, a los medios de producción; y en el punto culminante del proceso, con Pericles, ser ciudadano significaba beneficiarse de repartos de tierras fuera del Ática y de subsidios estatales en dinero.

9. Así lo reconoce incluso un texto fuertemente antidemocrático (pero muy realista, como suele serlo el pensamiento autoritario), la *República de los Atenienses*, de un autor desconocido al que se ha llamado Viejo Oligarca: es el pueblo el que da pujanza a la ciudad, pues combate en las naves y consigue victorias decisivas, mientras que la aristocracia lo hace en tierra.

El proceso de democratización ateniense —con las limitaciones de la falta de participación de las mujeres, condenadas a la institución del *encierro doméstico*, y de la mano de obra esclavizada, que hay que tener presentes para no incurrir en el discurso idílico al uso sobre las antiguas instituciones griegas— dio lugar a *formas* políticas ampliamente divergentes de las nuestras.

Las formas de la institucionalización originaria de la democratización no permitían la *profesionalización política* (teorizada en cambio por Platón, uno de los grandes adversarios de la democracia, en *La República*). Se entendía, por el contrario, que todo ciudadano debía atender a sus asuntos particulares, pero *también* al autogobierno de la ciudad o sería mal visto, considerado un zángano[10]. La educación generalizada en el bien público como condición de realización de los fines particulares es la antítesis de la creencia moderna de que los vicios privados (la búsqueda del enriquecimiento) producen virtudes públicas —según la sintética formulación de Mandeville[11]— y que, por consiguiente, ocuparse de los problemas de la colectividad o desentenderse de ellos carece de importancia.

La institución del *sorteo* para ocupar cargos públicos expresa una concepción muy esencial de la igualdad. Nuestros procedimientos contemporáneos (el *electoral*, la *designación* por los electos y la *adopción* por funcionarios profesionales) no presuponen en cambio que se puede depositar la confianza *en cualquiera* con la seguridad de que si se abusa de esa confianza nadie podrá dejar de responder por ello.

Pues en Atenas los cargos públicos no eran irresponsables como los nuestros. Además de la institución del *ostracismo*, que se aplicó a personalidades importantes[12], se empleaba la *acusación de ilegalidad* o γραφή παρανόμων, por la que quien hubiera propuesto una ley aceptada por la Asamblea pero que resultara perjudicial para la ciudad podía ser condenado por un tribunal popular. Así, Demóstenes, al advertir que algunos impuestos de los que hoy llamaríamos indirectos gravaban por igual a ricos y a pobres, como siempre ocurre

10. F. Rodríguez Adrados, *La democracia ateniense*, cit., p. 224. En el célebre Discurso Fúnebre de Pericles que refiere Tucídides en su *Historia de la Guerra del Peloponeso*, II, 35-42, el primer texto básico de pensamiento democrático, se señala que a los desinteresados por los asuntos públicos los atenienses los consideran unos inútiles.

11. B. Mandeville (1670-1733), autor de un poema satírico titulado «La fábula de las abejas» en el que da con lo que se puede considerar la visión moral básica de la sociedad capitalista.

12. Entre otros, fueron ostracitados Tucídides, Megacles, Jantipo, Hiparco y al parecer Alcibíades, que en todo caso se pasó a los espartanos tras ser acusado de corrupción.

con este tipo de impuestos, propuso un impuesto proporcional a las rentas que fue aprobado; los ciudadanos ricos le acusaron alegando que esta ley desorganizaba las finanzas públicas; finalmente fue absuelto[13].

3.2.2. *La duda acerca de la ley*

Conviene considerar a continuación la reflexión ateniense sobre *la noción de ley*. Los ciudadanos de Atenas discutían y aprobaban por sí mismos las leyes en la Asamblea. Nada más lejos, por tanto, del inmutable *fijismo normativo* de las comunidades regidas únicamente por la moralidad positiva tradicional. Quede claro que no se trata, naturalmente, de que las costumbres antiguas, o incluso ancestrales —como decían ellos— hubieran dejado de desempeñar su papel: constituían, por el contrario, un legado cultural celosamente conservado por la aristocracia. Pero en el Ática y en su zona de influencia cobró gran importancia, como se ha visto, una legislación que era manifiestamente producto de la deliberación de los ciudadanos, o, por emplear una expresión moderna (y por tanto anacrónica respecto de la sociedad que consideramos), puro *derecho positivo*, puesto por la autoridad de la Asamblea.

Así, pues, tenemos ante nosotros la gran novedad jurídico-política imaginada e instituida por la democracia ateniense: *la ley ya no es indisponible para los ciudadanos*; *son éstos quienes hacen la ley*.

La ley, en las sociedades precedentes, había sido institucionalizada inconscientemente por los seres humanos, al seleccionar las sucesivas generaciones las principales creencias compartidas. Así lo habían hecho, pero no lo sabían. Creían que la ley era obra de los dioses, de antepasados remotos o de la misma naturaleza. Por tanto, en esas sociedades basadas en la tradición, la ley resultaba indisponible, como la lengua. Quedaba fuera del alcance de las personas. Podía ser vista como dura o incomprensible, pero su misma indisponibilidad impedía verla como justa o injusta: era la ley, y basta.

Ahora, con la ley democrática, convencional, las cosas cambian. La ley pasa a ser concebida como obra de las asambleas de ciudadanos, a propuesta de personas por todos conocidas. Ello planteó pública-

13. Lo primero que hicieron los Treinta Tiranos tras derrocar el régimen democrático fue abolir precisamente la γραφή παρανόμων. Estos rasgos peculiares de la democracia ateniense llamarían poderosamente la atención del ilustrado David Hume (*vid. Ensayos políticos*, «Discurso IX», en la trad. cast. de E. Tierno Galván, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955).

mente a los atenienses un problema de fondo; un problema que no se puede solucionar de una vez para siempre, sino a lo sumo de vez en vez. Y que es también un problema *nuestro*.

Este problema consiste en lo siguiente: al ser las leyes, manifiestamente, un producto de la *convención* humana, un acuerdo al que llegan muchas personas para regular uno o varios aspectos de su vida en común, siempre se puede suscitar una duda acerca de su *justicia*. Nada impide que se adopte democráticamente una ley injusta. Una ley que alguien vea como injusta.

> El problema de la *bondad* o *justicia* de una reglamentación no se puede plantear cuando lo que *norma* la vida en común es simplemente una moral tradicional compartida. En este caso la perspectiva *moral* de los seres humanos permanece inmutada y *desde dentro* del grupo difícilmente es posible plantear problemas morales, por mucho que *desde fuera* de él muchas de sus normas tradicionales parezcan bárbaras e inhumanas.
>
> Si la innovación normativa la decide una autoridad inapelable, por ejemplo, un monarca que sea a la vez suprema autoridad religiosa y militar, como en los imperios antiguos, la capacidad social de enjuiciamiento moral crítico puede ser también escasa en la sociedad por él gobernada. Pero cuando los miembros de un grupo humano innovan la decisión pública acerca de lo que se permiten los unos a los otros mediante decisiones simplemente convencionales la *bondad* o *justicia* de la ley *se percibe inevitablemente como un problema abierto*.

Un sistema de toma de decisiones que vuelve las leyes esencialmente revisables (remediables), y revisables además por el común de las personas, facilita la exclusión de lo que la mayoría considera injusto. Naturalmente, este proceso tendrá lugar dentro de los estrechos límites impuestos por la estructura de las relaciones productivas y por tanto no responderá exclusivamente a la voluntad inmediata de las gentes: ningún proceso de democratización ha llegado ya tan lejos como para que la población pueda decidir dialógica y convencionalmente un cambio fundamental de esa estructura, que origina injusticias o desigualdades básicas[14].

Ateniéndonos pues al ámbito dialógico de la toma de decisiones sobre las leyes, los atenienses superaron lo que podríamos llamar *la tentación del tirano benévolo*. Reconocieron que una decisión uni-

14. Como cuestión de hecho, los cambios estructurales *voluntarios* no han sido dialógicos sino violentos. Así, por ejemplo, la revolución francesa destruyó la estructura político-social feudal, ya muy minada en 1790.

personal ilimitada, incluso de una persona bondadosa, implica la posibilidad de injusticias *irremediables*. Y como no es posible limitar a una persona más que por otras, no colegiaron la tiranía, sino que democratizaron el dictado de la ley. Pero al hacerlo quedó claro que como legisladores ellos mismos podían ser tanto justos como injustos. Percibieron la *fragilidad moral* de la ley positiva.

Aunque las decisiones populares son revisables, y por tanto la injusticia legislada se puede abrogar, subsiste un problema terrible: no es posible establecer mecanismo alguno que impida *en cualquier caso* una norma injusta —o, por decirlo más precisamente, una norma *que alguien* considere injusta—. Es preciso cobrar consciencia de este asunto, sobre todo ahora, cuando no podemos ignorar que los únicos bombardeos atómicos habidos hasta el presente los ordenó una autoridad elegida por un procedimiento «democrático», y que autoridades «democráticas» han decidido someter a bombardeos extermicidas a grandes poblaciones civiles inermes.

En Atenas este problema permanente dio origen a una notable discusión pública, y también a una pseudosolución que ha sido retomada una y otra vez en nuestra tradición cultural.

Encontramos su paradigma en el teatro, en la tragedia. Sófocles, en su *Antígona*, plantea un dilema ético. Tebas acaba de derrotar a los argivos; y dos de los príncipes tebanos, hermanos de Antígona, han muerto en un mismo día: uno, Eteocles, defendiendo la ciudad; el otro, Polinices, aliado con los atacantes. Su tío Creonte, el soberano de Tebas, prohibe dar sepultura a Polinices, pero Antígona viola el mandato real y es sorprendida cuando por la noche trata de cubrir de tierra el cadáver de su hermano. A Creonte, enfurecido por la desobediencia, le responde Antígona con estas palabras:

> Yo no sabía que los decretos de un mortal como tú tuvieran tanta fuerza como las leyes no escritas, obra inmortal de los dioses. Éstas no son de hoy ni de ayer; siempre estuvieron vivas, y nadie sabe su origen.

Leyes no escritas, obra de los dioses. Para *la consciencia* de Antígona, ineludibles. Nosotros podemos ver en el dilema planteado un conflicto entre *legalidad* (derecho) y *moralidad positiva* (la norma ancestral, brutalmente conculcada por la autoridad política) —y eso, de pasada, nos da una clave para entender los límites que al derecho no le conviene traspasar en cada cultura.

3.2.2.1. «Ley natural»

Pero al proponer el problema para la educación del pueblo el arte de Sófocles recurre a una categoría distinta, que en seguida reconocemos asociada a concepciones del mundo muy arcaicas: *las leyes de los dioses, en ninguna parte escritas*. Un universo de dictados que se presentan como *superiores* a los de los mortales (superiores también a las leyes de la Asamblea, por lo tanto).

Estas leyes de los dioses van a entenderse como *naturales*. Se trata de la idea según la cual de la misma manera que los fenómenos de la naturaleza están sometidos a una *legalidad* no impuesta por los hombres, también *hay* una *ley natural* vinculante para los seres humanos, no puesta por ellos e indisponible para ellos.

La noción de una *ley natural*, inicialmente identificada con las costumbres ancestrales, pero pronto decantada del lado de un origen no humano, y casi siempre antítesis de los ideales democráticos, va a recorrer camaleónicamente un largo camino en la filosofía político-jurídica occidental: lo encontraremos en varios de los lugares visitados en este libro.

> Conviene no hacerse una idea demasiado idílica acerca de este sobreabundante concepto de «ley natural» o «derecho natural», que desempeña un papel ambiguo. Las «leyes naturales», inmutables e intocables, aparecen justamente en la Antigüedad clásica como lo contrario de la democracia: de ellas no cabe dudar. Es «ley natural» que el cordero sea devorado por el lobo, como les señalaban a los vencidos los triunfadores atenienses, muy conscientes de que en las relaciones «internacionales», esto es, entre Atenas y otras poblaciones de la península e insulares, las relaciones *justas* sólo se dan entre iguales (no entre vencedores y vencidos). Más adelante en la historia, en la época feudal, veremos reaparecer la noción de una «ley natural» como aquella parte del designio divino del Dios de los cristianos que puede ser conocida por los seres humanos. Recientemente, en la época de la dictadura franquista, ese concepto de «derecho natural» fue recuperado como doctrina filosófico-jurídica oficial en España para dar legitimidad al régimen antidemocrático, como en otros regímenes parecidos[15]. Sin embargo, en manos del pensamiento político incoativamente moderno, en el siglo XVII, la idea de *ley natural* había sido utilizada para constituir una instancia desde la cual *dudar* acerca de las leyes del absolutismo. Como se puede ver, la «ley» o el «derecho» *natural*, que aparentemente dota de contenidos inmutables a la conciencia moral individual o colectiva, ha podido asumir en realidad

15. *Vid.* M. Sacristán Luzón, «De la idealidad en el derecho», en *Papeles de Filosofía*, Icaria, Barcelona, 1982.

> *múltiples* contenidos, funciones e interpretaciones, tan humanos, cambiantes e históricos como las leyes positivas[16]. No puede ser de otro modo, pues el concepto de *ley* o *derecho natural* jamás ha sido otra cosa que una idea, una invención cultural. Se trata de palabras o expresiones del lenguaje doctrinal jurídico-político que pueden desempeñar una función, como 'sirena' en la creación artística, o 'juicios sintéticos *a priori*' en el filosofar; pero que no corresponden a nada que exista en el mundo.

Con independencia de la idea de *ley natural*, el problema de la *duda acerca de la justicia de la ley* llevó ya en la sociedad ateniense a otro gran problema permanente: el del posible conflicto fuerte entre la obediencia a las normas del estado (o de la institución de la moralidad positiva, si ésta llega a hacerse visible) y la obediencia a los dictados de la propia conciencia moral personal. Cuando se plantea —*y se plantea*—, los seres humanos hemos de optar entre sufrir la represión estatal (o grupal) posible y el envilecimiento personal.

3.2.3. *Tendencia expansiva y tensión social*

La superioridad cultural y política de Atenas, que hizo posible el sostenimiento de un proyecto común por ciudadanos de clases sociales distintas, la llevó primero a encabezar una confederación de «estados-ciudad» griegos e insensiblemente a una estrategia política unificadora y expansiva, «imperial», después. La democratización interna era inconsistente con el autoritarismo exterior, con la minoración de las mujeres y con el esclavismo. A partir del siglo IV a.C. esta inconsistencia dará lugar a un proceso que en el interior de Atenas toma la forma de una división creciente en torno al régimen político: hay partidarios de ensanchar la distribución del poder entre el pueblo, prosiguiendo el proceso de democratización político-social, y partidarios de invertirlo y buscar formas políticas autoritarias capaces de regir un imperio.

El debate favorable a la ulterior democratización interna se refería, obviamente, a las dos grandes estructuras que frenaban el proceso: la patriarcal y la de clases.

16. Se supone que la *ley natural* está por encima de lo humano por haberla dictado la naturaleza o los dioses, a diferencia de la *ley positiva*, puesta por personas. Pero, en realidad, esto no elude el problema: si se supone que hay una ley natural, también hay que suponer que hay que *conocerla* —o sea, enunciarla— e *interpretarla*, y aquí reaparecen en primer plano las personas, los únicos seres que pueden *conocer, enunciar e interpretar* esa *hipotética* legalidad natural. Por eso suponer una ley natural no evita el problema. ¿Quién conoce, enuncia, interpreta y decide la interpretación? ¿Uno solo? ¿Todos? ¿Unos pocos?

Nuevamente a través del teatro, ahora con Eurípides y Aristófanes, se propone una crítica de la situación de la mujer en la sociedad, aunque muy tímidamente, sin abandonar del todo la visión característicamente patriarcalista que considera a las mujeres como seres carentes de autodominio; con todo, la situación social subalterna de las mujeres es criticada en *Medea* (particularmente la institución del encierro doméstico); Aristófanes, en *Lisístrata* y en *La asamblea de las mujeres*, propone un ejemplo de actuación pública femenina y una utopía que podemos considerar feministas para la época. Pero la situación social de las mujeres no llegó a cambiar efectivamente; conocemos incluso el caso de Aspasia, esposa de Pericles, que a punto estuvo de sufrir un proceso por no atenerse al encierro doméstico. Las mujeres, a diferencia de los hombres, no iban a la escuela; estaban sometidas siempre a la autoridad de un tutor; los matrimonios eran concertados interesadamente por los padres y habían de soportar a maridos mucho mayores que ellas; estaba mal visto que salieran de casa, incluso acompañadas, salvo en el caso de fiestas religiosas y funerales.

El debate sobre el carácter clasista de la sociedad y sobre las diferencias sociales se percibe en numerosos lugares. Se discute si las diferencias entre libres y esclavos, entre griegos y bárbaros, o entre hijos legítimos e ilegítimos son *naturales* o *convencionales*.

Es también Eurípides quien señala el carácter puramente legal —no natural— del estatuto personal, rechazando la idea entonces corriente de una superioridad naturalmente prefijada de cualquiera de los grupos de personas mencionados. Ello nos puede parecer obvio, o algo menos, si se piensa en la opinión que sostienen tantos contemporáneos acerca de nuestros propios «bárbaros», los inmigrantes de otras razas, pero se ha de tener en cuenta que opiniones como las de Eurípides —y Sófocles, y Aristófanes— eran contrapuestas a las mucho más conservadoras de Aristóteles. Algunos sofistas, y en particular Protágoras, avanzaron propuestas de limitación de la propiedad privada y de educación obligatoria financiada por el erario público. En la misma línea igualitarista hay que situar a Antifón: «Ninguno de nosotros ha sido distinguido en su origen como bárbaro o como griego: todos respiramos por la boca y por la nariz».

La tendencia contraria a la democratización, partidaria de hacer de Atenas un poder fuerte capaz de dirigir un Imperio, encontró un defensor en Platón. Éste propuso un modelo de estado autoritario sorprendentemente acabado, inspirado en los sistemas políticos espartano y egipcio.

La República de Platón elabora prácticamente todos los temas básicos del pensamiento político conservador. Contiene, entre otros elementos: *a*) una teoría gnoseológica que admite la llamada «intuición intelectual» como método de conocimiento, con lo que corta el fundamento del diálogo con el pensamiento racional[17]; *b*) una teoría de la estratificación social natural —la metáfora de los hombres de oro, plata y bronce— y de la movilidad social; *c*) una teoría de la profesionalización política y de la incapacidad de las gentes corrientes para el autogobierno; *d*) una teorización de la *adopción* como método para el relevo político, que ha tenido gran éxito; *e*) una propuesta de censura —expulsión de los poetas—; *f*) una propuesta sexista, demagógica, de puesta en común de las mujeres a disposición de los hombres[18]; *g*) la propuesta de una cosmogonía ultraterrena difundida por una casta sacerdotal para generar la aceptación e interiorización del sistema político-social.

En el exterior, el imperio se realizó finalmente por un efímero momento, pero ya no bajo la dirección de Atenas sino por el poder rival de Macedonia, con Alejandro Magno; Atenas, derrotada políticamente, sin democracia, legó un modelo de civilización (abstracción hecha sin embargo de sus componentes políticos) que siglos más tarde algunos emperadores romanos aún tratarían de emplear como instrumento cultural unificador de su hegemonía.

17. Está contenida en la conocida metáfora de la caverna; una versión actualizada de la misma podría ser la siguiente: una población a la que se hubiera suministrado siempre agua con drogas alucinógenas, y que tuviera consiguientemente una peculiar experiencia del mundo sensible, sería incapaz de reconocer como «verdaderas» las experiencias del mundo habidas posteriormente sin ese suministro. La *petitio principi* platónica está contenida en el supuesto de que la sensibilidad de los seres humanos da sólo «experiencias» degradadas como tales, y consiguientemente sólo son «verdaderos» los conocimientos adquiridos *depurando* la experiencia a partir de las «certidumbres interiores» de personas especialmente dotadas. La tesis platónica es inaceptable gnoseológicamente por recurrir a «certidumbres interiores» e «intuiciones» incontrastables. Por lo demás, aunque es cierto que el saber científico se adiestra en depurar los datos suministrados por la experiencia, lo hace para cerciorarse de ellos, y no por suponer que la experiencia se constituye como tal a partir de una realidad «inferior».

[Una versión interrogativa y contemporánea de la metáfora de la caverna acaso podría ser la siguiente: una población a la que se hubiera suministrado siempre una visión televisiva y radiada del mundo, y cuya experiencia intelectual del mundo estuviera vinculada por tanto a la intervención *massmediática*, ¿sería capaz de reconocer como «verdaderas» experiencias del mundo no mediadas así? *Vid.*, sobre este asunto, mi trabajo «Tiempo de Barbarie» en *Entrada en la barbarie*, Trotta, Madrid, 2007.]

18. El llamado «comunismo» de Platón se reduce a esto; todavía Marx y Engels, en *El manifiesto comunista*, se vieron en la necesidad de aclarar que el ideal comunista no consiste en semejante atrocidad.

3.3. EL DERECHO ROMANO

3.3.1. *La complejidad jurídica romana*

Roma, inicialmente una ciudad-estado como Atenas, llegó a transformarse en un estado imperial. El derecho de los romanos se hizo muy elaborado, a partir de su núcleo originario, para organizar las relaciones personales y el tráfico de bienes en un ámbito territorial vastísimo y plural desde el punto de vista cultural. Evolucionó a lo largo de catorce siglos con cambios importantes pero sin rupturas en su tradición interna. Numerosas generaciones de magistrados y expertos lo depuraron técnicamente para organizar eficazmente una sociedad compleja.

Aunque el derecho *público* romano es bastante pobre, las relaciones jurídicas entre particulares se adaptaron con tal precisión a las necesidades de una sociedad de propietarios privados de tierras y esclavos y al intercambio de bienes (incluida la mano de obra) mediado por dinero que sus invenciones conceptuales sobrevivieron a la sociedad que las había originado. El capitalismo de la modernidad en su período inicial y concurrencial encontró en los conceptos jurídicos romanos los instrumentos que necesitaba, articulados en torno a las instituciones de la propiedad y la obligación privadas. Sólo en el ámbito de actuación de las empresas mercantiles —de la gran empresa capitalista— se mostró en seguida insuficiente el derecho privado romano. También ha sido insuficiente su derecho público para articular jurídicamente el estado moderno y las relaciones nacidas de la industrialización. Con todo, los juristas han elaborado el derecho público moderno, como se verá, con conceptos iusprivatistas extraídos de su «romanizada» educación básica: de este modo se han puesto de manifiesto claramente tanto la hegemonía cultural del modelo romano de derecho como su insuficiencia y la del derecho moderno para regular las relaciones públicas y proteger los bienes colectivos.

Para la formación de los juristas suele proponerse el estudio del derecho romano más en calidad de «modelo» acabado de derecho que como material cultural histórico[19]. Pero es muy dudoso que en nuestros tiempos pueda servir de modelo un producto jurídico con partes tan importantes como el derecho público y el derecho económico carentes de desarrollo suficiente. Como material cultural, en

19. El derecho romano que se acostumbra a explicar en muchas Facultades de Derecho es el resultado de la decantación dogmática de ese derecho protagonizada por la reconfiguración justinianea; eso vuelve dudosas algunas construcciones conceptuales.

cambio, es de gran interés, pues fue el *nomos* de un imperio plurinacional[20].

3.3.2. *La formación social romana*

La fundación de la ciudad de Roma[21] estuvo ligada a la agregación de varias *gentes*. Una *gens* era un pequeño grupo de seres humanos vinculados por lazos de sangre reales o supuestos; asociaba a varias *familias*, cada una de las cuales, a su vez, era una comunidad de personas y bienes reconocible por una jefatura única: la del *paterfamilias*. Las familias estaban unidas por lazos biológicos, aunque no en sentido estricto, ya que algunas personas podían pertenecer a una familia y estar como dependientes bajo la autoridad de su *paterfamilias* sin ser parientes suyos.

Desde la fundación de la ciudad hasta el Imperio median siglos de historia y acontecimientos de la lucha social que tuvieron destacables consecuencias jurídicas.

La formación de la *civitas quiritaria* —Roma como «ciudad-estado»— en el monte Palatino no se hizo a expensas de las agrupaciones sociales menores (familias y *gentes*); la familia fue siempre en Roma una célula social central —no tanto el individuo, como se verá—. Los *quirites* o patricios, descendientes de los *patres* fundadores de la ciudad, componían el estrato superior del sistema de clases. Cultivaban, muy pronto por medio de esclavos, las tierras que poseían. La *plebe* carecía originariamente de tierra y de esclavos: las familias plebeyas cultivaban por sí mismas campos arrendados a los patricios y quedaban excluidas del *derecho quiritario*.

El *modo de producción* originario de los romanos era muy peculiar. Inicialmente la totalidad del territorio de Roma se entendía dividida en dos partes. Una, el *ager publicus*, se consideraba perteneciente a la comunidad o colectividad como tal; la otra parte se dividía a su vez en parcelas privadas. Pertenecer a la comunidad quiritaria era la condición para el acceso a la propiedad de una parcela privada de tierra. El *ager publicus* se trabajaba en común, y sus productos, comunitarios, servían como fondo de reserva para las situaciones de

20. La aplicación *directa* del derecho romano finalizó en general en el siglo XIX. En Europa se halla aún en vigor en la República de San Marino y en el Principado de Andorra; en Cataluña estuvo vigente hasta 1960, pasando entonces a considerarse derecho supletorio.

21. Para la que Varrón y Tito Livio dan una fecha muy precisa: el 21 de abril del año 753 a.C.

escasez, como tesoro estatal, para el mantenimiento de los sacerdotes y, finalmente, para sostener la guerra. Ésta era en parte una consecuencia de que se contara con medios para hacerla.

Roma fue inicialmente, pues, una comunidad de propietarios privados iguales, los cuales tenían además un patrimonio en común. Pero el patriciado abandonó pronto el cultivo familiar y empezó a entregar tierras en arrendamiento a una plebe no patricia, así como a emplear esclavos para su cultivo y el del *ager publicus*. La presión del patriciado para apoderarse de parcelas de este último —presión por la *privatización*, diríamos hoy, lo que hubiera ido en detrimento de Roma como estado y de su población plebeya— podía sin embargo ser contrapesada: precisamente el producto del *ager publicus* hacía posible financiar operaciones militares de conquista territorial.

La guerra de conquista fue el medio empleado para satisfacer el hambre de tierras suscitada por el crecimiento de la población y la tensión entre la plebe y el patriciado. Las victorias militares proporcionaban además mano de obra esclava; los colonos arrendatarios podían recibir parcelas en propiedad, al igual que los soldados de mayor edad. La tensión social interna entre patricios y plebeyos se aliviaba desplazándola primero socialmente hacia abajo —entre libres y esclavos— y luego territorialmente hacia fuera: entre Roma y las poblaciones de su periferia. El equilibrio económico quedó roto y el mantenimiento del sistema romano encadenado a la expansión *manu militari*[22].

No puede sorprender que las técnicas bélicas tuvieran consecuencias sociales en una sociedad donde la guerra desempeñaba un papel tan importante. La antigua caballería patricia fue sustituida por unidades de infantería que combatían en formación cuadrada, cerrada, altamente organizada y profesionalizada. Estas unidades eran de origen plebeyo (se les añadían los *caballeros*, jinetes plebeyos ricos). La importancia del ejército impulsó cambios políticos y sociales favorables para la plebe.

Roma se instituyó inicialmente en una monarquía dependiente de la más avanzada cultura etrusca, que le proporcionó sus primeros reyes (los cuales gobernaban asistidos por dos asambleas: el Senado, aristocrático y patricio, y los Comicios Curiados, de las

22. Las guerras civiles tuvieron como trasfondo el reparto de tierras: la sublevación de los itálicos (91 a.C.) se produjo tras el asesinato de Livio Druso, que había exigido la reforma agraria y la concesión de la ciudadanía a los itálicos; treinta años después, Pompeyo —un patricio— se pasa al bando plebeyo al negar el Senado tierras a sus soldados.

gentes agrupadas en curias). El año 509 a.C. se instaura la República romana: el poder ejecutivo y militar supremo lo detentan dos cónsules elegidos anualmente por el Senado; el poder religioso, un sumo pontífice; el Senado patricio es la principal asamblea política, pero además de los Comicios Curiados aparece una asamblea de la plebe integrada por otros dos Comicios: los Centuriados y los Tribunicios.

El *derecho* tradicional de la ciudad estaba confiado a los pontífices, de familias patricias, que lo presentaban como *sagrado*. Pero el año 451 a.C. la plebe logró ya que el derecho consuetudinario dejara de ser sacerdotal y secreto. Consiguió *la publicación* escrita del derecho en la *Ley de las XII Tablas*, expuesta en el Foro o principal plaza pública de la ciudad. Por esa época ya había tribunales, pero su jurisdicción para dirimir conflictos entre los particulares dependía de que éstos se los sometieran, y faltaba aún un aparato coercitivo para imponer sus fallos (es decir: estaban en una situación análoga a la que hoy tiene el Tribunal Internacional de Justicia de La Haya para dirimir conflictos interestatales).

La expansión de Roma fue acompañada de un avance civilizatorio notable en sus aspectos técnicos —la cultura matriz, etrusca, estaba ya muy avanzada y en contacto con los griegos—. A la producción agraria se añadieron la artesanía y la manufactura. El comercio necesitó moneda metálica, susceptible de ser atesorada. Mientras que el patriciado terrateniente, apoyado en las instituciones políticas republicanas, hizo frente fácilmente a estos cambios, los plebeyos sufrieron su lado malo. Quienes se arruinaban perdían, con la propiedad, la libertad y la ciudadanía: pasaban a ser esclavos de sus acreedores.

En los últimos tiempos de la República se produjo una crisis social grave al quedar fuertemente endeudados los artesanos, manufactureros y pequeños comerciantes —actividades todas ellas plebeyas— con los prestamistas de dinero, que eran o bien patricios o plebeyos enriquecidos (caballeros). Fue necesaria una expansión intensa, que destruyó el modo de producción antiguo, instauró una economía plenamente esclavista y precipitó formas políticas nuevas —el principado y el Imperio— acordes con el papel central que desempeñaba el ejército en la sociedad romana. Aunque no formalmente —se mantuvo teóricamente hasta Augusto—, Julio César —un genocida cuya desmesura exterminista escandalizó a sus coetáneos romanos— acabó con la República del patriciado. En adelante serían *césares* los jefes militares reconocidos por los generales más prestigiosos y poderosos.

3.3.3. *El estatuto de las personas y el conflicto social*

Un ser humano tenía en Roma lo que nosotros llamamos «plenitud de derechos» si reunía tres condiciones: ser libre (no esclavo), ser ciudadano romano y ser *sui iuris*, esto es, no hallarse tutelado por otro. Muy poca gente satisfacía estos requisitos.

Ser *sui iuris* quedó siempre excluido para las mujeres, que pasaban de la tutela del *paterfamilias* a la del marido. Tampoco eran *sui iuris* los hijos, sometidos a la *patria potestad* del *paterfamilias*, ni en general quienes vivían bajo el techo de uno de ellos —hermanos, y criados o ayudantes no esclavos, por ejemplo—. Ello nos muestra a la familia romana como entidad social básica bajo una dirección establecida legalmente con amplia autoridad. Quienes no eran *sui iuris* —los esclavos, por supuesto, tampoco lo eran— no podían actuar jurídicamente por sí mismos: esto es, no podían adquirir bienes, o recurrir a los tribunales, etc., sin autorización de la persona bajo cuya potestad familiar estaban.

La cuestión de la ciudadanía fue objeto de una larguísima lucha social. No puede decirse que la plebe de la ciudad de Roma la tuviera plenamente hasta el año 300 a.C., cuando pudo acceder a funciones sacerdotales. La igualdad de derechos entre patricios y plebeyos (*Lex Licinia*, 357 a.C.) es sin embargo anterior, e incluso los matrimonios entre personas de distintas clases quedaron permitidos poco después de la publicación de la *Ley de las XII Tablas*. Para los no ciudadanos, inicialmente *hostes* (enemigos), se inventó un estatuto personal disminuido: el de *peregrinos* («transeúntes», diría la jerga burocrática de hoy, y eso si no les aplicaba alguna «ley de extranjería») que abarcaba en realidad varias categorías de suerte diversa, desde la de los latinos no ciudadanos hasta la de los *peregrini deditici*, rendidos incondicionalmente en la guerra. Las personas libres de la península italiana, en cambio, no alcanzaron la ciudadanía romana hasta el siglo I de nuestra era —llevaban al menos trescientos años bajo el dominio de Roma—; y las del Imperio (entre ellas, nuestros antepasados hispano-romanos), hasta el año 212[23].

23. Esta «visión larga» de lo que fue la ciudadanía romana tendría que facilitarnos, en principio, reflexionar sobre nuestra propia construcción de la ciudadanía y sus problemas. Nosotros asociamos la ciudadanía a la nacionalidad, y por tanto excluimos de los derechos de ciudadanía a convecinos asentados establemente entre nosotros pero que como emigrantes tienen otra nacionalidad. ¿Tan difícil sería asociar la ciudadanía a la vecindad civil?

Los no libres eran esclavos. Se podía tener ese estatuto personal por deudas, por derrota militar, por ser vendido en tal condición y por ser hijo de esclavo. Los esclavos liberados por sus dueños, los *libertos*, no alcanzaban plena libertad sino que quedaban en situación de dependencia respecto de sus antiguos amos (que solían *liberarlos* no tanto por agradecimiento sino porque habían envejecido).

Como puede verse, se trataba de un universo social muy fragmentado y complejo. Esta fragmentación se expresaba en el plano del derecho —o sea, de las relaciones con los demás y con las autoridades—, por el entrecruzamiento de esas categorías estatutarias personales que diferenciaban para cada uno los deberes y lo que se podía esperar. El estatuto personal no coincidía exactamente con la riqueza: un ciudadano romano pobre podía tener en una provincia del Imperio privilegios de los que carecían los ricos del lugar (Pablo de Tarso no dejó de invocarlos cuando le detuvieron las autoridades provinciales judías). La situación de los esclavos era desesperada: muy pocos podían esperar pasar a ser libertos —acaso en la vejez, y eso si se trataba de personas que hubieran prestado servicios especiales a sus dueños—; la multitud de esclavos que se rebeló con Espartaco fue íntegramente exterminada tras su derrota militar (71 a.C.), con fines claramente «ejemplares».

3.3.4. *Características generales del derecho romano*

Las características más destacables del derecho romano consistieron en ser un derecho *plural*, *parcialmente no estatal*, *formalista* y sobre todo *tecnificado*.

El derecho tradicional de la ciudad de Roma fue llamado *ius quiritium* (*quiris* es el nombre antiguo del ciudadano romano) o derecho quiritario, o *ius civile*, en el sentido de derecho de la ciudad. Cuando la ciudad-estado se convirtió en un imperio, sin embargo, los romanos no trataron de imponer el derecho de su ciudad a todos los pueblos o comunidades que llegaron a formar parte de él, sino que limitaron esta imposición a lo que les parecía imprescindible (por ejemplo, el estatuto de las personas) y dejaron en vigor al menos parcialmente las costumbres y normas jurídicas de las comunidades políticamente dominadas. Las normas jurídicas no romanas componían lo que llamaban el *ius gentium*, o derecho(s) de los (demás) pueblos o gentes. El *ius gentium*, basado en el concepto de buena fe, servía para regular las relaciones entre quienes no eran ciudadanos romanos. Carecía del formalismo del derecho quiritario.

El derecho quiritario conservó el *formalismo* de su originario carácter sacral, pontifical. Los romanos adoptaron *rituales* que debían

acompañar a las declaraciones de voluntad, y en cierto modo los actos jurídicos podían parecer actos religiosos. Así, imponer las manos (*manumissio*) sobre la cabeza de un esclavo a quien se concedía la libertad; prestar juramento *per aes et libram* (sobre la balanza); señalar con el dedo el bien transmitido (aunque fuera ficticiamente, por ejemplo, una parcela en alguna provincia), tocar con una varilla a una persona o cosa en la *vindicatio*, etc. Estos ritos, realizados ante testigos, cumplían también la función práctica que en nuestra época desempeñan los documentos y los libros-registro públicos, esto es, reforzar la seguridad y la publicidad de los actos que hubieran de tener consecuencias jurídicas.

El derecho romano —como derecho complejo: derecho de la ciudad de Roma, más el *ius gentium*— tiene un origen parcialmente no estatal. Al conceder validez a normas no dictadas por autoridades del estado, como las de las comunidades sometidas o los usos jurídicos locales, los romanos dieron un paso de gigante en la constitución del derecho como mecanismo de reglamentación social: permitieron que una parte de su contenido fuera elaborado por acuerdos entre particulares, carentes en muchos casos de la ciudadanía, adaptándolo a las necesidades del tráfico económico. En otras palabras: muchos contenidos de este derecho no fueron dictados por la autoridad. El poder romano, al hacer suyos los pactos y la moralidad positiva preexistente, *juridificó* los mecanismos extrajurídicos de regimentación social. Y ello sin sacrificar su propia primacía[24], dado que el sistema de tribunales fue en último término siempre el suyo.

El instrumento que produjo la elevada *tecnificación* del derecho romano fue el conjunto de declaraciones y decisiones de los magistrados. Se desarrolló principalmente por una vía *casuística* y jurisprudencial. Los *praetores* o magistrados, al tomar posesión de su cargo, publicaban *edicta*, esto es, bandos de variado contenido en los que figuraban los principios y reglas que inspirarían sus decisiones, normas y fórmulas procesales, todo lo cual, junto con las sentencias en los litigios a ellos sometidos, compone lo que se ha llamado *ius honorarium*, con el que se desarrolló el *ius civile* legal y consuetudinario.

Aunque los magistrados mismos podían ser personas no entendidas en derecho —pues sus cargos eran fundamentalmente políticos, y recaían en personas adineradas o en militares—, se hacían asesorar por *juristas*, personas expertas en derecho y en los conflictos del tráfico, a

24. De acuerdo con el principio *ius publicum ius privatorum pactis mutare non potest*, los particulares no podían alterar el derecho del estado.

menudo de origen patricio, dispuestas a aconsejar a los magistrados o a los litigantes. *Roma fue la primera cultura en la que la división social del trabajo suscitó esta actividad específica.* El *ius honorarium* ha de verse pues como un desarrollo tecnificado del contenido del derecho, realizado al hilo de los casos por personas particulares, que se estatalizaba a través de las decisiones jurisprudenciales de los magistrados.

3.3.5. *La obra de los juristas romanos*

En realidad fue un grupo de medio centenar de juristas el que creó un lenguaje técnico preciso que permitía poner orden en los conflictos del tráfico económico al agrupar formalmente problemas reales de muy variada naturaleza y formular reglamentaciones coherentes.

Para empezar, convinieron conceptos «patrón» para la intervención de los magistrados. Aunque ello fue producto de una dilatada elaboración histórica, puede decirse que el *proceso* judicial adoptó la forma clásica de *una pregunta* que alguien formula a un magistrado y a la que éste debe responder *sí* o *no*. Esto es: el procedimiento judicial romano se resume en la forma de solicitar algo a la autoridad y obtener una respuesta decisoria que no va más allá de lo solicitado.

> Para poder formular la «pregunta» y hacer económica la intervención judicial (es decir, para que no se pusiera a litigar todo el mundo), los juristas construyeron un par de conceptos clave: los de *acción* y *excepción*. *Concederse acción* —acceder a escuchar la pregunta— está asociado a la idea de que quien la formula *puede tener un derecho* frente a todo el mundo o frente a persona determinada, pero no significa que se considere verdadero lo alegado por quien la formula: decidirlo puede ser el contenido del litigio. Conceder una *excepción*, esto es, poder oponerse ante el magistrado a lo solicitado por la pregunta ajena, va asociado igualmente a la idea de *poder tener un derecho*. Con ello se delimitaba con bastante precisión quién podía intervenir ante el magistrado y quién no.
>
> Además los juristas ampliaron la fórmula del proceso al inventar los *interdicta*, decisiones inmediatas de los magistrados a instancia de alguien que evitaban la paralización de la actividad económica, pudiéndose iniciar después un proceso en toda regla (*interdicta prohibitoria* —que prohibían algo a alguien—, *restitutoria* —que obligaban a entregar algo a alguien— y *exhibitoria* —que obligaban a alguien a mostrar algo—).

Interesa señalar también que, para determinados negocios, se desarrollaba ante el magistrado un rito que *fingía* un proceso: un demandado asentía ante el magistrado a las pretensiones formuladas por

el actor, con lo que éstas obtenían la fuerza que da una decisión de la autoridad.

El *fingimiento*, la lógica del «como si...», fue un descubrimiento técnico notable para la reflexión jurídica que posteriormente ha tenido gran fortuna. Los juristas de la modernidad, por ejemplo, emplearían esta lógica para considerar como «personas» a masas de bienes; los contemporáneos, además de considerar «persona» al estado, «fingen» que este ente político puede consistir jurídicamente en muchas «personas» distintas, para facilitar una intervención ágil de diversos organismos suyos. (La lógica del «como si...», con todo, ha pasado del discurso jurídico al político, donde se ha pervertido enmascarando las relaciones sociales reales.)

Los juristas romanos iniciaron una clasificación de las cosas que en lo substancial ha llegado hasta nosotros, aunque la diversidad de sus «razones de división» o criterios ordenantes evoca la clasificación china de los animales según Borges[25].

> Las cosas podían ser vistas como susceptibles de entrar o no en un patrimonio particular. Las que no, eran *res extra patrimonium* o *extra commercium* por ser o bien *divinas* (sagradas), o *públicas* (del estado) o *comunes a todos* (aire, agua pluvial...). Para aquella sociedad agraria y artesana las cosas *comunes a todos* no resultaban problemáticas: no necesitaban protección, y los juristas romanos simplemente las situaron al margen de la consideración por el derecho: el resultado es que todavía hoy resulta difícil construir las categorías jurídicas necesarias para hacer frente a la degradación ecológica del medio ambiente. Desde este punto de vista, la problematicidad del legado conceptual de los juristas romanos consiste en que concibieron todas las cosas jurídicamente relevantes como *apropiables* (por el estado o por las personas, salvo lo religioso no siempre estatal: los lugares de enterramiento, los templos), atribuyendo a cada bien una voz jurídica —alguien titulado para hablar jurídicamente sobre ella— y sólo una. De este modo los bienes *difusos* —la limpieza del aire, del agua, del medio en general: bienes no apropiables individualmente por nadie— han acabado sin una buena técnica jurídica de protección, mientras que la consideración de casi todo lo demás como *apropiable privadamente* hizo del derecho romano un modelo de referencia para la etapa concurrencial inicial del capitalismo moderno.

25. El escritor Jorge Luis Borges (en *Otras inquisiciones*, Alianza, Madrid, ²1976, pp. 104-105) da una clasificación china según la cual los animales se dividen en: *a*) pertenecientes al Emperador, *b*) embalsamados, *c*) amaestrados, *d*) lechones, *e*) sirenas, *f*) fabulosos, *g*) perros sueltos, *h*) incluidos en esta clasificación, *i*) que se agitan como locos, *j*) innumerables, *k*) dibujados con un pincel finísimo de pelo de camello, *l*) etcétera, *m*) que acaban de romper el jarrón, *n*) que de lejos parecen moscas.

> Las cosas privatizables o comerciables podían ser *fungibles* (o sustituibles por otras: cantidades de trigo, aceite, dinero...) o no; *consumibles* (cuyo uso las destruye: por ejemplo, alimentos) o no; *divisibles* o no, etc.). En estas caracterizaciones vemos puesta en marcha la lógica platónica de la *división*.

A partir de los juristas romanos quedó establecido que *tener un derecho* significa en sentido técnico poder exigir una intervención autoritaria del estado frente a otro u otros (o, en una forma más primitiva, asociada a la vindicación privada por el agraviado, tener alguien *derecho* equivale al compromiso del estado de no actuar contra él cuando él actúa contra quien le agravió). Desde la elaboración de los juristas romanos, esas entidades conceptuales, los «derechos», suelen verse agrupadas en el ámbito de las relaciones entre personas privadas en dos grandes categorías, según que se pueda exigir la intervención del estado frente a cualquiera —«derechos reales»— o frente a persona determinada —«derechos de crédito» u obligaciones[26].

> Muchos juristas contemporáneos han perdido la agudeza conceptual de los romanos y caracterizan cacasénicamente los derechos reales como «relaciones entre una persona y una cosa», cuando *las relaciones de derecho sólo se dan entre seres humanos*. Respecto de los *derechos reales*, los romanos dibujaron conceptos centrados en torno a la institución de la propiedad, que protegía el *uso* y *disfrute* y sobre todo la *capacidad de enajenar* las cosas (venderlas, darlas, consumirlas o incluso *destruirlas* antieconómicamente, por lo que en vez de 'enajenar' se suele hablar de 'disponer') *frente a cualquiera*; y, a partir de ahí, diseñaron distintos *modelos* de situación jurídica abstracta en los que los derechos frente a cualquiera a propósito de las cosas no eran tan amplios, dando nombres a cada uno. Supieron así atribuir entidad o presentar conceptualmente como entes a las diversas modalidades de relaciones entre las personas y el poder llamadas 'derechos' y desvincular la idea de *derecho* de la idea de *cosa*, ya que sobre una misma *cosa* personas distintas podían tener *derechos reales* distintos de contenido diverso; esto es: distintos sujetos podían obtener de la autoridad protección frente a cualquiera en los diversos usos económicos posibles de las cosas. Por ejemplo: un solo predio podía ser una *propiedad* de Ticio *hipotecada* a Cayo y *usufructuada* por Antonio, y cada uno podía recabar la intervención del magistrado contra cualquiera, incluidos los titulares de otros derechos reales, si se invadía el ámbito económico protegido por su propio *derecho real*.

26. En la expresión 'derechos reales', 'reales' significa «relativos a cosas»; *cosa*, en latín, se dice *res*. 'Reales' no se contrapone a 'imaginarios', como suponen algunos estudiantes despistados a quienes las autoridades educativas no han facilitado el aprendizaje del latín.

Los juristas romanos ignoraron el *contrato* como mero acuerdo de voluntades lícito tal como ha sido elaborado por la jurisprudencia moderna. No llegaron a la concepción moderna del contrato que paradójicamente suele ser expresada en latín: *Pacta sunt servanda*. Pero conocieron el concepto, en la práctica análogo, de *obligatio* —prestación exigible a persona determinada—. Estas *obligaciones* podían nacer no ya de un acuerdo de voluntades en sentido estricto sino de un *acto ritual* (por ejemplo, la *simulación de proceso* apuntada más arriba) que lo presuponía, además de surgir también, como entre nosotros, de daños causados a otras personas voluntaria o involuntariamente. Estas *obligaciones* que vinculaban a alguien a una prestación se veían desde el punto de vista de quienes podían exigirlas como «derechos» (llamados de crédito) «poseídos» por éstos.

De modo que en la técnica conceptual legada por los romanos todas las relaciones sociales normadas jurídicamente —esto es, todas las relaciones entre las personas, o entre éstas y la autoridad, para las que en determinadas circunstancias está programada la intervención coactiva del poder— fueron convertidas en conceptos según la fórmula unitaria de los «derechos»: unos «entes» que la gente «posee», «usa», «transmite», etc.

Gracias a los juristas romanos diversos «modelos de relación entre las personas y con el estado» (vistos desde la perspectiva de la intervención coactiva del estado) se hicieron fácilmente intuibles y analizables. La base de la técnica jurídica de dominio social quedó así puesta. Y los juristas han aprendido a pensar las relaciones sociales en términos de «derechos». No obstante, esta categoría conceptual, básica aún hoy, ha resultado demasiado estrecha en los tiempos modernos e incluso parece relativamente estéril para afrontar algunos de los problemas que se perfilan en el futuro.

El derecho de propiedad, el principal *derecho real* de los romanos, quedó por otra parte definido de un modo excesivamente amplio, entre otras cosas porque protege incluso la destrucción antieconómica de los bienes, el comportamiento asocial más absoluto a propósito de las cosas.

Más importante, sin embargo, es que cabe hacer una objeción de fondo a la imaginería conceptual de los juristas romanos. Pues su concepto técnico básico, el de *derecho* —en el sentido de *tener un derecho* (real o de crédito; o, empleando anacrónicamente nuestros conceptos actuales, también en el sentido de *tener un derecho personal*)— es una noción que jamás puede ser, en realidad, una categoría básica o primaria.

Para que se pueda decir de una persona que tiene un *derecho* es necesario que otra u otras personas, o el estado, tenga un *deber*, una

obligación. El derecho *propio* sólo existe si hay un deber *ajeno*. Como muy bien percibió Simone Weil, *la categoría fundamental del discurso jurídico y político no son los derechos, sino los deberes*[27]. Las personas tienen deberes antes que derechos. En Roma estaba cargada de deberes una enorme masa de gentes —los esclavos— carentes de derecho alguno[28].

Cuando el discurso o razonamiento jurídico (y el político, pues el derecho no es sino la formalización coactiva por el poder de sus proyectos políticos) utiliza como concepto técnico básico el concepto de *derecho* (en el uso subjetivo antes precisado) queda inevitablemente teñido de *individualismo*, esto es: sitúa en el centro de su campo de visión al *individuo* a quien le son debidas conductas ajenas. Y sólo periféricamente, casi al margen de la perspectiva, queda el conjunto de *deberes de los demás* —y los comportamientos correspondientes a esos deberes— a partir de los cuales cualquier persona puede decir que *tiene derecho* a algo. Ese *individualismo* del discurso jurídico, hegemónico todavía hoy, vuelve invisibles para él las situaciones en que hay seres humanos cargados de deberes que no tienen correspondencia en otros.

3.3.6. *Aspectos de la política imperial*

Las instituciones públicas romanas se adaptaron al dilatado imperio ya constituido al comenzar nuestra era. El Imperio significó la decadencia de las instituciones políticas fundamentalmente «civiles» y el auge de las basadas en jefaturas militares. Durante algún tiempo la institución del emperador, como la de todo poder político absoluto o cuasi-absoluto, tropezó con un problema esencial: ese poder hace crisis en el momento de la sucesión. El poder personalizado y no formalizado, que consiste en disponer de la fuerza-lealtad de los jefes militares y en alianzas políticas con poderes inferiores, entra en crisis al desaparecer biológicamente su centro de anudamiento. La solución puramente dinástica del problema fue siempre precaria; los sucesores designados a menudo tenían que dirimir la cuestión por las armas con sus competidores, y el asesinato del césar o de su sucesor no fue infre-

27. S. Weil, *L'enracinement* [1949]; hay trad. cast., *Echar raíces*, Trotta, Madrid, 1996.

28. Se trasluce aquí el carácter clasista del derecho romano: si la construcción técnica hubiera partido del conjunto de normas que estatuían la esclavitud su noción fundamental hubiera tenido que ser, necesariamente, el concepto de *deber*; al considerar *standard* o *normal* la condición del propietario, adoptaron como básica una noción derivada: la de *derecho*.

cuente. Algunos emperadores trataron de semicolegiar la institución: adoptaban en vida un sucesor con gran realismo y le cedían una parte del poder —lo que podía ser una amenaza para sí mismos—, llevando además la técnica jurídica de las *ficciones* al ámbito público *al adoptar también como hijo* al colega sucesor.

> La *adopción pública* en sentido material —esto es, elegir quien tiene el poder a quien lo tendrá— ha sido la única técnica jurídico-pública del Imperio romano que ha tenido gran fortuna. Muchos estados contemporáneos (aunque no todos) la practican formalmente: son los miembros de los distintos cuerpos funcionariales de los estados —magistrados, altos funcionarios profesionales, técnicos, enseñantes, gestores...— quienes *adoptan* a sus sucesores al decidir los concursos para el acceso a las funciones públicas. La adopción, aunque por un procedimiento menos formalizado que el anterior, es hoy también la forma de integrar los órganos de dirección de los partidos políticos tradicionales: son los dirigentes actuales quienes seleccionan a los cuadros que habrán de relevarles, mediante procesos graduales de promoción en la jerarquía, creando situaciones de hecho irreversibles que son luego plebiscitadas por sus bases de afiliados y entregadas en su caso a la aprobación de los electores. De modo que ni siquiera los procedimientos democráticos actuales llegan a prescindir del todo de las relaciones personales «parentales», aunque formalmente se supone que no cuentan.

El Imperio romano hubo de hacer frente a otra importante tarea: el dominio sobre poblaciones inmensas y heterogéneas no quedaba sólidamente garantizado por medios únicamente militares. En la ciudad de Roma el dominio se podía afianzar periódicamente con repartos gratuitos de pan y espectáculos circenses, pero en el Imperio quedaba pendiente la cuestión de la *hegemonía*, de la interiorización de las instituciones económicas, políticas y sociales por poblaciones de diversas culturas. Ello planteaba un grave problema de estrategia política que los primeros emperadores trataron de resolver recurriendo al modelo cultural de Atenas, reconocido como un gran hito civilizatorio probablemente con más inmediatez que hoy.

Los romanos habían heredado de los etruscos, desde el principio, material cultural griego, del que se habían apropiado, y además la sociedad griega en decadencia formaba parte del Imperio. Los ideales morales, estéticos y sociales de los griegos podían ser empleados como elementos espirituales cohesionantes del poder imperial por su desarrollo más alto en comparación con las culturas locales de dálmatas, judíos, galos, etc. Con esta estrategia operaron Nerón y sobre todo Adriano (117-138; probablemente el emperador con una intención política más omnicomprensiva), dedicados a una tarea de helenización intensiva[29]. No obstante, este modelo cultural tropezó a la larga con la cerrada resistencia de las clases subalternas, que tendieron a contraponer un modelo distinto centrado en una suavización de las relaciones sociales: el cristianismo. A partir de Augusto los emperadores fueron divinizados legalmente, para reforzar su *auctoritas* (legitimidad, capacitación «moral» para mandar) y unirla a su *potestas* (fuerza, poder de hecho).

Los romanos no pudieron resolver el problema (que era insoluble, aunque ellos no lo sabían) de lograr la aceptación universal de sus modos de vida. Tardíamente hicieron grandes concesiones a los grupos sociales subalternos: en el siglo III les fue concedida la ciudadanía romana a todos los súbditos (no esclavos) del Imperio, y a finales del siglo IV el cristianismo se convirtió en su religión oficial. Pero sólo cuatro años después de la oficialización del cristianismo como religión de estado el sistema económico y político se dividió finalmente. Tenía que vérselas con una fuerte presión exterior, pues el poder de los ostrogodos, en la periferia nordoriental del imperio romano, se vino abajo ante el empuje de los hunos, suscitando lo que se ha llamado la invasión de los bárbaros[30].

Para esclavos y libertos, como diría el poeta[31], esos hombres quizá fueran una solución después de todo[32].

29. Es imposible resistirse a recomendar al lector la excelente novela de Marguerite Yourcenar, *Mémoires d'Hadrien* (Gallimard, Paris, 1974; hay trad. cast., *Memorias de Adriano*, Edhasa, Barcelona).

30. Parece que en el origen de estas migraciones masivas hacia Occidente hay en el siglo IV una degradación del clima asiático o más probablemente un crecimiento demográfico que incrementa excesivamente la presión sobre los pastos, cuyo rendimiento es fijo, empujando a las gentes sobre los imperios cerealícolas.

31. K. Kavafis, *Esperando a los Bárbaros* [hay numerosas traducciones de este poema].

32. Subsistió la mitad oriental del imperio romano: aproximadamente los territorios de la península de los Balcanes y de las actuales Turquía, Siria, Israel, Líbano y Egipto. El emperador Justiniano (527-565) ordenó la recopilación del derecho y la doctrina jurídica romanas en el *Corpus Iuris Civilis*; él y sus sucesores inmediatos recuperaron efímeramente numerosos territorios de la cuenca mediterránea. El *Corpus Iuris Civilis* estaba dividido en cuatro libros: el *Codex* reunía las normas imperiales; el *Digesto*, el material jurisprudencial; las *Institutiones* eran un manual para el estudio, y las *Novellæ* reunían las normas imperiales *nuevas*. El *Digesto*, en particular, contiene una monumental antología de la obra de los juristas de la época clásica (siglos I al III) aunque con interpolaciones decadentes de incalculable valor histórico.

3.4. EL CRISTIANISMO

3.4.1. *Origen judío del cristianismo*

El derecho específico del estado hebreo, impuesto por Moisés, dirigente del pueblo israelita en su éxodo tras escapar del dominio egipcio, se fundamenta —como quería Platón que se fundamentaran las leyes— en una creencia teológica y cosmogónica: su dios había seleccionado al pueblo de Israel entre todos los del universo, se había aliado con él y reservaba para esa población sin territorio una región, la Tierra Prometida, en la que podría vivir con seguridad y abundancia. Esa alianza —y el destino del pueblo hebreo como «pueblo escogido», como estirpe selecta— se concebía renovada hereditariamente a través de los varones, cuya circuncisión quedó legalmente exigida como símbolo suyo[33].

> El legislador judío, en circunstancias extraordinarias, carente de medios coercitivos externos para mantener la cohesión de su pueblo, buscó esa cohesión mediante la hegemonía e interiorización de una creencia. Recurrió para ello a una instancia, la religiosa, vinculada a los temores esenciales del ser humano.
>
> Como es sabido, una función primaria de las creencias religiosas es socializar el temor individual a la muerte, intentar conjurarlo y socializar el desconsuelo por las pérdidas. Esas creencias se estructuran en torno a un *mito del origen*: por lo general, se supone que originariamente, en una edad de oro o paradisíaca, existió un *tiempo verdadero*, en el que la muerte no existía; que ésta aparece por causa de una *culpa* o ruptura, generalmente de alguien extraño al grupo; y que, tras una nueva ruptura, se cerrará el ciclo para volver a un tiempo-sin-muerte, o eternidad: la muerte real suele constituir esa segunda ruptura (así se estructura en las religiones cristianas, en la musulmana y en muchas otras).

La particularidad de la religión de estado judía no se halla tanto en el monoteísmo sino en la especificidad cultural de la creencia en la divinidad. La *caída* del Jardín del Edén, cuya *culpa* se atribuye inicialmente a una *mujer*, se transfiere luego a un hombre incluido en *la propia* estirpe, y de ahí a toda la estirpe y a las demás, tiene para el linaje hebreo consecuencias mítico-culturales *especiales*. El paso del tiempo-sin-muerte originario al tiempo histórico real aparece como

33. Esa alianza era como una especie de «matrimonio» entre un dios *celoso* y la *estirpe de Sión*, que en el momento inmediatamente anterior a la fundación del estado le ha traicionado adorando a otros dioses.

una cesura irreparable: nada de lo que hagan los hijos de Israel puede eliminarla. No obstante, en virtud de la *alianza especial* con la divinidad, que se ha comprometido a enviar un *Mesías*, esto es, un reparador, precisamente de esa estirpe preferida y no de otra, el tiempo histórico real se sacraliza culturalmente como *tiempo de espera* del Mesías. Tiempo sagrado en general —en la espera— y en cada uno de sus instantes, que puede ser el de la llegada del Mesías.

> La sociedad hebrea pasó a ser tremendamente *legalista*, pero la ley tiene en ella un sentido completamente distinto al que tuvo entre los romanos: éstos juridificaron las relaciones sociales por razones prácticas, económicas, mientras que los judíos tenían que hacerlo por razones de identidad cultural: al reglamentarlo todo minuciosamente trataban de asegurarse el mantenimiento de *la amistad* de su celosa e irritable divinidad, de evitar que algo fuera visto por ella con malos ojos.
>
> De ahí su legalidad, determinada siempre por la autoridad, sacerdotal (nada parecido a la creación privada del derecho aceptada por el estado romano, ni a su orientación económica), con normas que establecían prohibiciones sexuales más rígidas que en ninguna otra cultura, que precisaban detalladamente los sacrificios religiosos, las funciones de las diferentes tribus, las reglas matrimoniales, las medidas del templo, etc., o que daban a su fiesta, el sábado, un contenido que nada tiene que ver con lo que los demás pueblos han entendido por *fiesta*.

Por razones de estado, la religión se convirtió para el pueblo hebreo en *la* cultura, traduciéndose en un *legalismo* obsesivo, neurotizado, que imponía prácticas religiosas siempre externas y sociales, altamente ritualizadas. Y el *tiempo de espera* del Mesías se convertía como tiempo histórico en un tiempo de oscuridad: el linaje predilecto, asentado al fin en la Tierra Prometida, se veía asediado por otros y finalmente sometido a un dominio extranjero inexorable como el romano. Acaso la divinidad había abandonado definitivamente a su pueblo. Los años inmediatos a la predicación del personaje histórico al que conocemos como Jesús de Nazaret dan testimonio de una inquietud creciente debida precisamente a la dominación romana: se exaspera el legalismo, aparecen numerosas voces proféticas o inspiradas y se extiende la secta de los esenios (que poseían todos sus bienes en común). Años después el pueblo elegido se lanzaría a la insurrección, sería derrotado e iniciaría la era de la Diáspora. No obstante, durante un breve período conoció la difusión de una escandalosa doctrina contracultural.

3.4.2. *La doctrina de Jesús de Nazaret*

Jesús de Nazaret sin duda interiorizó la cultura hegemónica en el imaginario colectivo del pueblo judío. Y su predicación —el núcleo coherente que nos ha llegado de ella— muestra que la comprendió en profundidad. Los materiales de la cultura-religión judaica de la *espera* son elementos indispensables para la formulación de su doctrina *nueva*, la cual no puede concebirse sin ellos ya que consiste precisamente en introducir una *ruptura fundamental* en la tradición de la que ha surgido. Esta doctrina puede inferirse con bastante claridad del núcleo racional (esto es, dejando de lado la parafernalia de relatos de tipo «mágico») de las descripciones de su vida y su enseñanza legadas por discípulos más o menos inmediatos.

Jesús de Nazaret se asigna como tarea no ya seguir la tradición y las escrituras sagradas de su pueblo sino *darles su cumplimiento*; esto es: proclama el *final del tiempo de la espera* fundamental en la tradición judaica. Afirma que la hora de la salvación —esto es, de una vida distinta— ha llegado porque no es la hora de una deslumbrante manifestación de la divinidad u otro acontecimiento *excepcional*: es una hora *cualquiera*. Y al proclamar concluido el tiempo de la espera abre el *tiempo del obrar* como tiempo histórico.

Esta doctrina, que sus discípulos comprendieron oscuramente, ponía el énfasis no ya en los ritos externos de la religión judaica, sino en un cambio fundamental en las relaciones entre las personas: éstas debían pasar a basarse en el desprendimiento y en la generosidad, en la rectitud de conducta con los demás y no en la estrechez del legalismo. Señalaba sabiamente que se conoce a los seres humanos no por lo que dicen sino por lo que hacen. Negaba que hubiera un pueblo particularmente elegido. Afirmaba la igualdad de todos —incluido él mismo— como hijos de la divinidad. Pretendía la paz y la fraternidad. Fundamentaba una moral de la comprensión del otro. Con plena consciencia de que al hacerlo se enfrentaba a las autoridades político-religiosas judías.

Es dudoso que Jesús de Nazaret se proclamara a sí mismo *mesías*, que afirmara su propia divinidad o, incluso en esta hipótesis, el sentido que pudiera haberle dado. Pero es indiscutible que una doctrina que niega una diferencia esencial entre el pueblo judío y los demás era totalmente heterodoxa. Y que para la ortodoxia judía resultó escandalosa la afirmación de la *insuficiencia del linaje* para obtener la amistad de la divinidad, poniendo el énfasis en los comportamientos de solidaridad interpersonal. La *doctrina* de Jesús de Nazaret, frente al ritualismo jurídico de su cultura, proponía una moral. Era, para

entendernos en el lenguaje de hoy, una doctrina emancipatoria. Por eso las autoridades judías procuraron su asesinato legalizado.

Asunto distinto de la doctrina *de* Jesús es la doctrina *sobre* él que tras su persecución y asesinato legalizado difundieron sus discípulos, y que es el *segundo* componente básico del cristianismo. La doctrina *sobre* Jesús de Nazaret integra su historia personal en el *mito del origen* judaico al presentarlo como el Mesías divino ajusticiado. Eso significa que la *culpa originaria* queda reparada por un *autosacrificio de la divinidad*, aunque los efectos de esta reparación sólo se individualizan llevando a la práctica la doctrina del Nazareno. Se trata de un *mito del origen* nuevo.

Esta integración de contenidos del judaísmo clásico introdujo una fuerte tensión interna en el legado cultural de Jesús de Nazaret. A lo largo de la historia se pondrá el énfasis en uno u otro de los *dos* componentes doctrinales básicos, heterogéneos entre sí. Pero ambos son esenciales. Gracias al elemento doctrinal judaico el cristianismo oficializado no será sólo una doctrina moral sino una religión; esto es: se presentará con un elemento que pragmáticamente, socialmente, le dota de gran influencia sobre las personas por incidir inmediatamente en el ámbito emocional de los seres humanos, a diferencia de lo que suelen hacer las creeencias meramente filosóficas y éticas.

3.4.3. *El cristianismo en el mundo romano*

La doctrina específica de Jesús de Nazaret encontró fácilmente oídos entre los esclavos, libertos y mujeres del inmenso imperio romano: era portadora de ideales de comportamiento social susceptibles de articular la actuación de las personas a las que el sistema económico-político privaba de toda esperanza. La doctrina de Jesús se extendió fácilmente por los submundos del imperio, entre sus criaturas oprimidas. Y así pudo decirse de los primeros cristianos: «todos los que creían vivían unidos, teniendo todos sus bienes en común; pues vendían sus posesiones y haciendas y las distribuían entre todos según la necesidad de cada uno». Estas prácticas muestran un ideal social comunitario perdido o reprimido por el cristianismo posterior, aunque en su seno se han dado esporádicos intentos de revitalizarlas (los de Francisco de Asís, de los sucesivos «reformados» o «descalzos» de las órdenes religiosas, o de los «teólogos de la liberación», por ejemplo)[34].

34. Así, «Amábamos y buscábamos ante todo el dinero y las propiedades, mientras que hoy hasta lo nuestro lo ponemos en común y lo compartimos con los que no

Los cristianos fueron ocasionalmente perseguidos por la autoridad romana: no tanto por el conjunto de sus creencias y modos de vida como por no rendir culto a los emperadores divinizados; pudieron seguir sus prácticas y reuniones en los cementerios (*catacumbæ*), que eran lugares sagrados. Sus peores momentos los padecieron bajo Nerón, que veía en esta ideología comunitarista de los de abajo una amenaza para el sistema (y, posteriormente, también bajo Diocleciano); el modelo cultural greco-romano poco podía oponer a esta moral de la fraternidad que se difundía rápidamente.

La integración del mensaje del Nazareno con el mito judío del origen suscitó problemas intelectuales cuando el cristianismo alcanzó a los estratos cultos de los súbditos del Imperio[35]. En Alejandría, la capital cultural oriental, con la mayor biblioteca y centro de estudios del Mediterráneo, con vivas corrientes de filosofía helenística y tradiciones religiosas egipcias (la resurrección de Osiris en forma de Dios Sol; el comer de él como Dios Trigo; o la pareja benéfica de la madre Isis y su hijo Horus), la nueva doctrina fue vista filosóficamente como un planteamiento renovado de la relación entre la divinidad y los hombres y condujo a la formulación del tipo *teológico* de reflexión, de origen eclesial, que modula la doctrina que hoy llamamos 'cristianismo'. Alejandría dotó a este «cristianismo» de rituales (la comunión), mitos (la resurrección) e iconología (la Madre y el Niño) que prolongaban tradiciones milenarias.

> Acaso la reflexión filosófica cristiano-alejandrina más antigua fuera la del gnóstico Valentín. Los gnósticos creían que los seres humanos somos el resultado de un error lamentable, pues Dios no nos creó ni quería que fuéramos creados: somos obra de una deidad inferior, el Demiurgo, algo estúpida pues se creía Dios; a la vista del desastre que es este mundo Dios se apiadó y envió a su Cristo para contrarrestar al Demiurgo y darnos la gnosis (el conocimiento). Para Clemente de Alejandría, en cambio, el problema consistía en conciliar la cultura de los atenienses con la nueva doctrina: veía la filosofía griega y la ley mosaica como antecedentes imperfectos del mensaje del Nazareno. Su docto discípulo Orígenes, que se castró a sí mismo[36] y generó

tienen», Justino, *Apología*, I, 14, 2), citado por J. I. González Faus, *Vicarios de Cristo* (Trotta, Madrid, 1991).

35. *Vid.* en este sentido E. Vilanova, *Historia de la teología cristiana*, Herder, Barcelona, 1987, vol. I, p. 134.

36. Sin duda por una interpretación literal de Mateo, XIX,12: «hay eunucos que a sí mismos se han hecho tales por amor del reino de los cielos». Orígenes, por otra parte, con un pensamiento muy característico de las clases altas, consideraba que el Imperio romano, un sistema político «seguro», había sido un instrumento para la rápida

> por ello una inoportuna controversia entre las comunidades cristianas, creía que Cristo había estado con la humanidad incluso antes de encarnarse. La cuestión del tiempo preocupaba también, aunque con otro matiz, al obispo Arrio (ya en el siglo III), quien afirmaba que si Cristo es Hijo de Dios, por fuerza ha de ser más joven que su padre, y que durante mucho tiempo Dios fue uno. Conciliar intelectualmente el monoteísmo básico judío con la personalidad trimembre de la divinidad no era fácil. Arrio se hizo muy popular: en su doctrina Cristo parecía más próximo a los hombres; pero san Atanasio combatió esta tesis, ya que al aproximar al Hijo se distanciaba al Padre. Los papas, por su parte, se hacían líos: uno, Liberio, condenó a san Atanasio, y otro, Dámaso, no supo responder a las dudas que san Jerónimo le planteaba desde su desierto. Pues por otro lado el acercamiento del cristianismo al poder (Constantino fue el primer emperador cristiano) agravó las diferencias: muchos creyentes ponían en cuestión su inserción en la sociedad y huían a hacer vida eremítica en lugares deshabitados[37]. El emperador Constantino convocó una asamblea (o concilio) en la ciudad de Nicea para que las distintas comunidades de cristianos resolvieran sus diferencias doctrinales. Se llegó así a un primer acuerdo o *credo* (los que no lo aceptaron, anatematizados, pasaron a ser los primeros *herejes*) acerca de la doctrina recta (*ortodoxia*).

El cristianismo llegó a convertirse en la religión oficial del estado romano poco antes de su división y su caída en Occidente. Por supuesto, la religiosidad preexistente, conceptualizada bajo la noción falsa de paganismo[38], sobrevivió en el cristianismo oficial y se adaptó a él: las devociones a «santos» particulares, las invocaciones a la lluvia, las procesiones y romerías a lugares especiales, los rituales de rogativa, las fiestas excepcionales coincidentes con los cambios estacionales, etc., dan prueba de la capacidad de resistencia y metamorfosis de la cultura religiosa popular. Pero el cristianismo entendido en sus dos componentes de doctrina moral y de doctrina teológica eclesial impregnó la cultura occidental y muy especialmente la más próxima a los poderes: la cultura jurídica y política.

expansión del cristianismo querido directamente por Dios, el cual había elegido para encarnarse precisamente el reinado de Augusto. Eugenio de Cesárea y san Ambrosio fueron de la misma opinión (*vid.* A. Truyol y Serra, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, I, Alianza, Madrid, ^{7}1982, p. 259).

37. *Vid.* E. Vilanova, *op. cit.*, vol. I, p. 150.

38. *Vid.* S. Weil, «Los tres hijos de Noé y la historia de la civilización mediterránea», trad. cast. de C. Ortega: *Un Ángel Más* (Valladolid), 1 (1987), pp. 21-34 (artículo también incluido en la edición de *A la espera de Dios*, trad. de M. Tabuyo y A. López, Trotta, Madrid, ^{4}2004, pp. 139-147).

3.4.4. *La influencia del cristianismo en la cultura jurídico-política*

Aunque más adelante encontraremos materiales de origen cristiano en diversas instituciones específicas del derecho de nuestra tradición, es conveniente destacar aquí los aspectos principales de esta influencia cultural.

Una destacable aportación del cristianismo a la cultura jurídica (y no sólo a ésta) ha consistido en servir de vehículo para el transporte al universo occidental de los tabús religiosos legalizados del judaísmo.

Los elementos judaicos transportados por el cristianismo al interior de la cultura jurídica occidental se advierten principalmente en dos ámbitos: en la moral sexual y en el derecho de familia. Aunque lo primero puede empezar a parecer hoy poco relevante en una sociedad que es consumista en todo, y por tanto también lo es de sexo, lo cierto es que los comportamientos sexuales no dirigidos directamente a la procreación, proscritos por la religión-legalidad hebrea, fueron prohibidos legalmente, y castigados con penas gravísimas en el mundo occidental cristiano (aunque es notorio que tales comportamientos han sido regulares en todo el mundo mediterráneo y también en otras culturas). Todavía hoy, pese a la proclamada igualdad de derechos de las constituciones y normas internacionales contemporáneas, y también pese a la prohibición de discriminaciones por razón de sexo u orientación sexual, algunas de estas orientaciones, como la homosexual, son objeto en numerosas sociedades occidentales no ya de criminalización pero sí de discriminación punitiva en materias de derecho de familia y sucesorio, residencial, de seguridad social, pensiones y fiscal cuando menos.

> Por otra parte no se debe olvidar que la Biblia es también un libro sagrado para los musulmanes, por lo que en algunas comunidades islámicas son delitos castigados con penalidades terribles —por ejemplo, la muerte a latigazos— algunos comportamientos sexuales o incluso tendencias que no hayan dado lugar siquiera a comportamientos.

En el mismo sentido hay que apuntar otros contenidos culturales levíticos que han pasado a ser constantes de la cultura jurídica occidental. La poligamia está legalmente proscrita. Los ritos matrimoniales no incluidos en la forma legal —como el matrimonio gitano por simulación de rapto, institución fundamental para la identidad de esa nación— no sólo no están reconocidos sino que su práctica puede resultar incluso delictiva. Los hijos *ilegítimos* tenían hasta hace muy pocos años un estatuto civil disminuido, con postergaciones sucesorias y

otras limitaciones (no podían ser funcionarios, militares ni *becarios*, etc.). El tratamiento legal del problema del aborto y del adulterio en las sociedades occidentales ha tenido y en muchos casos tiene que ver todavía con la ley judaica.

La ley judía del Talión[39] ha presidido en Occidente el sistema punitivo penal de una manera general hasta la época moderna. Sin embargo la penalidad occidental se ha visto agravada por el componente teológico-eclesial del cristianismo histórico y su representación del *Infierno*. El cristianismo-religión de estado, además, incluyó entre los delitos la *herejía*, y la punición clásica del hereje (tanto en estados que oficializaban el cristianismo romano como los que oficializaban el reformado) consistía en una escenificación pública de las penas infernales: la muerte en la hoguera, castigo que se aplicaba también a otros supuestos que figuran en el relato bíblico[40].

Es consiguientemente falsa la tesis de una «dulcificación» o «humanización» del derecho occidental debidas a la influencia cristiana, frente al carácter supuestamente «bárbaro» de otros derechos (el de los pueblos árabes u orientales). La atemperación relativa de la brutalidad del poder estatal que se observa hoy en algunos derechos penales occidentales (no en todos: es muy débil, por ejemplo, en el derecho norteamericano) no se debe al influjo cultural del cristianismo sino fundamentalmente al movimiento de ideas de la Ilustración, que se presentó en contraposición abierta a la fe religiosa organizada en iglesias.

La oficialización del cristianismo como religión de estado en Roma, trasladada después a los reinos medievales, y su mantenimiento durante buena parte de la época moderna, hace de esta doctrina un componente importante del Derecho Público en la tradición cultural de Occidente[41]. La doctrina medieval del derecho público es, como se verá, claramente teológica. Los monarcas medievales no son diviniza-

39. *Vid. supra*, 2.6.

40. Parece que este tormento mortal sólo se ha practicado sistemáticamente en zonas de cultura judeocristiana. En el Museo de la Inquisición de Santillana del Mar (Cantabria, España) se conservan numerosos instrumentos de tortura, de diseños tan obscenos como imaginativos, empleados por las autoridades.

41. La a-confesionalidad del estado se inicia con las revoluciones burguesas, sobre todo la francesa (aunque algunas constituciones laicas mantienen en sus textos alusiones «teológicas»), y gana fuerza posteriormente, aunque con excepciones notables. En España el catolicismo romano fue religión de estado (salvo el breve período de la II República) hasta la Constitución de 1978; ésta (art. 16.3) prescribe aún a los poderes públicos mantener «relaciones de cooperación con la Iglesia Católica». El cristianismo reformado es religión de estado en Gran Bretaña, siendo la Reina cabeza de la Iglesia de Inglatera.

dos como los emperadores romanos, pero obtienen su legitimación a partir de lo que los teólogos llaman *la ley divina*. Se puede decir que el cristianismo ha sido el principal instrumento de la *hegemonía cultural* de la aristocracia feudal y de *legitimación* del poder político en Europa, y que además ha participado, con la elaboración teológica de la idea de *derecho natural* o de *ley natural*, en la justificación de gran número de instituciones jurídicas (incluso privadas) premodernas.

El cristianismo entendido como la doctrina de Jesús de Nazaret, en cambio, ha influido muy débilmente en el derecho de nuestra tradición.

3.5. EL FEUDALISMO

3.5.1. *Hundimiento civilizatorio*

La desagregación del Imperio romano de Occidente no fue un mero acontecimiento de la historia política: significó una auténtica catástrofe civilizatoria, el hundimiento del modo de vivir de las poblaciones de lo que ahora llamamos Europa, basado en una cultura con capacitaciones notables. Aún hoy son visibles en la península ibérica los restos de las gigantescas obras públicas de la colonia romana. El hundimiento supuso una cesura histórica; una «regresión»[42]. La vida urbana, las comunicaciones, el comercio, la salud y las condiciones de vida, la agricultura y las técnicas, la producción y en general el saber y la cultura (sobre todo tras el incendio de la Biblioteca de Alejandría, depósito del saber greco-romano y oriental) se vinieron abajo. Las poblaciones del continente se vieron azotadas por el hambre, la escasez, las epidemias, el aislamiento, la ignorancia, la violencia.

> La consciencia del hundimiento civilizatorio, hoy perdida en la memoria histórica colectiva, se mantuvo viva hasta la Revolución Francesa —que en sus cargos públicos, en su calendario, en su iconografía oficial, imitó a la Roma antigua por última vez—; pero a lo largo de todo el período oscuro se percibe la *fascinación* por el pasado derruido cada vez que se cree mejorar: se advierte en la coronación de Carlomagno como ficticio emperador romano; en el respeto que el redescubrimiento del *Codex* de Justiniano despertó entre los escolares de Bolonia; en los paisajes y las referencias de los pintores renacentistas cuando redescubren la perspectiva...

42. Sus modalidades y su alcance son sin embargo muy discutibles. *Vid.* J. Fontana, *Europa ante el espejo*, Crítica, Barcelona, 1994, especialmente su capítulo «El espejo feudal», aunque este excelente libro merece ser recorrido en su totalidad.

El Imperio había sido invadido por poblaciones procedentes del nordeste, con sus propias identidades culturales. La fragmentación política y el desplome del saber técnico condujeron a un proceso de pérdida cultural en el más amplio sentido de la palabra. Aunque las órdenes religiosas que acabaron surgiendo finalmente en aquellas épocas difíciles trataron, mediante la fundación de monasterios, de recuperar al menos el saber agrícola, indispensable para la supervivencia, el cambio civilizatorio fue completo. Acabó afectando a la lengua misma: aunque las gentes de cultura conservaron el idioma intercomunicativo, el latín, la disgregación originó en el occidente europeo las nuevas —crecientemente diferenciadas— lenguas románicas.

Para comprender el período hay que tomar en consideración ante todo el cuadro social general, que es de una producción que apenas alcanza el nivel de subsistencia; de disgregación e inestabilidad política, aislamiento e incomunicación de núcleos poblacionales muy dispersos, caída demográfica y brutalización de los modos de vida.

> La aportación «germánica» a la cultura jurídica fue relativamente pequeña. Los pueblos germánicos practicaban una agricultura itinerante y no precisaban la apropiación estable de la tierra —por lo que les resultaba extraña la propiedad individualizada de los romanos—; asignaban los territorios de sus cambiantes asentamientos a diferentes usos especializados: caza, laboreo, pastoreo, recogida de leña... En suma: un mismo territorio podía ser asignado con funciones productivas distintas a sujetos diferentes. De ahí que los germanos transmitieran a las romanizadas poblaciones que encontraron en su migración al suroeste un concepto de «propiedad» no romano: lo que aún hoy es conocido como «propiedad en mano común», una modalidad de las relaciones entre las personas a propósito del medio de producción fundamental que es la tierra en las economías preindustriales, que tuvo importancia en España hasta la implantación del «mercado» de tierras moderno: está en el origen de los *bienes comunales* que aliviaron la situación de los vecinos pobres de los municipios hasta la desamortización[43]. No obstante, las relaciones sociales predominantes no fueron éstas, sino las implicadas por el dominio feudal.

43. Todavía presente marginalmente en el ordenamiento jurídico español en la Ley de propiedad en mano común de los Montes de Galicia. Estos bienes comunales son indivisibles, inalienables, imprescriptibles e inembargables, y no están sujetos a ninguna contribución de base territorial ni a la cuota empresarial de la seguridad

El modo de producción feudal se generalizó en toda Europa, llegando por el este más allá de Polonia[44]. Esquemáticamente consistía en lo que sigue. Una «aristocracia» originalmente militar se autoasignaba un territorio *y a su población*. Los pobladores venían obligados a cultivar la tierra necesaria para sí y también para su señor. En general prevaleció un sistema de cultivo simple, el llamado «de los tres campos» ideales o materiales: un campesino-siervo cultivaba una parcela para sí y su familia, otra para el señor feudal correspondiente y una tercera para reponer las simientes de ambas[45]. Los campesinos no podían abandonar la tierra. Estaban obligados a prestar al señor los servicios —de armas los hombres y de lecho las mujeres— que les fueran requeridos. Y aunque nada les amparaba del señor, éste protegía militarmente su dominio y por tanto también a sus pobladores. El dominio feudal —las tierras del señor, con sus habitantes— era *inalienable* por medios contractuales[46], a diferencia de la propiedad. El señor feudal detentaba, *en una sola e indiferenciada pieza*, el poder económico, el político, el militar, el jurídico y el ideológico sobre sus siervos y vasallos.

Puesto que los rendimientos de la agricultura son estables, para los señores feudales la única manera de ampliar sus riquezas consistía en anexionarse más tierras y pobladores. Y los medios disponibles para conseguirlo eran la guerra y los matrimonios. La guerra y la capacidad para realizarla jerarquizó a la aristocracia feudal, estableciendo relaciones de vasallaje también entre ella respecto de los señores más poderosos; pero los *reyes* de esta época no eran aún monarcas absolutos sino más bien *primus inter pares*, o, dicho de otro modo, su primacía era insegura y estaba expuesta a los resultados de guerras, alianzas o matrimonios contrarios. El arte de concertar matrimonios se hizo intensamente refinado, al objeto de incrementar señoríos mediante dotes y herencias comunes[47]: los matrimonios proporcionaban

social. Las diferencias entre el derecho romano y el germánico se aprecian desde la mera institución de la posesión. La posesión romana no daba protección a la confianza depositada en la apariencia, mientras que la *gewere* o posesión germánica adopta una posición distinta.

44. Se daba también en la parte occidental del imperio de los zares. Fuera de Europa, el feudalismo ha existido también en el Japón.

45. El sistema podía ser más complicado, como el sistema polaco de los «cinco campos»; *vid.* W. Kula, *Problemas y métodos de la historia económica*, trad. cast., Península, Barcelona, 1974.

46. Ahí se advierte la diferencia entre la *propiedad* (capitalista o esclavista) y el *dominio* (feudal). El dominio, que incluye la *jurisdicción* sobre los pobladores de la tierra, no se puede enajenar: no puede ser objeto de operaciones mercantiles.

47. Alcanzó su más elevado nivel de refinamiento al final del período, en los albores de la Modernidad: Carlos VIII de Francia quedó comprometido por la paz de

un *título jurídico* para reivindicar por las armas dominios sobre los que se alegaba un derecho hereditario (a veces altamente fantasioso).

No obstante, el derecho desempeñó en la Edad Media un papel mucho menor que el que había tenido en el mundo romano y el que alcanzaría en la modernidad; un papel subalterno. Se ha regresado a un arcaico mundo de temores y misterios populares, a un mundo mágico-religioso. Aunque ahora el poder lo ha hecho suyo y lo ha vuelto híbrido y desnaturalizado, como bien comprenderían los espíritus profunda y sinceramente religiosos como Francisco de Asís, o Lutero siglos más tarde. Las creencias religiosas (servidas por una clerecía próxima a los fragmentados poderes locales) se constituyeron en el *discurso público* por excelencia, y las nociones jurídicas mismas experimentaron una mutación que las retrotraía al lenguaje sacerdotal.

De este modo, en la Edad Media la ley volvió a convertir en indisponible: las poblaciones carecían de poder alguno para modificarla. A través de una serie de intermediaciones teológicas, volvía a presentarse en definitiva como realización de la voluntad de Dios. Y ante eso, en la Edad Media, no había nada que hacer.

3.5.2. *Ley divina, ley natural, ley positiva*

La teología cristiana era el principal material intelectual disponible para *legitimar* la nueva configuración del mundo social. Pero poco pudo hacer al principio del período. Con sus *Etimologías* el obispo Isidoro de Sevilla, en el siglo VII, construyó una «enciclopedia» que intentaba conservar lo que quedaba del saber antiguo clasificándolo todo, desde las piedras hasta los ángeles. Esta obra fue fundamental para la cultura de la Alta Edad Media; Bernardo de Chartres, en el siglo XII, había logrado reunir lo que se consideraba una biblioteca enorme: unos trescientos manuscritos (la destruida de Alejandría había contado con cientos de miles). La situación cultural experimentó un cambio gracias a las invasiones árabes de la península ibérica y de Sicilia: los árabes conservaban textos griegos de médicos, científicos y filósofos, y por su mediación estas obras antiguas fueron traducidas al latín (en Toledo, a partir del siglo XII) y difundidas en Occidente. La

Arras (1482) con Margarita de Austria, que tenía sólo dos años entonces y que aportaba Artois, la Borgoña y otros feudos al reino; nuestro Carlos de Austria (el primero de España y quinto de Alemania, efectivamente) superó este *record*: el tratado de Noyon (13 de agosto de 1516) le comprometía con la princesa Luisa, *que aún no había cumplido su primer año de edad.*

metafísica de Aristóteles, en particular, bien construida epistemológicamente, fue utilizada para dar nuevo impulso a la teología[48].

El pensamiento social medieval adoptó así la forma de un pensamiento teológico. Está «anclado en la tradición». Su idea básica es una concepción del *orden*: el universo es visto como creación de un Dios, que lo gobierna personal y directamente y que asigna a cada ser —también, por tanto, a los seres humanos— un lugar determinado en él. Este «orden» es producto de la razón divina. Una serie de conceptos va a resultar clave para todo tipo de disputas sociopolíticas (desde la delimitación de los poderes de las autoridades religiosas y las civiles, al principio del período, hasta la legitimación de la conquista de América, el derecho internacional y de guerra, el colonialismo y el esclavismo, al final): se trata de los conceptos de *ley eterna* o *ley divina*, *ley natural y ley positiva* (o sus correlatos: derecho divino, derecho natural, derecho positivo). Los *tres* son conceptos teológicos[49].

Por *ley eterna* se entiende la lógica mediante la cual este Dios de la escolástica medieval gobierna su creación.

El concepto, en sus orígenes alejandrinos, había sido acuñado de acuerdo con una matriz platónica, ideal. Según san Agustín, la ley divina «es la razón o la voluntad de Dios que ordena guardar el orden natural y prohibe perturbarlo». Fue, desde el principio, un concepto problemático. Se creía poder conocer con claridad sólo algún elemento de tal ley; por ejemplo, los mandamientos de *la primera* tabla del Decálogo (en la que figuraban los deberes de los seres humanos para con Dios), que siempre fueron considerados una *ley divina*. Pero ¿cómo podían los seres humanos adentrarse nada menos que en *la mente de Dios*? ¿No había ordenado el propio Dios bíblico sacrificios humanos y asesinatos en masa? Las mentes de los hombres sólo podían hacer *suposiciones* acerca de la «ley eterna».

Tomás de Aquino codificó esas suposiciones en el siglo XIII echando mano de Aristóteles. Primero concibió una idea general y abstracta de «ley»: para él es ley «una ordenación de la razón dirigida al bien común promulgada por quien tiene a su cargo el cuidado de la comunidad». Y, de acuerdo con esto, la «ley eterna» es para él «la razón de

48. Se utilizó fundamentalmente la metafísica y la teoría del conocimiento de Aristóteles, conocidas a través del comentario de Averroes; la filosofía práctica (*Política*, *Ética a Nicómaco*) fue conocida más tarde y en el original griego, y fue menos influyente.

49. El lector debe advertir que *en el interior* del pensamiento medieval también el *derecho positivo* se define teológicamente, y no coincide por tanto con el uso moderno de la misma entidad léxica.

la divina sabiduría en cuanto dirige toda acción y todo movimiento», o sea, el principio *ordenador* de todo.

Esta concepción tomista de la «ley eterna» es, como suele decirse, «intelectualista»: pone el acento en *el entendimiento* (la «razón» y la «sabiduría» de Dios). La *promulgación* de la «ley eterna» —el sentido que la escolástica da a «promulgar» abarca tanto el «dar a conocer» como el «imponerse»— se produce simplemente, sin más, cuando afecta a los seres inanimados y a los animales distintos del hombre, pues están sometidos ciega y necesariamente a la ley eterna. En cambio, los seres humanos, dotados de razón —una razón que se supone semejante a la divina aunque más pobre que ésta—, conocen la «ley eterna» a través de su razón *débil*: la ley eterna *participada* a los seres racionales, categoría que abarca a los seres humanos y quizá también a los ángeles —la cuestión fue muy debatida, como la del sexo de estos últimos—, recibe el nombre de *ley natural*. No hay que olvidar esto: la ley natural es el débil conocimiento de la ley eterna por los hombres. Quedan así establecidos, en el razonamiento teológico, dos cuestiones importantes: 1) que los seres humanos no conocen la ley eterna en su completud y totalidad (se mantiene el misterio de lo divino), pero saben de ella *todo lo que necesitan saber*; 2) conociendo este aspecto o fragmento cognoscible de la ley eterna que es la ley natural, los seres humanos son libres de acatarla o contravenirla (y se les puede responsabilizar por ello).

La *ley natural*, como aspecto conocido de la ley eterna, se supone *universal* e *inmutable*; según Tomás de Aquino, es *evidente* para la razón, y su principio supremo es, claro está, hacer el bien y evitar el mal. Pero a partir de esta obviedad las consideraciones acerca de la *ley natural* se vuelven turbias. Para mencionar preceptos de la «ley natural» menos abstractos, más particulares y contingentes, Tomás de Aquino recurre a la inferencia lógica y a la suposición de que los principios secundarios de la ley natural tienen un grado de evidencia menor (¡como si *lo evidente* admitiera grados!): de este modo puede considerar *naturales* y afirmar la *universalidad* de preceptos históricos contingentes, relativos a fenómenos de mercantilismo incipiente como el préstamo con interés. A partir de esta teorización los teólogos dispondrán de un *cuerpo de principios y preceptos de la ley natural* con el que someter a crítica los mandatos de las autoridades civiles.

La *ley positiva*, o ley *humana*, resulta ser también en la concepción de la escolástica tomista un concepto teológico. Pues sólo se consideran *leyes* las promulgadas por las autoridades y «dirigidas al bien común» *en congruencia con la ley natural*: los mandatos seculares que no lo sean no se pueden considerar leyes en el interior de esta teori-

zación. Por tanto queda abierto un resquicio para la resistencia a la ley civil (que encuentre teólogos que la vean como) injusta, esto es, incongruente con la ley natural.

> Para esta escolástica la autoridad civil tiránica intolerable puede resistirse legítimamente cuando se han agotado todas las posibilidades, pero la comunidad no puede actuar más que a través de *representantes cualificados*; como se considera que Dios tolera los tiranos como castigo de los pecados humanos, el modo idóneo de oponerse a ellos es orando y siendo buenos. Se distingue entre *tiranos de vicio en el título* y *tiranos de régimen*: los primeros son los que han usurpado el poder violenta o fraudulentamente, y los segundos los que lo usan mal. (Siguiendo anacrónicamente esta distinción, Franco habría sido un tirano de vicio y de régimen y Hitler un simple tirano de régimen.)

La doctrina tomista acerca de la ley divina, la ley natural y la ley positiva, pese a su gran influencia, tenía debilidades que fueron percibidas en el ámbito de influencia ideológica de Francisco de Asís, los partidarios del comunitarismo implícito en el mensaje de Jesús de Nazaret, al margen de la inserción en el poder. San Buenaventura, un dicípulo de Francisco, y otros dos grandes pensadores como Duns Escoto y Guillermo de Occam, plantearon un problema conceptual muy serio en torno a la noción de *ley eterna*.

La ley divina, en su antigua formulación por Agustín de Hipona, es «la razón o la voluntad de Dios» que gobierna el mundo. La razón o la voluntad. Y se podía plantear la pregunta: *¿ciertas cosas son malas porque las prohíbe Dios, o bien Dios las prohíbe porque son malas?* Dicho de otro modo: ¿es la voluntad divina la que determina qué es bueno y qué es malo, o bien las acciones son buenas o malas en sí mismas y Dios no tiene otro remedio que reconocerlo?

Como se puede ver, asoma aquí en disfraz teológico la polémica entre una tesis convencionalista, según la cual las proyecciones morales son de índole histórica y cultural, subjetivas individual o grupalmente, y el sustancialismo u ontologismo moral, para el cual sólo una moral es la buena y puro error y mal cualquier otra posición.

Pero este modo de plantear las cosas es de hoy. En el siglo XIII Duns Escoto, adoptando una posición protomoderna, señalaba que el orden de la Naturaleza no es bueno en sí mismo, sino por haberlo querido Dios así cuando hubiera podido preferir cosmos distintos[50].

50. Y, visto desde hoy, no resulta extraño que a Duns Escoto le pareciera sorprendente un mundo *querido por Dios* en que los vivientes animados se matan los unos a los otros para apoderarse de sus proteínas.

Esta posición reducía el ámbito de los preceptos de pura necesidad, *necesarios* para el mismo Dios, a los de la primera tabla del Decálogo. Conocidos por nosotros, estos preceptos componen la *ley natural* en sentido estricto —que, nótese bien, se refiere sólo a las relaciones entre los hombres y la divinidad—. Los demás, basados en la voluntad de Dios, carecen de una validez incondicionada y sólo metafóricamente, por *consonancia*, por *adecuación*, se podía afirmar que fueran *ley natural*, ya que podían ser objeto de excepciones histórico-culturales (*mentir* por compasión, *matar* en la guerra, etc.).

Con este cambio teórico un océano de *derecho humano, positivo*, podía invadir el terreno acotado por santo Tomás de Aquino para la intervención clerical. Las nuevas ciudades, en particular, aparecen como agregados sociales formadas por decisión de los individuos y por su común consenso. Las voluntades de éstos en relación con la autoridad cobran una relevancia de la que carecían en la escolástica tomista. Las reglas de apropiación de bienes aparecen también, crecientemente, como meras leyes positivas, no como normas sagradas. Aunque la modernidad tendría que esperar, los seguidores del *poverello* de Asís dieron así algunos pasos decisivos hacia un nuevo universo discursivo.

3.5.3. *Feudalismo y mercantilismo*

El lector no debe olvidar que en estas páginas sólo se intenta aludir a los materiales intelectuales premodernos con que se construye —mediando la modernidad— el derecho y el poder político contemporáneos.

En realidad, la principal aportación medieval a la imaginería jurídica es ese concepto teológico de *ley natural, de derecho natural*. Cierto que los filósofos nominalistas —como Duns Scoto— lo dejan muy malparado: reducen su alcance a la regulación de las relaciones entre el hombre y la divinidad. Pero también es cierto que no hemos llegado todavía a la *sociedad* (que es un concepto moderno) sino que nos hallamos aún en la *cristiandad*, donde no se habla de personas, sino de cristianos —y los que no son cristianos son *algo menos* que eso—. Puesto que en la batalla ideológica cualquier proyectil vale, los teólogos seguirán arrojándose a la cabeza los unos a los otros leyes eternas y leyes divinas —lo harán, por ejemplo, en las polémicas sobre el trato a los indios americanos— incansablemente. Hasta que se den cuenta de que no les escucha nadie porque la disputa real se desarrolla ya en otra parte y con otros conceptos[51].

51. *Vid.* F. Fernández Buey, *La gran perturbación. Discurso del indio metropolitano*, Destino, Barcelona, 1995.

En realidad aquellas gentes creían que la teología bastaba para conocerlo todo, que era omniabarcante[52].

Es fundamental retener que en el interior del orden feudal surgieron finalmente relaciones de intercambio mercantil, y también producción para el mercado (y no ya para el autoconsumo y la tributación feudal en especie). Las guerras exigían producción de armas, de carruajes, de pertrechos, de indumentaria; el lucimiento de la aristocracia, necesario para concertar alianzas matrimoniales, se realizaba mediante ceremonias y artículos de lujo. Todo eso suscitó la aparición en las nuevas agrupaciones urbanas —en torno a una sede episcopal o castillo aristocrático— de artesanos libres, fijos o itinerantes. A su vez determinadas órdenes religiosas empezaron a acumular grano en los años feraces para poder comer en los de mala cosecha. Se constituyó pues un primer mercado, de grano (trigo, en España). A diferencia de la producción agrícola feudal, tendencialmente estable porque los rendimientos agrícolas suelen ser constantes, la producción artesanal y manufacturera para ser llevada al mercado tenía rendimientos variables, y generaba consiguientemente innovación social (de todo tipo)[53].

Los pequeños reinos constituidos tras la caída del Imperio romano, efímeramente reorganizados más o menos idealmente en imperio por Carlomagno y de nuevo dispersos a su muerte, dieron lugar con el tiempo, las guerras y el comercio a algunas repúblicas importantes, como Venecia, y sobre todo a unidades mayores más estables: la Florencia de los Medici, la unidad política de Castilla y Aragón, el reino de Inglaterra, Francia... Hasta llegar a las modernas monarquías absolutistas[54].

Durante algún tiempo coexistieron dos tipos de relaciones en realidad poco compatibles: un orden de relaciones feudales, fijistas, en el que las personas tenían distintos estatutos (o conjuntos de obligaciones de los demás para con ellas) según su posición de clase —con producción para el autoconsumo y tributo personal y en especie—; y un orden de relaciones de capitalismo mercantil, en el que las personas valían en función de lo que pudieran comprar con independencia de su origen social —con producción para el intercambio—.

52. F. De Vitoria, uno de los más finos juristas teóricos de su tiempo, pero que se concebía a sí mismo como teólogo, decía lo siguiente: «El oficio de teólogo es tan extenso que ningún argumento, ninguna disputa, ningún asunto puede considerarse completamente ajeno a la profesión e instituto teológico».

53. *Vid.* P. Kriedte, *Feudalismo tardío y capital mercantil*, Crítica, Barcelona, ²1983.

54. *Vid.* P. Anderson, *El Estado absolutista*, Siglo XXI, Madrid, 1979.

El feudalismo perdurará aún durante mucho tiempo. Los españoles procederán a organizar sus conquistas americanas con categorías precapitalistas pero nuevas (las *encomiendas*). La unificación política de España por los Reyes Católicos, pese a mantener dos coronas diferenciadas, es, aún con predominio de relaciones feudales, un hervidero de innovación política: los Reyes Católicos subordinan a la Corona el poder militar de la nobleza, crean la primera policía estatal del mundo moderno (la Santa Hermandad), unifican geográfica e ideológicamente sus reinos al liquidar el Reino nazarí de Granada y al expulsar a los judíos de Sepharad en 1492 —un año que no fue aciago solamente para los pobladores de lo que nosotros llamamos América—, e implantan un Tribunal especial para mantener la unidad ideológica (la Inquisición). Esto es, en el ámbito de la política, lo que en otros ámbitos se ha llamado el Renacimiento.

> Vivir en el Renacimiento no tenía por qué ser particularmente agradable. Los comerciantes arruinados iban a parar a la cárcel por sus deudas. En España nadie estaba al abrigo de la Inquisición. En este país una parte importante de la población era de origen árabe o judío, conversos al cristianismo más o menos sinceramente. Pues bien: se desencadenó una auténtica fiebre por guardar las apariencias de cristiano *viejo*, por que los demás le tuvieran o uno por *cristiano viejo* (o sea, como no perteneciente a una familia de conversos) lo fuera o no. La Inquisición podía procesar a cualquiera por herejía (y una falsa conversión se veía como herejía), en cuyo caso, además de la incautación de bienes, que acrecentaba las arcas de la Inquisición, o, dicho de otro modo, las rentas de sus funcionarios, se podía acabar en la hoguera (por ejemplo, en Toledo, en Zocodover, donde ahora hay bares con terrazas al aire libre). Una denuncia anónima podía desencadenar el proceso por cualquier causa: el día en que se hacía la colada, o ciertos alimentos, podían parecer propios de *marranos* o falsos conversos[55]. La expresión «hacer sábado», caída crecientemente en desuso en los últimos años pero significativa de una limpieza doméstica general hasta hace poco, es un vestigio lingüístico preciso de esa angustia: la gente emprendía grandes trabajos de limpieza en sábado para mostrar que no tenía ese día por festivo. Lo mismo hay que decir del comer jamón y fiambres porcinos, prohibidos para árabes y judíos. La fiebre por *guardar las apariencias* ha perdurado hasta el presente en la sociedad española.

El comercio internacional recibió un fuerte impulso con la constitución de las primeras grandes Compañías comerciales, impulsadas

55. *Vid.* R. Rossi, *Juan de la Cruz. Silencio y creatividad*, Trotta, Madrid, 1996.

por la Corona en asociación con las cofradías o gremios de mercaderes (así, en España, la Compañía de Indias).

Estas compañías —como la Compañía Holandesa de Indias, o las inglesas— no eran, como a menudo se intenta presentarlas en las novelas rosa del neoliberalismo, puro asunto privado, y no las impulsaba, precisamente, «la mano invisible» del mercado. Estaban dotadas de poder político, y los estados ponían sus ejércitos a su disposición directa. Esta situación no fue en absoluto efímera: perduró durante todo el período del colonialismo político y tuvo incluso manifestaciones no coloniales.

Al propio tiempo, se hizo necesario reinventar normas o principios de relación social interestatales. F. de Vitoria (1485-1546) y sus discípulos[56] utilizaron nociones teológicas iusnaturalistas para analizar los problemas planteados por los nuevos tiempos. A Vitoria, en particular, se le debe una argumentación según la cual los indios americanos tenían iguales derechos que los demás seres humanos y eran dueños de sus tierras y demás bienes —frente a los teólogos al servicio de los encomenderos, que afirmaban su condición meramente animal—. Vitoria inició un *derecho de gentes*, en el sentido moderno de derecho internacional, al señalar límites *morales* a la acción de los estados y limitar las *justas causas* de la guerra a la defensa proporcionada, lo que excluía la guerra por diferencias religiosas o para incrementar el dominio territorial de los estados. Al propio tiempo, sin embargo, Vitoria creía que era «causa justa» de la guerra el derecho del imperio español a difundir la «verdad» católica entre los pobladores nativos de los nuevos espacios conquistados.

Pero que esta escolástica, con su juego de conceptos procedentes en definitiva de la magna obra de Tomás de Aquino, sirviera para defender tanto una proposición como su contraria no podía menos que desprestigiarla. Los teóricos del derecho y del estado moderno del siglo siguiente tendrían muy en cuenta las aportaciones precedentes, principalmente de la escolástica española, de Vitoria y de Suárez, de quien Hobbes, por ejemplo, sería lector y discípulo intelectual. Pero las expresarían en marcos conceptuales nuevos.

El nuevo marco intelectual lo estableció un holandés, H. Grotius (1583-1645), quien introdujo una interesantísima variante en la caracterización escolástica del Derecho natural al definirlo como sigue: «El derecho natural es el dictado de la recta razón que indica que algún acto, por su adecuación o falta de adecuación con la naturaleza

56. Entre ellos, Domingo de Soto y Francisco Suárez, además de otros pensadores notables como D. Báñez y M. Cano.

racional misma, entraña torpeza moral o es moralmente necesario. Y esto, como ya se ha dicho, tendría lugar aunque se dijera —lo que no se puede afirmar sin gravísima iniquidad— que no hay Dios o que habiéndolo no se ocupa de los asuntos de los hombres»[57].

El «derecho natural» se convierte pues en un mero *dictado de la razón*, sin que sea relevante ninguna relación con ley divina alguna. El concepto de derecho natural, a pesar de las precauciones expresivas utilizadas por Grocio, se *seculariza*. Podrán determinarlo no ya los expertos en Dios —los teólogos— sino meros «expertos en razón», o sea, juristas laicos. Así redefinido, el «derecho natural», primero *descubierto* por la *razón* y luego *elaborado* por ella, podrá rendir servicios nuevos.

57. «Ius naturalis est dictatum rectæ rationis indicans aliqui actui, ex eius convenientia aut disconvenientia cum ipsa natura rationalis, inesse moralem turpitudinem aut necessitatem moralem. Et hæc quidem, quod iam diximus, locum aliquet haberit, etiametsi daremus, cum sine summo sceleri dari, nequit: non esse Deum aut non curare ab eo negotia humana».

Capítulo IV

EL RELATO POLÍTICO MODERNO

SUMARIO: 4.1. Introducción. 4.2. La luz de la razón y la ambigüedad de la tecnología. 4.2.1. De la abstracción científica a su traducción en técnicas. 4.3. Los elementos del relato político moderno. 4.3.1. Individuos. 4.3.2. Estado de naturaleza. 4.3.3. Las dos «esferas». 4.3.4. La soberanía. 4.3.5. Los ciudadanos y sus derechos políticos. 4.3.5.1. La paradoja de los derechos de ciudadanía. 4.3.6. El «pueblo» y el pacto político hipotético. 4.3.7. La «voluntad general» y la «representación». 4.4. Razón *versus* convención.

4.1. INTRODUCCIÓN

La época llamada «moderna» despunta con la circunnavegación de África y la conquista de América; esos hechos son vistos desde el punto de vista eurocéntrico como grandes «descubrimientos» geográficos y desde el punto de vista de los «descubiertos» como el inicio del colonialismo político. En estas páginas seguiremos sobre todo la conmoción de todo orden que supuso para Europa este desarrollo histórico. El mundo colonizado sólo secundariamente será objeto de análisis; tiene desde luego gran importancia histórica por sí mismo, pero aquí sólo mostrará perversiones o insuficiencias de los sistemas sociopolíticos de cuño europeo.

En el mundo feudal casi todas las actividades productivas tenían por finalidad directa el propio mantenimiento de quienes las realizaban, aunque no sólo eso, como se ha visto. Los actos de «intercambio» —de cosa por cosa, de cosa por acción, y más raramente de cosa

o acción por dinero— no eran desconocidos, pero distaban de ser comunes y generalizados. El «mercado», obviamente, no es «natural»[1] (salvo que llamemos «mercado» a toda forma de colaboración entre seres humanos, como hacen con enorme ceguera algunos apologetas de «la economía de mercado»; habría entonces un «mercado del parentesco» o un «mercado de la solidaridad» en este absurdo sentido).

Los mercados de verdad fueron apareciendo de uno en uno, empezando por los mercados de grano —en épocas de escasez salían a la venta los excedentes acumulados en los graneros de los monasterios—. Los «mercados» eran algo físico y material, localizado y fechado, como lo son todavía hoy las ferias de ganado o de maquinaria: un lugar y un tiempo determinados (característicamente festivos, además), donde se intercambiaban bienes.

El comprar y vender mediando dinero a partir de *muestras* de los bienes, y no ya el intercambio directo de los bienes mismos, así como la aparición de intermediarios —los comerciantes— entre el productor de un bien y el consumidor de ese bien, requirieron el transcurso de bastante tiempo y cierta especialización de los productores en actividades diferenciadas[2].

En la época feudal la gente que trabajaba, además de autoabastecerse, *tributaba* a sus señores en trabajo o en especie. Durante mucho tiempo el comercio se refirió sobre todo a bienes no ya básicos sino de lujo: pues era principalmente la aristocracia feudal quien estaba en condiciones de pagar con metales preciosos, acuñados o no como moneda, bienes procedentes de lugares distantes[3].

Se constituyó más tarde y más complicadamente un *mercado de tierras*. Éstas, en el sistema feudal, no eran enajenables a voluntad, pues el señorío feudal implicaba la jurisdicción y el dominio político sobre quienes habitaban las tierras, los cuales no podían abandonarlas. Quien tenía poder para *ejercer* el dominio político y la jurisdicción carecía de él para *cederlos*: no se podía vender la tierra porque el dominio llevaba aparejado, por decirlo en nuestro lenguaje, los cargos de juez y gobernador de sus habitantes. Los aristócratas castellanos que debían ayudar a los Austrias en sus guerras europeas del XVII tropezaban con prohibiciones del monarca cuando para financiar su aportación trataban de enajenar sus posesiones. Las tierras, además no estaban valladas o cercadas.

1. La afirmación contraria es corriente entre los ideólogos del neoliberalismo económico; *vid.*, p. ej., A. Minc, *La borrachera democrática*, Temas de Hoy, Madrid, 1995.

2. *Vid.* E. P. Thompson, *Tradición, revuelta y consciencia de clase*, Crítica, Barcelona, 1979.

3. Tan distantes como la China, de donde Marco Polo y otros como él trajeron a Occidente dos inventos importantísimos para los poderosos, la pólvora y la brújula, y otro aun más fabuloso y para todos: los *spaghetti*.

Para que surgiera el mercado de tierras fue necesario que aparecieran, al lado de los siervos (feudales), los aparceros y arrendatarios, de cuya estirpe —junto a los aristócratas, finalmente, con o sin grandes movimientos expropiatorios de por medio— proceden los propietarios modernos. Pero este proceso fue lento, complicado y asincrónico en los diversos países europeos, con particularidades distintas en cada uno de ellos. Fue relativamente temprano en Inglaterra y notablemente tardío en Alemania, por poner algún ejemplo. La sociedad burguesa necesitaría además, como ocurre siempre, algunas ayudas del estado, como las incautaciones revolucionarias en Francia o la *desamortización* en España. En ciertos países, algunas de las funciones de la aristocracia feudal —juzgar, por ejemplo— pasaron como cuestión de hecho a los propietarios; en otros, tales funciones pasaron al estado y en otros aún se diluyeron, conservándolas sin embargo la aristocracia terrateniente durante mucho tiempo, como en Inglaterra.

Y para que finalmente surgiera el mercado decisivo, el mercado de fuerza de trabajo, es decir, el mercado en que la gente vende su capacidad para trabajar a un empleador, multitud de familias de siervos hubieron de ser expulsadas, por aparceros, arrendatarios y propietarios, de los campos que venían trabajando inmemorialmente para autoabastecerse; fue necesaria la formación de una masa de seres humanos vagabundos y mendigos, sin tierras, que dependiera, para subsistir, de la venta de su propia capacidad para el trabajo por un tiempo determinado[4].

Durante siglos coexistieron en la Europa occidental y central dos modos económicos de producción: un feudalismo que se disolvía lentamente y un capitalismo mercantil creciente que iba camino de la industria.

Esos dos modos de producir tienen distinta importancia relativa al principio y al final del período considerado. Al principio predomina aún el modo de producción feudal, del que son hijas las instituciones de las monarquías absolutistas. Pero estas monarquías estimularon

4. El proceso fue magistralmente descrito en sus rasgos generales por Karl Marx en el capítulo titulado «La acumulación originaria» del libro I de *El Capital*; puede verse, también, P. Kriedte, *Feudalismo tardío y capital mercantil*, Crítica, Barcelona, 1982.

la producción capitalista porque resultaba más rentable fiscalmente para ellas. Al propio tiempo, un primer movimiento de ideas, el Renacimiento, disuelve las representaciones sociales del mundo de la época feudal. El llamado Siglo de Oro español testimonia en su producción literaria, artística y filosófica la disolución de un mundo y el principio de otro, justamente en el cénit del imperio de los Austrias. Muy pronto empieza en Europa un largo período de guerras, guerras civiles o represiones internas durísimas.

Un segundo y posterior movimiento de ideas, la Ilustración —en el siglo XVIII, el Siglo de las Luces— pone las bases intelectuales de un proceso social complejo: primero favoreció lo que se llamó el «despotismo ilustrado», que exigía del monarca absoluto reformas sociales entrando en conflicto con la nobleza feudal; después, al fracasar por insuficiente este programa, la burguesía arrastró a la política como masa de maniobra a los trabajadores urbanos, al aliarse con ellos para derribar las instituciones de las monarquías absolutistas y acabar con el feudalismo residual. Es el momento culminante del cambio: la Revolución Francesa, que proclama solemnemente los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Pero el proceso de cambios ha tenido ya momentos anteriores de gran importancia jurídico-política, como la Gloriosa Revolución inglesa de 1688 y la Declaración de Independencia norteamericana de 1776.

El camino hacia la industria, por su parte, tuvo hitos previos importantes al principio del período, con la difusión del modelo del artesano-comerciante y con los talleres de manufactura, donde artesanos de oficios distintos se combinaban para producir bienes complejos, como carruajes y carrozas, armas, etc. Las guerras «de religión» fueron un importante acicate para la producción (y para la reorganización política, por otra parte): los ejércitos necesitaban armamento, vestido, calzado, vituallas, medios de transporte. Y había oro americano —arrancado al trabajo esclavizado de los indígenas por los españoles o pirateado a éstos por los corsarios ingleses— para inyectarlo en el tráfico económico, estimulándolo. Con la introducción de máquinas cada vez más complejas, movidas por molinos hidráulicos o mediante energía animal, la productividad se elevó notablemente. Los empresarios podían empezar a verse a sí mismos como más útiles socialmente que los aristócratas, en cuyas tierras los rendimientos agrícolas son constantes[5]. De este hecho arranca la ilusoria creencia

5. Esta afirmación no sería válida respecto de la industrializada agricultura contemporánea, la cual, sin embargo, está también mucho más expuesta que la agricultura preindustrial a cambios de rendimiento negativos.

del empresariado capitalista de que es indispensable para la subsistencia de la sociedad.

Con la aplicación a las máquinas de la energía del vapor[6] por primera vez en Inglaterra se llega a la gran industria y a lo que hoy conocemos como la (primera) *revolución industrial*. A partir de entonces, decididamente, el sistema de producción es ya un capitalismo técnicamente afianzado[7]. Que empieza a cosechar sus frutos en un abundantísimo Jardín del Edén. Pues el industrialismo capitalista se expande sobre dos pilares básicos: *a*) una mano de obra necesitada y barata y *b*) energía solar fosilizada en forma de carbón (y posteriormente de petróleo) fácilmente disponible a costes ridículos.

La revolución industrial tenderá a eliminar la producción *directa* de los medios de vida personal y familiar —aunque esto subsista como algo complementario en determinadas zonas y poblaciones del planeta—, generalizándose el producir para *intercambiar* —por *dinero*, el equivalente general, que hace de intermediario para el acceso a los medios de vida, unos bienes que ahora hay que *comprar con dinero*—.

Lo dicho hasta aquí, sin embargo, se refiere sólo al plano relativo al modo de producir: a la estructura de relaciones sociales fundamentantes, que se establece en un microcosmos humano para mantener y reproducir la vida. Pero para la constitución del mundo moderno también habría de darse un cambio inmenso cuando menos en otros dos planos de las relaciones interpersonales: en el plano de la cultura y de la imaginería colectiva —del «imaginario social», como suele decirse ahora—, y en el plano político-jurídico.

La modernidad en el plano de las ideas, de la cultura, se construye como se ha señalado a través de dos grandes movimientos: uno inicial, el Renacimiento, que genéricamente se corresponde en el plano político con la formación de los grandes estados absolutistas; y un segundo movimiento posterior, más avanzado, que establece la hegemonía cultural de la burguesía: es la Ilustración o «el Siglo de las

6. La fuerza del vapor era ya conocida por los griegos; y hay noticia de que una embarcación movida por la energía del vapor cruzó el puerto de Barcelona en presencia de Carlos V a principios del siglo XVI. Pero ni los esclavistas griegos ni los aristócratas españoles pensaron en aplicar esa energía a la producción. *Vid.* B. Farrington, *Greek Science* [1944], Penguin Books, Harmondsworth, 1963 y posteriores ediciones.

7. En los Estados Unidos de Norteamérica, donde nunca hubo feudalismo en sentido propio, el capitalismo coexistió con el esclavismo y se basó en la constitución de una sociedad de ganaderos y campesinos en las tierras arrebatadas a los indígenas en guerras de exterminio.

Luces»[8]. A través de esos dos grandes movimientos, una nueva clase social, la burguesía, «entra en la historia». Después la época moderna experimenta la crisis que conduce a la «edad contemporánea», si se puede decir así. Pues a su vez «entran en la historia» los trabajadores asalariados en el siglo XIX. Las mujeres lo harán en el siglo XX.

¿Qué significa que la burguesía «entra en la historia»? ¿No se entra en ella de un modo natural, por el mero hecho de existir? En absoluto. El mundo social no funciona así.

Durante el período de predominio del sistema feudal como sistema productivo, de la creencia religiosa como aglutinante ideológico de la sociedad, y de la nobleza como clase social superior, había incipientemente, en las sociedades europeas, personas no pertenecientes ni a la clase de los siervos ni a la nobleza. Eran gente que vivía en las ciudades, comerciantes sobre todo, y ciertos artesanos ricos, o incluso cierta industria premoderna (tejedores y tintoreros, por ejemplo), y también clérigos e intelectuales (profesores, actores, médicos). Ciertamente, existían. E incluso tenían voz en los consejos municipales cuando había que discutir los impuestos. Los había, sí; *pero carecían de existencia histórica*: no contaban para nada.

Ese «no contar» significa que no eran vistos por quienes sí contaban —la aristocracia, la autoridad— ni como oponentes o adversarios ni tampoco como *semejantes*, sino como algo parecido a sirvientes: como *inferiores*. Quienes contaban en la historia podían servirse de ellos pero no tratarles como a semejantes suyos (por ejemplo: no cabía en la imaginación que una persona de la aristocracia *se casara* con una de la burguesía o simplemente se sintiera comprometida a mantener *lealtad* hacia ella, pues la verdadera lealtad sólo se da entre iguales)[9].

8. El Siglo de las Luces tiene también sombras. Por eso, para entenderlo en su complejidad, merece la pena la lectura de la novela homónima de Alejo Carpentier, donde la llegada de las «luces» a una *colonia* distante cobra crueles rasgos esperpénticos. También podemos ver sus contradicciones en la conocida pintura de Goya sobre los fusilamientos del 3 de mayo de 1808 en Madrid: en la pintura se contrapone el ilustrado y lógico *orden* del pelotón de fusilamiento al *desorden* de los reos; la *luz* —un farol en primer término— es arrojada sobre aquéllos a los que debe *ilustrar*, pero para eso hay que ajusticiarlos... En otro orden de cosas, los trabajos de Cassirer sobre el pensamiento ilustrado resultan insoslayables. (Por cierto: las malas traducciones —y los eruditos a la violeta— emplean frecuentemente, en vez de 'Ilustración', la expresión 'Iluminismo', que es un barbarismo italiano.)

9. Para que el lector se haga una idea de lo que implicaba esta situación, puede ver la dedicatoria de Cervantes al Conde de Lemos en *Trabajos de Persiles y Segismunda*, escrito por el autor pocos días antes de su muerte en 1616. Entre los músicos, Mozart es el primer «profesional liberal» de la historia, pero tanto su antecesor Bach como su contemporáneo Haydn, y después Beethoven, trabajaron en condiciones pre-

Algo parecido —pero con diferencias importantes— a como vería más tarde la burguesía a los asalariados proletarizados: como *chusma*, como a sus *inferiores naturales*. (Y esto, a su vez, es parecido, pero también distinto, a como ven hoy muchos europeos a los inmigrantes extracomunitarios que realizan tareas despreciadas por los europeos sin empleo).

> Lealtad entre iguales: que la lealtad sólo *se da entre iguales* es algo que en el mundo *de hoy* cobra importancia en un ámbito impensado: el de las relaciones entre hombres y mujeres. Antes de que se produjera el gran impulso del siglo XX, y sobre todo de su segunda mitad, hacia la eliminación de las diferencias sociales en función del sexo, los varones sólo se creían obligados a mantener sus compromisos ante otros varones; estaba incluso bien visto entre ellos la inobservancia de las promesas hechas a las mujeres. La tendencia a que las personas de sexo femenino ocupen en el mundo productivo las mismas posiciones que las de sexo masculino obliga a una reconsideración de la *lealtad*. Una parte del desconcierto de las personas de sexo masculino en su papel de «hombres» en un mundo en que las mujeres tratan de conquistar, tras la igualdad jurídica y política, la igualdad social, se debe a que las relaciones de lealtad y deslealtad pueden ser finalmente recíprocas.

4.2. LA LUZ DE LA RAZÓN Y LA AMBIGÜEDAD DE LA TECNOLOGÍA

Si en el mundo medieval la *unificación ideológica* por medio de la *fe religiosa* desempeñó un papel fundamental, ese medio de unificación no se pudo mantener en el mundo moderno.

Para empezar, la creencia religiosa dejó de estar unificada en la cristiandad. En la Europa premoderna cada uno veía a sus semejantes, predominantemente, como *cristianos*, al igual que en la Europa moderna las personas serían vistas como *ciudadanos*; análogamente, lo que se llamaría «el mundo civilizado», o «la civilización occidental», se llamó premodernamente *la cristiandad*. Pues bien: desde el siglo XVI surgen con fuerza distintas maneras de entender la fe cristiana: desde las diversas variantes del luteranismo y el calvinismo, más afines a los nuevos tiempos, hasta la definida en el Concilio de Trento

burguesas. Claro que esto no era nada comparado con lo que podía ocurrirle a un artista en un «modo tributario de producción» como el del Imperio ruso. Uno de los mejores pintores rusos del XIX, el siervo Grigori Soroka (sus amigos pintores trataron de comprar su libertad), se suicidó, ya en los años sesenta del siglo XIX, la víspera de que le fuera aplicado un castigo corporal impuesto por el terrateniente.

como propia de la iglesia romana[10]. Y, por causas que no hay que ver sólo como religiosas, Europa se ve envuelta en una larga serie de guerras «de religión»: de guerras cuyos bandos quedaban definidos por la profesión religiosa. Unas guerras terribles, parecidas a las guerras «de limpieza étnica» que han asolado en nuestro propio tiempo los Balcanes (pero no sólo esa geografía), en las que las gentes no pueden elegir bando[11].

Los cambios eran vividos por las gentes como muy rápidos. Las guerras «de religión» y sus desastres volvieron urgente la búsqueda de otros cimientos unificadores ideales, laicos, para la vida en común. La religión ya no servía para unir sino todo lo contrario. Dios muere con la modernidad y su obra, la modernización.

> En el plano estrictamente político (técnico-político) cosas tales como la «alianza del trono y el altar» o la confesionalidad del estado durarían aún mucho tiempo: al menos tanto como las reacciones absolutistas contra la modernidad[12]; pero en el plano político profundo, metainstitucional, y sobre todo en el plano social, las cosas han funcionado de otro modo.

Que Dios «muere» significa que se convierte crecientemente en *una idea muerta*, incapaz de crear tensión moral entre las personas *que cuentan*. Muere, dicho de otro modo, *«el temor de Dios»*. Pero ése es el final de la historia: el presente. En su principio, aquel Dios activo en el Medioevo, cuya Ley escudriñaban los ensotanados funcionarios del iusnaturalismo cristiano, *se oculta*. Deja de manifestarse[13]. Newton, a principios del siglo XVIII, concebía a Dios como un *gran relojero*: un relojero que había dejado dispuesto y en funcionamiento el complicado mecanismo del mundo para que no precisara jamás de su intervención. Los científicos dejan de creer en una Providencia

10. Es inevitable recomendar la obra clásica de Max Weber, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo* [1904] (trad. cast., Península, Barcelona) para el análisis de la relación entre el calvinismo y el *ethos* del capitalismo norteamericano.

11. En las guerras civiles nunca les resulta fácil a las gentes elegir bando; pero es cierto que esa dificultad de elección es más o menos fuerte según los casos. Así, en la guerra civil española la gente estaba a favor de uno u otro bando con independencia del territorio en que viviera, mientras que en las guerras de la antigua Yugoslavia es la «etnia» la que hace amigos y enemigos con independencia de las preferencias personales.

12. En la Constitución española de 1978 hay todavía un residuo de la vieja confesionalidad del estado.

13. Un excelente libro de L. Goldmann, *Le dieu caché* [titulado inverosímilmente en castellano *El hombre y lo absoluto*, Península, Barcelona, 1970], ilustra las angustias de este cambio de concepción del mundo en los ambientes cultos del siglo XVII francés.

responsable de cuanto acaece en el mundo, y creen, si acaso, que aquélla actúa indirectamente, al haber establecido las leyes generales de funcionamiento del universo.

> Otros fueron más lejos: para Juan de la Cruz, Dios era el *incognoscible*, el dios tenebroso e incomprensible, incognoscible y *oculto*, del que en rigor ni siquiera se puede decir que *es*. Pascal, por otra parte, sin atreverse a seguir una vía tan radical, convertía la creencia en una *apuesta*, y la consecución de la fe en un conjunto de prácticas rituales[14] (adelantándose a las técnicas de manipulación psicológica de algunas sectas contemporáneas). Ciertas vías de la espiritualidad resultaron decisivas para la constitución de la *subjetividad moderna* —la línea de Erasmo, o de Juan de la Cruz, o de Lutero.

La oración *mental*, prescindiendo de las palabras pronunciadas ritualmente, no sólo sustraía la práctica religiosa al control sacerdotal sino que rompía el carácter *coral* y colectivo del acto de orar y permitía que adquiriera particularidades subjetivas (por eso la Inquisición española persiguió a sangre y fuego la oración mental)[15]. El movimiento protestante apartó en general el sentimiento religioso del control del clero y lo convirtió en asunto de la conciencia de cada uno, en asunto crecientemente —atención a la palabra— *privado*. La pluralidad de los modos de entender a Dios y la extensión de formas vagarosas de religiosidad, así como la ausencia pura y simple de creencia religiosa en numerosas personas, impedía que la fe siguiera desempeñando la función político-social del período histórico anterior.

La fragmentación religiosa acrecentó conflictos de raíces diversas en las *guerras de religión* que asolaron Europa. Entiéndase bien: la religión no era siempre un elemento decisivo de los conflictos, sino a menudo un mero elemento diferenciador o unificador: así, los anabaptistas de Thomas Münzer perseguían una revolución social, con reparto de los bienes y eliminación física de los poderosos[16]. La gente se veía obligada a observar las prácticas de la religión oficial (de los que mandaban) en el lugar donde vivían (de acuerdo con el principio *cuius regio eius religio*). Por ello mismo la religión —o su vivencia subjetiva, la fe— acabó siendo incapaz de legitimar a la autoridad política.

14. «¿No crees? Mueve los labios, musita las palabras de la oración, y creerás».

15. Así resulta, por ejemplo, del proceso contra María de Cazalla; *vid.* M. Ortega Costa, *Proceso de la Inquisición contra María de Cazalla*, Fundación Universitaria Española, Madrid, 1978.

16. *Vid.* E. Bloch, *Thomas Münzer, teólogo de la revolución*, Ciencia Nueva, Madrid, 1967, o bien la excelente visión novelada del levantamiento anabaptista que aparece en *La obra en negro* de M. Yourcenar.

El obispo Filmer, ya en el siglo XVII, todavía creía posible afirmar la legitimidad del Rey de Inglaterra por el curioso procedimiento de establecer su genealogía hasta el propio Adán ¡siguiendo la línea de la primogenitura! (Locke dedicó el primero de sus *Dos tratados sobre el Gobierno* a criticar a Filmer, lo que significa que la doctrina de éste aún podía seducir). Los filósofos políticos, sin embargo, emprendieron una vía de legitimación de la autoridad completamente distinta de la basada en las creencias religiosas.

La construcción del concepto básico de la modernidad, *la razón* —un concepto indiscutiblemente histórico, pues lo que se designa así son sobre todo las funciones analíticas y calculísticas del entendimiento humano, aunque también la capacidad de plantearse problemas no resolubles por éste—, tiene su origen en el desarrollo renacentista de las ciencias, en particular en los grandes éxitos de los alquimistas y matemáticos árabes, y en los descubrimientos de Galileo, Newton y Leibniz.

En la modernidad la razón sustituye a la fe. En este mundo nuevo más complejo, con incipiente producción industrial, con introducción incoativa de la ciencia en el proceso productivo, las «verdades de razón» producen un deslumbramiento (que tendrá su punto culminante a principios del XIX en el falso concepto de los «juicios sintéticos *a priori*» de Kant) que convierte la capacidad de pensamiento abstracto y la deductividad en autoridad intelectual *y moral* suprema.

Durante algún tiempo el cometa de la razón calculística que promete un mundo feliz recorrerá el firmamento de las ideas: un mundo crecientemente próspero e iluminado, un mundo de *progreso* (aunque esta idea sólo llega a exacerbarse en la época contemporánea); un mundo que se supone organizado *racionalmente*. Ante el altar de *la razón* —nunca quedará del todo claro que se trata sólo de *una* razón, de la *razón burguesa*, abstracta y calculista; de la *lógica* de la producción capitalista— todo será sacrificado: de una parte, las creencias del pasado, los mitos de la etapa *infantil* de la humanidad; de otra, todo lo que signifique una china en las botas de siete leguas del capitalismo moderno.

La *razón* será la encargada de construir una legitimación laica, secularizada, del poder. Los conceptos nuevos (como soberanía, ciudadanía, revolución, etc.) son a menudo conceptos religiosos secularizados.

Lo que se acaba de apuntar abstracta y esquemáticamente es bastante más complejo en el plano histórico. De cualquier modo se debe resaltar el papel históricamente inédito que desempeñan las ciencias

en la época moderna. Pues van a tener una relación directa con el proceso productivo, van a resultar decisivas para la producción.

La ciencia helenística había estado a punto de conseguir algo semejante: sabemos que Arquímedes construyó máquinas de guerra, esto es, que convirtió su saber científico en reglas para la acción: en técnicas, aunque bélicas. También la estatuaria griega le debe mucho a Euclides. Pero de un modo general la ciencia antigua, puramente especulativa, se mantuvo casi enteramente al margen de la producción. No originó sistemáticamente técnicas.

Las ciencias modernas, en cambio, sí han estado vinculadas desde el principio con el proceso productivo. Merece la pena ahora introducir un excurso sobre la naturaleza de las ciencias y sobre el método científico que puede resultar esclarecedor acerca de los problemas del mundo moderno y contemporáneo. Es a la manera de la ciencia, con el uso de la *razón*, como se pretenderá construir el discurso o relato político de la modernidad.

4.2.1. *De la abstracción científica a su traducción en técnicas*

Paradójicamente, no hay ciencia de cosas particulares o concretas: *scientia non est de particularibus* (como se traducía clásicamente al latín un dicho aristotélico). La ciencia no se ocupa de lo concreto, sino de entes abstractos o de razón; avanza *dando rodeos*.

Galileo, por ejemplo, no se ocupa de cómo cae la pelota real con la que juega, la lluvia que le moja, la ropa que viste, etc., sino que para establecer un razonamiento *científico* acerca de la caída de estas cosas concretas ha de elaborar un concepto abstracto, el de *grave* (ente abstracto que se caracteriza *exclusivamente* por caer), prescindiendo de muchas de las cualidades reales de los objetos materiales a los que se puede llamar abstractamente *graves* (por ejemplo, si son seres vivos o minerales, cuál es su materia o su estado, cuáles sus colores...). Para elaborar los conceptos abstractos específicos de su saber cualquier científico ha de adoptar una *perspectiva* o punto de vista selectivo de *un solo aspecto* de la realidad[17]. Por eso las ciencias modernas no se ocupan de los objetos concretos y particulares —los cuales pueden encajar en lo que indirectamente afirman acerca de ellos distintas ciencias—, sino que aquéllas se ocupan de objetos abstractos: en realidad, de *aspectos*, relevantes desde cada una de las *perspectivas* científicas

17. *Vid.* M. Sacristán Luzón, *Introducción a la lógica y al análisis formal*, Ariel, Barcelona, 1964 [reedición, Círculo de Lectores, Barcelona, 1990], especialmente caps. I y II.

(o *puntos de vista* igualmente especializados), de los seres concretos y particulares.

Este hecho, demasiado a menudo descuidado —que las ciencias sólo logran decir algo *necesariamente abstracto* acerca del mundo material, y que éste sólo es accesible al entendimiento fecundo mediante el rodeo de las abstracciones—, ha sido visto por muchos filósofos como un *defecto* de la razón moderna: bien como una insuficiencia de la ciencia, bien como una *insubstancialidad* de ésta. Dejando de lado la última opinión, que sostienen sobre todo pensadores irracionalistas, la idea de *insuficiencia* de la ciencia merece una consideración particular, no tanto desde un punto de vista epistemológico cuanto desde una perspectiva ontológica, relativa a lo que las ciencias *son y hacen*; esto es, teniendo en cuenta sobre todo que en el mundo contemporáneo dan lugar a *tecnologías productivas*.

La *insuficiencia* de las ciencias se percibe con nitidez, justamente, desde este último punto de vista. No se trata de que suministren, con razonamientos o discursos necesariamente abstractos, un saber inesencial o pobre: por el contrario, el saber científico es el más elevado y rico de que dispone la humanidad. Nada nos muestra mejor que las ciencias cómo es el universo. Nada mejor que ellas para comprender cómo puede ser nuestro trato con el mundo. Pero al operar a partir de abstracciones las técnicas científicamente fundamentadas, que manipulan el mundo real y concreto, lo pueden manipular también abstractamente, sin tomar en consideración todos los aspectos de la realidad y sin poder garantizar que no se ha prescindido de algo relevante.

Dicho más llanamente: las ciencias nos proporcionan conocimientos ciertos, confirmados por las técnicas construidas a partir de ellos. Así, si le doy al interruptor, el ordenador arranca, y eso confirma el saber con el que ha sido construido. Pero también puede ocurrir que las técnicas no sepan todo lo que hay que saber sobre los resultados de su aplicación, y resulten técnicas potencialmente malas, *abstractas*.

Así, la física es capaz de suministrarnos hoy un conocimiento sobre el funcionamiento de la materia y de la energía tan preciso que a partir de él podemos disponer de artilugios tecnológicos como las bombas atómicas y las centrales de energía nuclear, capaces de manejar poderosamente el mundo concreto. Pero estas tecnologías científicas padecen la insuficiencia de manejar el mundo abstractamente, esto es, prescindiendo de hechos o aspectos que no han sido tomados en cuenta por las abstracciones científicas en que se basan. Las centrales nucleares son así «buenas» para fabricar electricidad, pero «muy malas» desde el punto de vista de la contaminación multisecular que

originan. O bien —otro ejemplo—: la tecnología genética es capaz de producir «quimeras vivientes», seres vivos no generadas por la naturaleza, pero en cambio no puede predecir las consecuencias de la introducción de tales quimeras en la biosfera...

Hoy sabemos que la ciencia y la tecnología son ambiguas: que nos proporcionan, ciertamente, verdades e instrumentos, pero que tales verdades e instrumentos, aislados en sí mismos, pueden resultar insuficientes y peligrosos para nosotros.

Una razón que fuera más allá de la razón burguesa tendría que hacerse cargo de los espacios intersticiales no contemplados por las distintas ciencias ni visibles desde sus perspectivas especializadas; tendría que ser intersistémica, operando simultáneamente con diversas ciencias, y además originar, sólo y fundamentalmente, tecnologías cautas.

Por recurso a la razón, esto es, a la ciencia y a la técnica, la época moderna ha desarrollado culturalmente, socialmente, una especie de fantasía escatológica de *omnipotencia*. Fantasmagoría que se apoya en que la ciencia y la técnica, aplicadas a la producción de bienes materiales, han permitido un crecimiento económico acelerado sin precedentes en la historia —ciertamente, sólo en el centro del sistema, para una décima parte de la humanidad.

> En realidad la duda ontológica acerca de las ciencias recorre toda la modernidad: se presenta, por ejemplo, en el *Fausto* de Goethe. Por otra parte no está de más señalar que la concepción de la ciencia como saber *público* —y el ideal desinteresado de la libre comunicación científica— coexistió durante bastante tiempo con una tradición hermética, secretista. Esta tradición hermética parece resurgir en el siglo XXI: la introducción de la ciencia en el proceso productivo ha eliminado el rasgo de *búsqueda desinteresada de la verdad* que la ha caracterizado desde el siglo XVIII. La tecnociencia se convierte hoy inmediatamente en un bien de capital. De ahí que se haya llegado al perturbador extremo de que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos haya concedido validez a la *patente de una ecuación matemática*, esto es, a una compleja expresión de un lenguaje altamente refinado, pero resoluble a fin de cuentas en lenguaje común y corriente.

No puede haber análisis crítico de la ciencia y de la técnica si el saber se convierte en secreto. Tomar consciencia de esta cuestión —es decir: rechazar por principio los arcanos, lo secreto— es fundamental a la hora de examinar cualquiera de los aspectos del mundo político-jurídico. Sin embargo ésta no es la única dificultad: las afirmaciones sobre ese mundo se han convertido también en objeto de propaganda, hasta el punto de que un investigador —incluso un simple lector— ha

de ser cauto con sus fuentes de conocimiento, que pueden estar mixtificadas por la ideología o desvirtuadas interesadamente.

4.3. LOS ELEMENTOS DEL RELATO POLÍTICO MODERNO

El pensamiento ilustrado elaboró un relato acerca de la naturaleza del poder político basado no ya en la fe sino en la razón. Un relato que acabó tomando la forma de una especie de teorema, todavía eficaz hoy —pese a que hace aguas por todas partes—, en el sentido de que legitima los sistemas políticos representativos que conocemos.

Este relato o discurso de la modernidad jurídico-política, este conjunto de ideas —aparecidas primero en los libros de los escritores y pensadores ilustrados— tuvo importantes consecuencias en la nueva configuración del estado y del derecho, así como también en la manera de verse a sí mismas las personas. Sus consecuencias todavía nos alcanzan a nosotros, pese a que el mundo está cambiando de un modo que vuelve obsoleto ese discurso.

En la elaboración del relato político se procedió por pasos, con movimientos erróneos, saltos adelante y formulaciones crecientemente perfeccionadas. T. Hobbes —mediado el siglo XVII— pone algunas de sus piezas esenciales (otras son anteriores) aunque con algunas de sus tesis no se construya nada duradero; con Kant, a finales del XVIII, el relato ha quedado completado. En este apartado se va a intentar tanto resumir este mito político de la modernidad cuanto proporcionar algunas claves para la desvelación de sus limitaciones.

Si hubiera que establecer el «vocabulario mínimo» del relato —las palabras *especiales* o tecnificadas indispensables para contarlo—, ese vocabulario constaría de: «individuo», «estado de naturaleza», «esfera pública y esfera privada», «derechos», «ciudadanía», «soberanía», «pueblo», «pacto» y «representación». Entender su función estructural en el relato es indispensable para poder criticar la mitología de la modernidad.

Veámoslo:

4.3.1. *Individuos*

Los *individuos* son el punto de partida de la construcción teorética: los seres humanos son entendidos no ya, por ejemplo, como cristianos, sino como una especie de autómatas programados por igual según unos principios egoístas de perseguir el propio placer y evitar el dolor.

Ésta es una de las aportaciones de Hobbes al relato político moderno: que los seres humanos son autómatas programados con principios egoístas, lo que es muy coherente y realista: es efectivamente así el tipo humano que ha de vivir en concurrencia con otros *propietarios* capitalistas. En lo substancial se va a aceptar la concepción de Hobbes, cuyas características relevantes son dos. En primer lugar, no es preciso recurrir a ninguna fe religiosa para aceptar la noción de «individuo», pues el concepto no es un constructo metafísico. En segundo lugar —y esto es esencial para comprender qué queda fuera del relato político moderno, de qué prescinde este nuevo «saber jurídico-político»—, *el individuo es definido al margen de la sociabilidad.* La sociabilidad será sólo una función accidental de la individualidad, y no un concepto fundamental o primario.

Hobbes señaló que si los hombres *aparecieran en el mundo como hongos* sería fácil poner de manifiesto los principios de programación egoísta que les constituyen como «individuos». Lo cierto, sin embargo, es que los seres humanos no aparecemos en el mundo como hongos, sino que nacemos de mujer, y precisamos, como hemos visto[18], de un largo período de cuidados a cargo de la sociedad preexistente: no sólo cuidados físicos —alimentación, calor, defensa— sino también culturales: enseñanza del habla, del manejo de objetos de la cultura material de la sociedad a que llegamos: en una palabra, de socialización. Que los progenitores de los seres humanos —como los de otros antropoides— experimenten la constricción instintiva o asuman el deber de cuidar de las criaturas humanas e introducirlas en la cultura hasta que pueden valerse por sí muestra que, como cuestión empírica objetiva, la sociabilidad y la consciencia personal del deber son condición de la «individualidad» y no su consecuencia. Ello es así desde estadios de la evolución biológica anteriores al *homo sapiens*.

Surge inevitablemente la pregunta: ¿por qué los modernos han dado por buena una construcción de la individualidad tan contraria a la experiencia? Probablemente por atender a un aspecto menos antropológico y en cambio más histórico de lo empírico: a que los seres humanos funcionales al capitalismo en vías de imponerse (como sistema más capaz de generar riqueza que el feudalismo) eran efectivamente egoístas, perseguían su propio beneficio y evitar las pérdidas, crecientemente ajenos a los valores de la solidaridad social.

Dicho aún de otra manera: los «individuos» extrasociales, esta pieza fundamental del relato político moderno, aunque son un cons-

18. *Vid. supra*, cap. I, 1.2.

tructo ideológico porque para obtenerlo es preciso predicar la irrelevancia de la sociabilidad congénita de los seres humanos, incorporan en cambio muy bien la psicología de los nuevos tipos humanos exigidos por el modo característicamente moderno de producir.

4.3.2. *Estado de naturaleza*

El otro gran invento de Thomas Hobbes es el modelo imaginario de *estado de naturaleza*, retomado como punto de partida por todos los grandes pensadores políticos ilustrados (por Locke, Spinoza, Rousseau, Kant, etc.) aunque dándole rasgos diferentes de los suministrados por Hobbes. El *estado de naturaleza* (llamado a veces *condición natural de la humanidad*) es el constructo abstracto adecuado para dotar de movimiento al *individuo* extrasocial antes descrito.

El *estado de naturaleza* se construye haciendo abstracción —se afirma— de toda *institución política*, imaginando la vida de los «individuos» —tal como han sido definidos precedentemente— en ausencia de todo poder superior, que obviamente sería de índole institucional. En realidad con el concepto de *estado de naturaleza* se describe *una ausencia*; pero lo relevante es el paisaje que sin lo ausente se presenta como visible.

Pues la filosofía política moderna introduce en este *estado de naturaleza*, carente por definición de institución político-jurídica, algunos supuestos hechos que son en realidad *instituciones*. Que sin embargo no son las que resultarían de una investigación empírica[19], sino simplemente las seleccionadas más o menos arbitrariamente por la *razón* burguesa.

En el *estado de naturaleza* prepolítico (no en el de Hobbes, pero sí en el de Locke y en el de Kant) aparecerán instituciones tales como la *propiedad privada*, el *trabajo asalariado* (fruto de un *libre acuerdo* entre individuos), la *acumulación* de propiedades, y también los *contratos desiguales*, esto es, la validez de las obligaciones derivadas de los contratos aunque haya desigualdad entre las partes contratantes.

En la mitología política de la modernidad el *estado de naturaleza* sirve para presentar como *naturales*, por tanto, la propiedad privada, el trabajo asalariado, la acumulación privada de propiedades y los pactos entre desiguales. Como consecuencia de ello también aparecerá naturalizado el *mercado* capitalista. Siendo *naturales*, el artificial poder político no estará legitimado para interferirse en ellos.

19. *Vid. supra*, cap. II, 2.3 y 2.4.

Dicho de otro modo: las *instituciones «naturales»* serán indisponibles para el poder político, tal como éste surge en el relato.

> Resulta complicado resumir los razonamientos mediante los cuales la filosofía política moderna dota de este contenido substancial a la *condición natural de la humanidad* o *estado de naturaleza*. Una condición que, por otra parte, no es descrita con idéntico contenido por los distintos autores, y de la que se da aquí una versión estereotipada, por decirlo así: la versión que resulta de lo aceptado por la corriente de pensamiento principal. El lector hará bien en no contentarse con estas líneas necesariamente breves y recurrir en este punto a la lectura de los clásicos de la filosofía política[20].
>
> En el estado de naturaleza que elabora Hobbes hay gran inseguridad, pues los autómatas egoístas pueden dañarse los unos a los otros y hasta los más fuertes pueden ser víctimas de los débiles, y no hay en cambio institución moderadora alguna (en el relato hobbessiano todas las instituciones y derechos se deben a un poder político absoluto que crean los inseguros autómatas). Pero la línea principal de reflexión filosófico-política no le siguió en esta dirección: se limitó a apoderarse de su noción de estado de naturaleza dándole otro contenido.
>
> Locke usa la noción de *estado de naturaleza* para legitimar en primer lugar la apropiación privada: es legítimo que los individuos se apropien de frutos comunes a toda la humanidad sin esperar al consenso de los demás (o sea, en «estado de naturaleza») siempre que dejen frutos similares suficientes para ellos. También legitima Locke una apropiación (de tierra, por ejemplo) *mayor* que la necesaria para subsistir dando por supuesta la *abundancia* de tierras (en América, dice, escribiendo a finales del XVII). Por último, si el mero *consentimiento* entre dos individuos puede hacer de uno el *asalariado* del otro, que se apropiará del fruto de su trabajo, entonces *acumular sin límites* es también *natural* como cosa que se da en el «estado de naturaleza».
>
> La abstracción del «individuo» y del «estado de naturaleza» posibilita legitimar además todo *pacto* en función de una *declaración de voluntad*, sin entrar en las condiciones de desigualdad que generan la «voluntad» libre de los sujetos débiles, que queda automáticamente supuesta.
>
> Así, la noción de «estado de naturaleza», que se concibe siempre como una hipótesis teorética o de razón para reflexionar sobre el poder político, y no como un estadio histórico empírico concreto, permite que *la razón* legitime las instituciones básicas de la economía capitalista —propiedad acumulable[21], trabajo asalariado y contrato abstracto— *antes de que el poder político o estatal entre en línea de cuenta.*

20. Especialmente recomendable es C. B. Macpherson, *La teoría política del individualismo posesivo* [1962], Trotta, Madrid, 2005.

21. La propiedad acumulable no es exactamente la misma institución que la propiedad que ampara la posesión de pertenencias personales. Esta última no posibilita explotar a nadie, mientras que la propiedad acumulable no sólo lo posibilita sino que lo necesita.

Y el «individuo», como centro de imputación no sólo de la vida, sino de la propiedad acumulable y del contrato, se convierte también en una pieza maestra, básica, del relato político. Entiéndase esto bien: todos los seres humanos podemos considerarnos *individuos* pertenecientes a una especie, y ésta a un género, de lo viviente. Somos entes distintos de los demás. Pero el «individuo» del relato político no es eso, sino una categoría política: es un individuo propietario. Pues se supone que todo individuo puede *acumular* y *vender* sin limitación. Si no puede vender tierras, puede vender el trabajo de sus manos.

Eso significará que para muchas doctrinas políticas modernas el estado, la institución política general de una sociedad determinada, no pueda cuestionar la acumulación de propiedades sin limitación, examinar la validez de contratos entre sujetos fuertemente desiguales o las condiciones del trabajo asalariado: todo eso, según estas doctrinas, es *indisponible* para las personas.

La «naturalizacion» permitió presentar algunos *derechos* (a la vida, a la propiedad acumulable y a enajenar) como un *prius* lógico respecto de la existencia de poder político-jurídico en sentido propio. Se seguirá hablando pues, durante cierto tiempo, de *derechos naturales*. Pero ahora se trata de derechos naturales «de razón» (no dependientes de la fe religiosa), y no ya del *derecho natural* de la escolástica medieval. Los «derechos naturales de razón» aparecen como intocables por el estado, pues se suponen en la «condición natural de la humanidad». La razón de ser de la institución «estado» será mantenerlos. Los derechos a la vida, a la propiedad acumulable y a la capacidad contractual quedan así *naturalizados*. Que el estado se interfiera en ellos aparecerá como *ilegítimo*, esto es, como no conforme al conjunto de creencias sacralizadas *racional*, laica y socialmente acerca de lo aceptable.

> La construcción de las pretensiones básicas de los productores de mercancías como *derechos naturales* resultó eficaz ideológicamente durante el período de capitalismo concurrencial en sentido estricto, anterior a la formación de grandes monopolios y también de grandes «sujetos colectivos». Pero al no tener en cuenta suficientemente esta concepción lo que en realidad se significa con la palabra *derecho* cuando se emplea en sentido subjetivo, como pretensión legítima de un sujeto, el constructo teorético se vio finalmente desbordado, como se verá más adelante.
>
> Aún hoy, sin embargo, las restricciones de uso y disposición estatalmente impuestas a la propiedad de determinados bienes son legitimadas alegando que se trata de una necesidad exigida para la salvaguarda de la propiedad en general, y por lo común implican una compensación para el titular del derecho de propiedad concreto así limitado.

4.3.3. *Las dos «esferas»*

Las nociones de «esfera pública» y «esfera privada» también forman parte del vocabulario básico del mito político moderno. Según el relato político clásico de la modernidad, el conjunto de las relaciones que puede haber entre las personas se diferencia como sigue: o bien se trata de relaciones que implican únicamente a los individuos que entran en ellas, y se tratará entonces de relaciones privadas, o más propiamente de «relaciones de la esfera privada»; o bien se trata de relaciones que implican al conjunto de la colectividad, y se tratará en este caso de relaciones políticas, o de la «esfera pública».

Toda relación social ha de encajar en uno de estos ámbitos (o esferas) *y solamente en uno*. Las dos esferas se hallan estrictamente separadas. El poder político, o la «esfera pública», no debe inmiscuirse en ningún ámbito concreto o particular definido como privado: únicamente puede determinar el marco general de las relaciones privadas, su «orden público», por decirlo así. Y, análogamente, lo privado o particular es afirmado como extrapolítico, como irrelevante para el ámbito de lo público.

Esta estricta separación de *esferas*, de lógica aparentemente correcta, suele ser interpretada también como sigue: hay una serie de relaciones, como las familiares, las de amistad, las económicas, las religiosas, etc., que son propias de los individuos en tanto que «hombres»[22]; lo que hacen en esos ámbitos es asunto exclusivamente suyo, aunque la esfera pública —la esfera en la que se halla el poder político, en definitiva— podrá señalar qué es *impropio* o *ilegal* en ese ámbito privado: podrá organizar las relaciones de parentesco en general, señalar siempre en general las materias excluidas del libre tráfico económico (por ejemplo, ciertas drogas, los órganos de los seres humanos, etc.). En la *esfera privada*, en cambio, hay *desigualdades* entre las personas; *diferencias* de riqueza, de religión, etc.; pero tales diferencias quedan relegadas estrictamente a este ámbito: sólo son relevantes privadamente, a lo sumo, para los individuos concretos que entran en una relación privada particular. Tal es el tenor del *relato* político moderno.

Lo cual significa que lo *público* o *político* es *así* general o común a todos: en la esfera pública *no puede aparecer* un *dominio particular o*

22. El uso de la palabra 'hombres' es el clásico: el patriarcalismo ha penetrado en los usos lingüísticos. Por supuesto, el término habría de ser sustituido por 'seres humanos', 'personas', o algo parecido. Pero entonces estaríamos ya *reformando* el discurso jurídico-político burgués clásico.

de clase; en la esfera pública no hay hombres, sino —como veremos— *ciudadanos*, que son entidades distintas de los hombres. La distinción de esferas significa también que *nada privado puede ser políticamente relevante*; que los individuos particulares, mientras permanezcan en la esfera privada, carecen de poder sobre los asuntos de la colectividad. En la esfera privada no hay ciudadanos, sino «hombres» —en el sentido de individuos, tal como los hemos visto definidos anteriormente—. *Lo privado es* —en este discurso— *apolítico*.

Recuérdese que se está describiendo un discurso, un relato. Aunque se trate de uno lleno de consecuencias para las vidas de las personas.

4.3.4. *La soberanía*

La idea de *soberanía* es originariamente pre-moderna, feudal. Fue acuñada para designar un rasgo de los reinos medievales nuevos que nacían sin reconocer dependencia ninguna del papado o del Imperio romano-germánico. Se decía que tales reinos eran soberanos como *non superiores recognoscentes*, por no admitir poder alguno superior a ellos. En realidad la soberanía se predicó inicialmente de los reyes, los *soberanos*. La soberanía tiende a referirse a dos rasgos del poder: a su supremacía, como queda dicho, pero también, aunque no siempre claramente, a su legitimidad.

Esta soberanía original, feudal, se refiere a un *poder indiferenciado*. El soberano no es solamente lo que en el lenguaje moderno llamamos un poder *político*, sino que es también y al mismo tiempo, en el mundo feudal, un poder *económico* y un poder *cultural*, ideológico (religioso), en una sola pieza. Pues el mundo feudal no conoce propiamente una diferenciación de ámbitos o esferas.

Cuando esta diferenciación surja se atribuirá *soberanía* sólo al aspecto político del poder, al que se halla en la esfera pública. El poder económico, por ejemplo, en la esfera privada, carecerá de soberanía: siempre según el relato, se encontrará sometido a las normas del poder soberano.

Como cuestión empírica y para la mayoría de los estados, durante todo el período del capitalismo concurrencial el poder político público ha sido superior como poder a los «poderes económicos» de la esfera privada. No se discute aquí que éstos influyeran sobre aquél: simplemente se señala que la idea de un poder político soberano ha sido aceptable como verosímil durante largo tiempo y en la parte del mundo significativa para nosotros, en nuestra tradición sociopolítica.

«Soberanía», pues, pasó de expresar la independencia o supremacía de los monarcas absolutos a referirse a la independencia o supremacía de los reinos o estados. Con el predominio creciente del capitalismo la «soberanía» empezó a ser afirmada exclusivamente del lado político del poder: el estatal. Y con las revoluciones políticas burguesas empezó a afirmarse, finalmente, que el titular de la «soberanía» no es directamente el poder regio ni el poder instituido del estado, sino el «pueblo» (el conjunto de las gentes, con ciertas restricciones). Las constituciones actuales aún suelen recoger con gran énfasis este postulado del relato político moderno.

Dicho de otra manera: la incorporación del concepto premoderno de soberanía al relato político de la modernidad exige circunscribirlo exclusivamente a la «esfera pública». Y una vez allí, cuando el movimiento social histórico echa por tierra las monarquías absolutistas, el concepto de soberanía sirve para sentar el principio de que no hay poder político alguno (ningún poder que imponga su voluntad a la colectividad) por encima del conjunto de los ciudadanos[23].

4.3.5. *Los ciudadanos y sus derechos políticos*

En la «esfera pública» los seres humanos no serán «individuos», como en la privada, sino *ciudadanos*. Un ciudadano no es exactamente un ser humano. Ni siquiera un ser humano dotado de derechos políticos, como a veces se supone ingenuamente. Se trata de un concepto complejo —el de ciudadano—que sólo funciona dentro del relato político moderno. Para comprender el significado de esta noción capital del pensamiento político quizá lo más eficaz sea partir de un concepto extrapolítico, como puede ser la idea de *población* tal como existe empíricamente.

Los seres humanos de una población cualquiera son siempre distintos los unos de los otros: están cargados de cualidades. Algunas son físicas, como el sexo o la raza; otras son socioculturales, como sus conocimientos, su lengua, etc.; otras, socioeconómicas: son empresarios o asalariados, campesinos o urbanitas, o fresadores, carpinteros, médicos, parados, etc. Pues bien: la primera de las dos operaciones necesarias para concebir a los miembros de la población como ciudadanos consiste en prescindir de todas estas cualidades físicas y sociales suyas. Aunque todos los seres humanos son diferentes, todos los ciudadanos son (en el relato político) *iguales*. El primer paso para

23. Para las patologías de la noción de soberanía en nuestro propio tiempo puede verse mi trabajo *Los ciudadanos siervos*, Trotta, Madrid, ³2007.

alcanzar esa igualdad consiste en hacer abstracción de sus características reales; en quitárselas. Por supuesto, hacerlo mentalmente es fácil. Para que además la realidad política se acomode a la teoría es preciso también que *funcionalmente* —esto es, en sus actuaciones políticas— los ciudadanos no puedan valerse de ninguna de las cualidades que poseen fuera de la esfera pública (que poseen materialmente).

Tras esta primera operación de despojamiento intelectual, de privación de sus cualidades como seres humanos, para asumir el papel de ciudadanos —con la condición adicional de que ese *papel* no puede aceptar, por definición, la menor intromisión de tales rasgos empíricos— se precisa una segunda operación que no se realiza con todo el conjunto de la población: la operación de dotar a estos seres sin cualidades de un revestimiento de *derechos*: justamente, *los derechos de los ciudadanos*, o *derechos políticos*.

Por *derechos políticos* se ha entendido un conjunto de «libertades» —de pensamiento o de conciencia, de expresión, de reunión, de asociación, especificándose a veces alguna más— y de «derechos y garantías» —derecho a no ser detenido sino en la forma legal, derechos relativos a la inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones, etc.— que culminan en el esencial derecho al voto. Derechos y libertades que asumen justamente esta forma, que se analizará en seguida, de *derechos*.

Pues bien: para ser ciudadanos los seres humanos ya despojados de cualidades se revisten de iguales derechos. De este modo se presentan como *iguales*. Pues han perdido por una parte las cualidades que les diferenciaban como particulares, en la esfera privada, y ahora, en la pública, todos están igualmente revestidos de los mismos derechos.

Por eso el voto de cada uno es *igual*. Cuenta como uno[24].

Sin embargo, no le son atribuidos los derechos de ciudadanía a toda la población, como categoría sociológica, empírica. Las mujeres fueron privadas del fundamental derecho de voto durante mucho tiempo. Y a las personas de diversas categorías sociales —extranjeros, gentes de ciertas razas, analfabetos, inmigrantes o simplemente trabajadores— les fueron negadas muchas veces, como cuestión de hecho o de derecho, los derechos de la ciudadanía[25].

Que las pretensiones políticas básicas se configuren precisamente como *derechos* presenta un problema que exige un excurso particular.

24. Otra cosa es que cada voto-unidad sea igualmente determinante para la representación política. Los sistemas electorales son determinantes a la hora de establecer el peso relativo de cada voto-unidad.

25. *Vid. infra*, cap. V.

4.3.5.1. La paradoja de los derechos de ciudadanía

¿Qué se significa exactamente al decir de alguien que tiene un *derecho*? Obviamente, que está *legitimado* para exigir de los demás el cumplimiento de un *deber* determinado a su respecto. *'Legitimado'* tiene a su vez un significado doble. Por una parte, que la pretensión que configura lo que suele llamarse ambiguamente *el contenido* del derecho es una pretensión reconocida como valiosa, que la rodea el aura ideológica de lo públicamente sacralizado (la sacralización y el reconocimiento modernos lo constituye precisamente la sacralización jurídica). 'Legitimado' significa «acorazado ideológicamente». Por otra parte 'legitimado' significa también una *efectiva* exigibilidad del «contenido» del derecho, esto es: que cabe recurrir al estado para que éste, por medio de su coerción, exija a quien corresponda el cumplimiento del *deber* ajeno que constituye el «contenido» de tal derecho.

En otras palabras: nadie tiene un derecho, una pretensión *legítima*, si alguien distinto de él no tiene un deber cuyo cumplimiento es exigible ante el estado, deber que constituye, precisamente, el *contenido* del derecho en cuestión. Por otra parte, que la tutela de la exigibilidad de ese deber asuma precisamente la forma de un *derecho* —y no otra menos determinada, como podría ser la de un *interés* legítimo, por ejemplo— significa que a tal exigibilidad se le presta, por decirlo así, una coraza ideológica fuerte (o, por expresarlo en términos relativos, más fuerte que lo que se configura como mero *interés legítimo*, como simple *expectativa* de derecho o siquiera como pretensión no especialmente legitimada).

Estamos ahora en condiciones de apuntar *la paradoja de los derechos de ciudadanía*. Cualquiera de ellos —por ejemplo, el derecho al voto, o la libertad de asociación—, además de quedar acorazado en el ámbito ideológico por su mero reconocimiento, por figurar en un texto constitucional, implica la existencia en alguna parte de un *deber*, esto es: implica que alguien —distinto del ciudadano titular del derecho— tiene un *deber* que constituye el *contenido* de tal derecho.

¿Quién tiene los deberes correspondientes a los derechos de ciudadanía? Por supuesto, todos los demás ciudadanos: nadie puede oponerse legítimamente a quien quiera ejercitar sus propios derechos; pero, sobre todo —y esto es lo esencial— quien tiene tales deberes es *el estado*: es ante todo el estado quien carga con el deber de no interferirse en el ejercicio de los derechos de los ciudadanos.

Pero ¿y si lo hace? Esto es: en el supuesto de que sea el propio estado —y no una mera autoridad o funcionario suyos— quien falte a

su *deber* de no interferencia, ¿ante quién cabe recurrir jurídicamente para hacer valer el derecho? ¿Ante el estado mismo?

He aquí la paradoja: los derechos de ciudadanía, en lo esencial, carecen de garantía sólida tal como están configurados hoy. Si el estado decide prescindir de lo que pasa por forma democrática de legitimación del poder los derechos de ciudadanía quedan enteramente vaciados de contenido (y también vale el movimiento contrario: si los derechos de ciudadanía se van vaciando de contenido se prescinde gradualmente de lo que suele llamarse forma democrática de legitimación del poder).

Sin necesidad de recurrir a un caso tan extremo como que el estado prescinda de alguna fórmula democrática, la paradoja se da también agudamente. Pues la tutela de los derechos está siempre a cargo de la institución estatal de la magistratura. Si ésta no es capaz de enjuiciar con independencia real *y a tiempo*, la garantía de los derechos se convierte también en papel mojado.

> Veremos más adelante, al hablar del modelo intervencionista de estado, que a éste le corresponderá también el deber de hacer posibles otros derechos: los llamados derechos de segunda y tercera generación. Pero de momento no nos ocuparemos de esto, que corresponde a una primera modificación del discurso político de la modernidad.

4.3.6. *El «pueblo» y el pacto político hipotético*

El de «pueblo» no es un concepto empírico en el relato político: no es algo así como «la población» (de un país). El «pueblo» del relato político es más bien el conjunto de esos entes abstractos que son los ciudadanos. No toda la población está dotada de ciudadanía efectiva. Así, no son ciudadanos los «menores». El concepto de menor es cambiante —en el tiempo y por diferentes grupos sociales— y, sobre todo, es un concepto político.

> La *mayoría de edad* es uno de los puntos donde la dogmática jurídica enseña su oreja clasista, pues tiende a hablar abstractamente de mayoría y minoría de edad, cuando las sucesivas mayorías de edad —laboral, penal, civil y política, por limitarnos a éstas— son distintas. Las personas somos consideradas *mayores* (en la esfera privada) para trabajar mucho antes que (en la esfera pública) para *votar*. Y la cosa no termina aquí: en la esfera privada las personas son consideradas con edad suficiente para trabajar antes de que la tengan para ejercer por sí mismos los derechos relativos a la gestión de su patrimonio. Dado que las personas de las clases trabajadoras no suelen tener patrimonios

> que administrar (poseen simples peculios), esta diferencia es una de las manifestaciones explícitas de las diferencias de clase en el derecho que se presenta como *igual para todos*. En la esfera pública, por otra parte, las personas pueden ser tratadas penalmente como mayores de edad antes de que lo sean políticamente. Y eso por no hablar de temas complicados, como la mayoría de edad sexual o el *final* empírico, de hecho, de la autonomía jurídico-política de las personas, cuando al alcanzar una edad muy avanzada o al enfermar, o por tratarse de personas dependientes por alguna discapacitación física, suelen verse materialmente impedidas de ejercer unos derechos que legalmente conservan.

Tampoco tienen derechos de ciudadanía los trabajadores extranjeros, por más que su presencia masiva haya sido una necesidad característica en las distintas etapas de crecimiento económico capitalista. Y, sobre todo, hasta muy adelantado el siglo XX ha carecido del estatuto de ciudadanía una «mitad» de la población: las personas de sexo femenino. El «pueblo», a lo largo de la historia de los sistemas representativos, hasta el presente, ha sido sólo un fragmento muy pequeño de la *población*. De modo que la ciudadanía puede ser construida por los sistemas políticos de manera excluyente o más o menos incluyente.

> En algunos sistemas políticos y durante la fase inicial del sistema representativo, el pueblo ha sido numéricamente muchísimo más pequeño que la población: la exclusión de mujeres, extranjeros y menores de los derechos que configuran la ciudadanía no ha sido ni mucho menos la única que se puede mencionar. Durante mucho tiempo el ejercicio del derecho al voto estuvo vinculado al *pago de impuestos* sobre la propiedad en numerosos países en los que eso era un requisito previo para poder votar, con lo que se excluía del voto a los trabajadores —o, en Norteamérica, a los afroamericanos y por supuesto a los indios nativos—. Otro sistema de exclusión fue el que limitaba la condición de ciudadano a los cabezas de familia. Y otro, en fin, el que exigía la posesión de bienes de cultura, como saber leer y escribir —bienes de los que quedaron excluidos la clase de los trabajadores y también buena parte de las mujeres hasta bien entrado el siglo XX—, para poder depositar el voto.
>
> Filósofos políticos que hoy pasan por demócratas avanzados fueron en su tiempo fuertemente hostiles al sufragio de los estratos inferiores de la población; así, Stuart Mill creía que el sufragio universal masculino podía significar una tensión demasiado fuerte para el mantenimiento del sistema de gobierno representativo. Una parte importante de la historia de los siglos XIX y XX la ocupa la lucha de distintos sectores sociales por la conquista de derechos políticos.

Un paso o concepto fundamental de la filosofía política moderna es el relativo a un hipotético *pacto originario* para «salir» del *estado de naturaleza* y «entrar» en la *sociedad política*. Rousseau lo llamará *el Contrato Social*.

El *pacto* es sólo hipotético, como el estado de naturaleza: la doctrina no implica que tal pacto se haya dado empírica o históricamente. Se trata de un mero paso lógico necesario del relato político. Que quienes pacten (teóricamente) sean los ciudadanos o simplemente los individuos depende del contenido que se haya dado previamente al *estado de naturaleza* en las diferentes posiciones filosóficas.

Lo fundamental del *pacto* es que establece el carácter *convencional* y autofundamentado del moderno estado representativo. Nada sostiene la legitimidad del poder político, nada sostiene la ciudadanía, la «igualdad política», la democracia misma, fuera de la mera *convención*[26], esto es, de la voluntad compartida de las gentes.

4.3.7. *La «voluntad general» y la «representación»*

Volvamos al «pueblo». Ese «pueblo» que históricamente ha significado sólo una parte de la población es considerado titular del poder soberano, naturalmente, siempre que lo ejerza como tal «pueblo político», esto es, fundamentalmente *votando*[27].

Ahora bien: para los asuntos públicos de un estado es difícil que pueda darse un proceso de ejercicio *directo* del poder soberano, al menos si se entiende tal ejercicio directo en sentido propio. No es fácil —ni está al abrigo de la demagogia—, incluso en nuestros tiempos contemporáneos de grandes posibilidades abiertas por la informática, someter la decisión de todos los asuntos de la esfera pública *directamente* al pueblo de los ciudadanos. Por eso se recurre a diversos procedimientos de *delegación* de la voluntad popular.

> A veces se afirma ingenuamente que los sistemas informáticos permitirían a toda la población tomar diariamente decisiones políticas con la misma facilidad con que se consulta un saldo bancario. Esta afirmación pasa por alto la diferencia entre contestar preguntas y plantearlas. Quien plantea las cuestiones políticas determina en gran medida el ámbito de lo relevante e incluso en buena medida las respuestas posibles. Por ejemplo: si a unos estudiantes de bachillerato se les pregunta si están a favor de la pena de muerte en delitos «muy graves» de narcotráfico probablemente la mayoría responderá a la cuestión en sentido afirmativo. Si en cambio se les plantea una pregunta acerca de un sistema represivo coherente, que vaya desde la pena de muerte por los grandes delitos de narcotráfico, pase por las mutilaciones a los ladrones y causantes de accidentes de tráfico y llegue a los castigos corporales en la escuela para los malos estudiantes, es posible que su toma de posición sea algo más meditada.

26. *Vid.* P. Barcellona, *Postmodernidad y comunidad. El regreso de la vinculación social*, Trotta, Madrid, ²1996.

27. Y también cumpliendo los ciudadanos obligaciones públicas, como los deberes fiscales, la prestación personal de un servicio de armas o civil, actuar como jurado u otros deberes públicos.

Para instrumentar la delegación popular se puede adoptar un sistema de mandatarios o un sistema de representación. E incluso se puede prescindir de mandato y representación e instituir delegados por sorteo. En un sistema de mandatarios los titulares de la soberanía o mandantes instruyen a sus delegados acerca de su voluntad y pueden exigir la responsabilidad de los mandatarios, incluso revocándolos, si al actuar en su nombre se apartan de la voluntad manifestada. En un sistema de representantes los titulares de la soberanía la delegan incondicionalmente por un tiempo determinado. Un sistema mixto podría ser el de la elección de representantes responsables, esto es, susceptibles de ser revocados por procedimientos practicables por los ciudadanos.

> Siempre se ha impuesto el sistema de la representación sin responsabilidad (en el que los elegidos no quedan vinculados a los electores). El mandato imperativo, que ataría corto a los delegados del pueblo, es visto con desconfianza por los políticos profesionales: nunca se ha experimentado seria o duraderamente (la Constitución española de 1978 llega a prohibir expresamente el sistema).

La función formal de la ciudadanía o pueblo soberano queda limitada en la práctica a la elección de «representantes» políticos. Como es imposible lograr la unanimidad del pueblo o «voluntad de todos», se supone que a través de los sistemas electorales, con la participación de cuantos quieran hacerlo, se forman *mayorías*, renovables y susceptibles de modificación, que constituyen lo más aproximado formalmente a la «voluntad de todos»; esas *mayorías* determinan lo que en la terminología heredada de Rousseau se llama *voluntad general*.

Las leyes, decididas por los representantes políticos, son en el relato producto de esa *voluntad general*. De este modo se supone realizado el ideal político moderno, que en palabras procedentes de Rousseau puede expresarse como sigue: *que el hombre, al obedecer a la ley, no haga otra cosa que obedecerse a sí mismo como ciudadano* (en las condiciones que impone la vida en sociedad).

Quedan fuera de este «vocabulario mínimo» del relato político moderno algunas cuestiones importantes. Por ejemplo, los partidos políticos, entendidos como instituciones de intermediación entre ciudadanos y los poderes del estado. Rousseau consideraba que debían ser prohibidos, al enturbiar la relación entre representantes y ciudadanos. No comprendía que la fragmentación de la sociedad y sus divisiones internas no pueden obviarse sin más en la esfera pública.

Resulta instructivo analizar los errores de los grandes pensadores políticos, como éste, de Rousseau, o el notabilísimo miedo de Hobbes, cuyo filosofar concluye presentando como necesario al monarca absoluto (aunque legitimado por principios «de razón»). Se trata, en ambos casos, de una percepción insuficiente de las consecuencias de la estructura clasista de la sociedad. Hobbes teme que el sistema político no resista las elecciones periódicas porque sólo ve la agonística concurrencia capitalista y no la solidaridad básica de la clase burguesa frente a las demás; Rousseau no percibe que los partidos son inevitables —subsisten en formas resistenciales cuando están prohibidos— porque los genera la diversidad de las posiciones de clase (u otras contraposiciones básicas) en el ámbito prepolítico.

No se ha hablado aquí de los «sistemas políticos» en sentido estricto, diseñados en lo fundamental, en línea de principio, por Locke y Montesquieu. Como se verá en seguida, tales sistemas se organizan según la metáfora, muy de época, de los artificios mecánicos, de relojería: como sistemas de «pesos y contrapesos». Las funciones de poder de los monarcas absolutos se distribuyen entre instituciones distintas: un poder *legislativo* —emanado de la soberanía popular— que suele depositarse en un parlamento uni o bicameral, o a veces —en los sistemas llamados «presidencialistas»— conjuntamente en un parlamento y un jefe del estado con derecho de veto recíproco; un poder *ejecutivo* o de gobierno; y un poder *judicial* o magistratura supuestamente independiente. Los tres «poderes» quedan separados por atribuirse a diferentes instituciones estatales y relacionarse con la «soberanía popular» de modos distintos.

4.4. RAZÓN *VERSUS* CONVENCIÓN

Volvamos ahora al *pacto* de la doctrina política moderna, que merece ser contemplado desde varios puntos de vista.

En primer lugar, la convención o pacto, sin la cual el discurso político moderno carece de acabamiento, es una necesidad *lógica* de ese mismo discurso. Aceptada la noción de pacto, resulta que toda institucionalización puede ser *convencional*, fruto del acuerdo entre seres humanos. La ley, convencional, se vuelve *disponible*. Disponible como lo había sido para los atenienses, aunque ahora en sociedades más complejas.

Hay, por decirlo así, un hiato o una ambigüedad en el discurso jurídico-político de la modernidad: de un lado no puede menos que desembocar en la apertura democrática, en el carácter convencional y humano de las leyes; de otro, pretende sustraer a esta misma convención la propiedad acumulable y el contrato de trabajo, naturalizándolos.

Esta ambigüedad o hiato del relato político moderno nunca queda resuelta, pero sí va a dificultar la percepción por las gentes del carácter convencional de la ley moderna. Los sistemas políticos reales construidos de acuerdo con ese relato político tenderán a *naturalizar* las cambiantes exigencias productivas de la propiedad acumulable, esto es, del capital, sustrayéndolas al ámbito de la ley convencional.

Por otra parte es preciso poner de manifiesto el *formalismo* de la *democracia representativa*. La materialización del ideal democrático aparece en esta doctrina o relato como una consecuencia lógica del pacto hipotético y de los derechos políticos: *hay* «democracia» si hay «pacto entre iguales» o «derechos de los ciudadanos», y *no la hay* en caso contrario. Pero que el asunto de la democracia quede planteado así, como una cuestión de *sí* o *no*, convierte en irrelevantes, a efectos de determinar si en un sistema dado hay democracia, cuestiones tales como que haya o no voto femenino, o voto de los inmigrantes, o compensaciones para los discapacitados, pues el sistema aparecerá como *una democracia* en cualquier caso.

Dicho de otro modo: esta concepción tiene la consecuencia de tratar necesariamente de una manera formal o abstracta, hasta idealista, la cuestión de la materialización del ideal democrático. Se entra en la lógica del *como si*. La democracia se convierte en un conjunto de normas procedimentales para llegar a decisiones legítimas y sólo en eso. Lo que impide ver la democratización como un *proceso*, con avances y regresiones, de distribución efectiva del poder entre el pueblo. Es *como si* el poder estuviera ya distribuido.

En segundo lugar, la convencionalidad presenta los sistemas representativos modernos como substancialmente diferentes de los antiguos. La democracia ateniense de la época clásica no se basaba únicamente en convenciones, sino también en instituciones como las educativas y las militares —educación para ser ciudadano y para defender a la colectividad— que implicaban unos *deberes* y una *cultura* sociales precisos. En los sistemas modernos los *deberes* sociales aparecen como una consecuencia de los derechos y no como su condición previa. La convencionalidad de los sistemas «democráticos» modernos (y contemporáneos) hace depender su propio mantenimiento de la capacidad de convicción que tenga, como legitimador, *el discurso*

de la igualdad política abstracta para las gentes. La supervivencia del sistema depende —para esta filosofía política— de la hegemonía del discurso democrático mismo (su aceptación como propio por una mayoría de personas muy amplia).

Como se verá, tal capacidad de convicción está amenazada en nuestro propio tiempo por discursos legitimatorios regresivos, como el del fundamentalismo islámico o católico, en ciertas sociedades; o por discursos autoritario-futuristas, como el de la eficacia tecnoproductiva; o por la mera repetición incesante de mentiras calculadas por los medios de comunicación de masas. Sin embargo, ante todo la capacidad de convicción del relato político moderno está amenazada también por su propia inconsistencia interna.

Capítulo V

LA INSTITUCIONALIZACIÓN JURÍDICO-POLÍTICA MODERNA: EL ESTADO REPRESENTATIVO

SUMARIO: 5.1. Entre el «estado gendarme» y el «doble estado». 5.1.1. El sistema representativo. 5.1.1.1. Federalismo *versus* unitarismo. 5.1.2. La organización del estado moderno. 5.1.2.1. Implantación territorial. 5.1.2.2. Funcionariado. 5.1.2.3. Personalidad jurídica del estado. 5.1.3. Las funciones del estado moderno. 5.2. El derecho moderno. 5.2.1. «Orden público» y autonomía normativa de los sujetos privados. 5.2.1.1. La ley codificada. 5.2.1.2. El sistema de tribunales. 5.2.1.3. La supuesta autonomía del derecho moderno. 5.3. La lucha contra las inmunidades del poder. 5.3.1. La idea de estado de derecho. 5.4. Los juristas en la sociedad concurrencial.

5.1. ENTRE EL «ESTADO GENDARME» Y EL «DOBLE ESTADO»

Las doctrinas jurídicas tradicionales hablarían, llegados a este punto, del «estado liberal» (o burgués) clásico. Examinarían la organización del poder político moderno, de acuerdo con los principios de la razón política ilustrada, a través de una evolución democratizadora, como en Gran Bretaña, de la traumática historia de la revolución burguesa, como en Francia, o según experiencias intrincadas, como en Alemania, Italia o España. Pero resulta imposible hablar directa y seriamente de algo que en puridad no se ha dado nunca. El «estado liberal» es un modelo, pero apenas llegó a existir nada que se pareciera realmente a él.

Hay un *modelo* de «estado liberal» que idealiza una experiencia histórica más bien efímera, y limitada sobre todo a Francia y Gran Bretaña. 'Idealiza' significa aquí, muy precisamente, que el dibujo de

ese «estado liberal» modélico ha de prescindir de muchos datos históricos de gran relevancia política y jurídica para que sea, precisamente, «modélico». Que las mujeres sólo lograran el derecho al voto en el siglo XX en la mayoría de los sistemas políticos puede dar una idea más precisa del grado de democratización de unos estados que, por otra parte, encabezaron imperios coloniales inmensos a los que nunca viajaba la democratización.

Afirmar que el estado liberal, modélico, materialización de las ideas ilustradas —el llamado también estado policía, o estado-gendarme, que deja hacer y se limita a velar por el orden público—, apenas ha existido puede parecer extraño. Sin embargo con esta afirmación se pretende evitar las imágenes idílicas y consiguientemente engañosas del modelo de estado de la época ya lejana del capitalismo concurrencial. Las razones para hacerlo se argumentarán a continuación.

La historia de las luchas sociales modernas puede ser vista, según se ha indicado ya, como la historia de una lucha de conquista de *derechos* por parte de los sectores sociales excluidos de ellos. Los trabajadores asalariados de la industria y de los servicios, las mujeres, los jóvenes, los campesinos, los negros e indios en Norteamérica, y los inmigrantes, casi nunca obtuvieron sin más, a diferencia de las clases propietarias y sus allegados, los derechos de la ciudadanía. Y este hecho, que recorre la historia del estado moderno, no sólo no puede ser ignorado sino que tiene una contrapartida muy a menudo descuidada, que va desde la represión violenta de las demandas y los movimientos sociales a la ilegalización frecuente y periódica de las asociaciones, partidos, sindicatos y demás organizaciones de las clases populares. Eso por no hablar de los regímenes dictatoriales que, contrarrevoluciones o elecciones mediante, además de negar derechos, han causado muertes y sufrimientos incontables para defender en una u otra estructura estatal las relaciones productivas existentes.

Dicho en otras palabras: los principios de la Ilustración política sólo se han realizado deficiente e intermitentemente. La libertad «liberal» en realidad ha sido por una parte un hermoso ideal, pero por otra una falsa ilusión: nunca ha inspirado permanentemente una cultura política consecuente con ella a quienes tenían el poder.

Se debe recordar que el «estado liberal» es responsable de matanzas como las que siguieron a la Comuna de París o a la «Semana Trágica» barcelonesa, por poner ejemplos cercanos; que bajo su dominio se han perpetrado incontables crímenes de estado, como los asesinatos de Rosa Luxemburg y Karl Liebneck, de Jean Jaurès, Sacco y Vanzetti o Salvador Seguí, por señalar sólo algunos de los que figuran en los manuales de historia.

Por otra parte el «estado liberal» ha asumido con frecuencia las características de un «doble estado»[1], esto es: de un estado que por una parte reviste las apariencias externas del modelo ilustrado pero que, por otra, dispone de una reserva de dominio político excepcional, al margen de tal modelo, que puede emplear en caso de emergencia.

Así, los Estados Unidos de Norteamérica no vacilaron en otorgar poder político a grandes empresas privadas, poniendo unidades militares estrictamente a las órdenes de sus directivos; por ejemplo, los de las empresas mineras y ferroviarias, en el último caso para combatir a los amerindios nativos y expulsarles de las tierras que ocupaban inmemorialmente en beneficio de colonos inmigrantes[2]. La democracia norteamericana no permitía que los indígenas nativos tuvieran no ya derechos políticos, sino siquiera el derecho de propiedad. Los indígenas no podían ser propietarios de tierras ni cuando les hubiera correspondido ese derecho no ya en la forma tradicional de sus propios sistemas normativos sino incluso cuando procedía por matrimonio o por herencia de un colonizador anglo[3]. El «doble estado» es eso y cosas como ésas: un rasero jurídico distinto para «amigos» y «enemigos», monopolizando el poder estatal la decisión acerca de quién es «amigo».

En España, el estado gendarme de la primera restauración borbónica era tan débil que el poder civil —basado en la ficción electoral del *caciquismo*[4], el sistema de compra o corrupción del voto a unos ciudadanos más imaginarios que reales— fue duplicado por un poder militar (alcalde/guardia civil, gobernador civil/gobernador militar, con el añadido de una organización del ejército por virreinatos o capitanías regionales y no por divisiones logísticas), coordinado desde el entorno del rey, que podía sustituir al poder civil pseudorrepresentativo cuando éste pareciera incapaz de mantener el dominio del estado[5]. Dicho de otro modo: se trataba de un poder civil tutelado militarmente.

Se debe tener en cuenta, por último, que ya en el siglo XIX en algunos países, y sobre todo en el siglo XX, el estado gendarme ex-

1. La expresión proviene del jurista alemán antinazi Ernst Fraenkel (1898-1975), quien, en su exilio norteamericano, publicó un libro titulado *The Dual State* [1941].
2. *Vid.* A. Wolfe, *Los límites de la legitimidad* [1977], Siglo XXI, Madrid, 1980.
3. *Vid.* D. Losurdo, *La contrahistoria del liberalismo*, El Viejo Topo, Barcelona, 2005, en especial pp. 11-73.
4. Las palabras *cacique*, *guerrilla*, *esquirol* y *liberal* constituyen la aportación española al vocabulario político internacional. El caciquismo subsiste casi intacto en Galicia, bajo la forma de un sistema de tráfico de favores.
5. *Vid.* J. Lleixà, *Cien años de militarismo en España*, Anagrama, Barcelona, 1986.

perimenta un largo proceso de mestizaje e hibridación tanto para hacer frente a las demandas del movimiento obrero como para hacerse compatible con las exigencias de las nuevas formas monopolistas del capital, con el surgimiento de grandes empresas ante las que no cabe concurrencia real.

El proceso desemboca en un modelo estatal distinto, que recibe los nombres de estado intervencionista, estado asistencial o (muy propagandística e ideológicamente) «estado del bienestar». A este otro modelo, el del estado intervencionista, se aludirá principalmente más adelante.

Sólo con estas reservas puede hablarse de un «estado liberal» y de su derecho sin falsear excesivamente las cosas.

5.1.1. *El sistema representativo*

El estado característicamente moderno, correspondiente a la fase concurrencial del capitalismo[6], adopta como normal alguna de las formas políticas correspondientes al sistema representativo.

Crea además grandes cuerpos burocráticos o administrativos adecuados a las funciones que ha de desempeñar. En particular, crea un poder judicial o sistema de tribunales. Que se presentan como independientes *por hipótesis* del poder legislativo, del gobierno, y de los *lobbys* sociales.

El estado representativo asume tareas más complejas que las que tenía el poder del soberano absoluto en la fase anterior. Origina cuerpos legales modernos, es decir, la base del *derecho* en el sentido actual de la palabra.

A propósito de este mismo estado y de su derecho, veremos que se produce cierta lucha contra las inmunidades del poder. En el sistema representativo las fuerzas «jacobinas» tratan de llevar los ideales rousseaunianos hasta sus últimas consecuencias con el concepto de «estado de derecho», o con la idea de que las leyes gobiernan por encima de cualquier persona y vinculan a todos. Esta lucha cosecha ciertos avances pero se salda, como era previsible, en un fracaso estrepitoso.

La caracterización del estado moderno, o estado del capitalismo concurrencial, por sus formas políticas «normales» (representativas)

6. Las expresiones 'fase concurrencial del capitalismo' o 'capitalismo concurrencial' se emplean en este libro para designar la fase en que no hay grandes diferencias de dimensiones entre la generalidad de las empresas, esto es, la fase histórica anterior a la constitución de monopolios u oligopolios privados.

no está enteramente justificada. El estado del capitalismo concurrencial ha adoptado, como se ha dicho, formas dictatoriales en alguna etapa de su historia en numerosos países; y la forma representativa, por su parte, nunca ha caracterizado al gobierno de las colonias. Pero lo cierto es que la forma representativa, más o menos vaciada de su contenido democratizador, ha sido históricamente el polo de atracción al que regresan los regímenes políticos tras sus desembridadas derivas autoritarias.

Probablemente lo que mejor distingue al estado moderno son sus funciones y sus aparatos operativos —más que las formas políticas y la legitimación democrática—. Una prueba de que funciones y aparatos constituyen el núcleo del estado moderno es que cuando éste adopta sistemas políticos y de legitimación de tipo excepcional —las formas nazi-fascistas y clerical-fascistas—, tanto las principales funciones del estado como los aparatos estatales mismos, incluyendo la magistratura y los grandes cuerpos funcionariales, al igual que la mayor parte del derecho, se mantienen intactos (sin que el cambio de sistema político afecte substancialmente a estos rasgos suyos).

El sistema representativo implica la institucionalización *jurídica* de la ciudadanía. La constitución o legalidad básica de un estado representativo ha de contener un catálogo mínimo de derechos, libertades y garantías que posibilite la expresión de la variedad de las opciones políticas.

Este sistema supone también una división de las funciones jurídico-formales del estado, atribuidas a órganos distintos.

En los regímenes parlamentarios, la función de legislar queda asignada en exclusiva a un parlamento (unicameral o no) integrado por representantes electos; el gobierno ha de contar con algún tipo de mayoría —y estar sometido al control— del parlamento.

El parlamento, la sede del poder legislativo, fue inicialmente una institución muy viva, como sede del debate y arbitraje de los conflictos entre los distintos sectores de la burguesía (agraria, industrial, comercial, de distintas zonas) y de gestión de sus proyectos comunes. Posteriormente, cuando representantes de las clases subalternas accedieron también a los parlamentos, esas funciones salieron de él y se desplazaron al poder ejecutivo y a los escalones superiores de la administración pública. El parlamento fue vaciado progresivamente de poder: en él se delibera a lo sumo sobre detalles de políticas consensuadas y aprobadas en el seno de órganos informales establecidos *ad hoc* o presididos por el gobierno. Al parlamento se le reserva la función de *legitimar* políticas pero no la de decidir *en vez del gobierno*.

En los regímenes presidencialistas, el poder ejecutivo, además de constituir el gobierno, tiene ciertos derechos de veto respecto de las propuestas del legislativo.

En cualquiera de los sistemas la magistratura puede ser electiva o constituir una burocracia profesionalizada, pero ha de estar estructurada de modo que pueda ejercer su tarea con independencia de los poderes antes mencionados.

Debe tenerse en cuenta, al margen de todo lo anterior, que la función del poder ejecutivo o gobierno no se agota en el plano meramente jurídico-formal (además de «hacer cumplir las leyes» el gobierno realiza otras funciones, como se verá más adelante).

5.1.1.1. Federalismo *versus* unitarismo

Esta disyuntiva arroja luz sobre uno de los rasgos típicos del estado capitalista moderno: que se ha constituido paralelamente a un *mercado* unificado. A veces, como a menudo en América, se ha sobrepuesto una institucionalización estatal federal a estados o territorios preexistentes. Pero la población que vive en el ámbito geográfico a la vez mercantil (económico) y de implantación territorial del poder (político), es la mayoría de las veces multinacional en sentido social, esto es: en el territorio donde el estado asienta su dominio se puede dar la copresencia de varias etnias, culturas, naciones o grupos específicos de tal naturaleza genérica. Que la estructura política tome en consideración total o parcialmente este hecho o no lo haga en absoluto puede dar lugar a variables institucionalizaciones políticas: desde «estados-nación» efectivos o, como ocurre a menudo, retóricos, a estados federales[7] o protofederales.

Cuando se da una organización federal o protofederal del estado se produce una especialización de los organismos públicos, con instituciones propias de las entidades federadas y otras de la federación, siguiendo esquemas realmente muy variados.

Hay dos modos de concebir la nación: el modo *político* de la *nación de ciudadanos*, que coincide más o menos con el pueblo en armas de la Revolución francesa, esto es: la nación como pueblo de los ciudadanos; y el modo *cultural*, o romántico, de concebir la nación, basado en raíces culturales compartidas por una comunidad

7. El estado federal norteamericano admitió el carácter estatal de territorios que, como la Florida o la Luisiana, no formaban parte originariamente de la Unión. En cambio jamás imaginó siquiera que se pudiera aceptar como componentes de la Unión a las diversas naciones indias preexistentes a la colonización británica inicial.

(lengua, creencias, representaciones míticas o tradicionales de su pasado histórico): en este caso la nación se define frente a los que «*no son como nosotros*».

No se ha de suponer sin embargo que el principio federal, o en su caso el del «estado-nación» efectivo, resuelvan de una vez para siempre el potencial problema político de la pluralidad de raíces culturales comunitarias de las poblaciones. Los grupos sociales pueden extenderse territorialmente de modos muy variados, mientras que los estados modernos son fundamentalmente territoriales. Hay etnias o naciones extendidas por más de un estado, pero las hay también vinculadas personal y no territorialmente (la nación gitana sería un ejemplo de este tipo de vínculo); y hay «estados-nación» formales que han desactivado duraderamente su naturaleza multinacional (tal es el caso de Francia) y otros que son, lisa y llanamente, un maldito embrollo que sólo puede resolverse mediante un cuidadoso y pacífico proceso de ejercicio democrático del derecho de autodeterminación[8].

5.1.2. *La organización del estado moderno*

El estado moderno, que da impulso a un cambio iniciado por las grandes monarquías absolutistas, es una organización crecientemente impersonal. En ella no parece gobernar un individuo o una clase social; al menos, eso no se puede ver directamente. La titularidad del dominio político *se esfuma*, aunque siempre cabe hacer la pregunta del poeta alemán Erich Fried[9]:

> «Quién manda aquí»
> pregunté.
> Me dijeron:
> «El pueblo naturalmente».
>
> Dije yo:
> «Naturalmente el pueblo
> pero ¿quién
> manda realmente?».

La conversión del dominio social en algo políticamente invisible se opera a través del propio sistema político. Exige también una com-

8. Además hay vínculos jurídicos que no son territoriales sino de naturaleza ideológica y personal, como los del derecho canónico para los creyentes organizados en la Iglesia romana.

9. «En la capital», en *Cien poemas apátridas*, trad. cast., M. Faber-Kaiser, Anagrama, Barcelona, 1978.

pleta reestructuración del estado como aparato, como organización, mutando radicalmente la que tenía en el período feudal y absolutista.

5.1.2.1. Implantación territorial

Ante todo, el estado establece una clara implantación territorial del dominio, al acabar con las fronteras «políticas» internas —un proceso que en España iniciaron los borbones— y arrinconar la idea de una vinculación personal, o por lazos de parentesco, del poder, que corresponde a estadios evolutivos anteriores[10].

Las guerras antiguas entre griegos y persas pueden aportar el paradigma para las dos concepciones del dominio. Los atenienses se oponían a las pretensiones del Imperio persa sobre los asentamientos jonios en Asia Menor, pues concebían el dominio político en términos personales (compartir la misma «sangre» o etnia); mientras que los persas, en esto más «modernos», entendían que los dominios debían asentarse territorialmente, delimitando las fronteras a partir de la geografía[11].

A este modo moderno de implantación del poder le corresponde una división o fragmentación del territorio a efectos administrativos, pues las viejas jurisdicciones feudales resultan ya inservibles. Las circunscripciones territoriales pueden ser de diverso tipo y extensión: departamentos y prefecturas en Francia; regiones y provincias en España; condados en Inglaterra y de ahí también ¡en los Estados Unidos!; comarcas, etc. (La división provincial española más duradera, no del todo aproblemática, fue obra de Javier de Burgos, en 1833.)

Además de los órganos centrales de la administración central del estado aparecen unos órganos periféricos de esa misma administración (delegaciones locales suyas). También existe diferenciadamente una administración *local*: regional o zonal y de los núcleos de población (en España, municipios, confederaciones o mancomunidades de municipios, y provincias). Y una «administración institucional» si son tomadas en consideración las numerosas *personas jurídicas públicas* creadas por el estado[12]. Además puede haber un poder «estatal-local» si el estado es de tipo federal o análogo.

10. La institución monárquica es un residuo arcaico de vinculación personal del poder político —nada desdeñable por otra parte— en los estados modernos.

11. Estas dos concepciones se vuelven a encontrar en los enfrentamientos hispano-marroquíes a propósito de las ciudades de Ceuta y Melilla.

12. El estado ha optado por dotar de personalidad jurídica pública propia a órganos o estructuras suyas; éstas pueden ser tan importantes como la Seguridad Social, las universidades, la televisión pública, o menores, como por ejemplo un *Patronato*

La administración central del estado (que pese a su *centralidad* tiene, como se ha dicho, tanto órganos centrales como órganos periféricos) está dividida en departamentos (llamados «secretarías» en América) o ministerios en Europa. El número y la denominación de éstos es cambiante; los más destacables son los de Hacienda, Interior (o Gobernación), Asuntos Exteriores (llamado Cancillería en algunos países), Educación, Fomento (Obras Públicas, Industria, Agricultura, Comercio), Justicia, Sanidad...

La jurisdicción de los juzgados y tribunales también se establece territorialmente (en España hay «partidos» o divisiones judiciales territoriales, con sistemas de apelación a tribunales superiores de las «capitales» autonómicas o estatal).

Este conjunto de organismos públicos (entre los que se hallan, no hay que olvidarlo, los policiales y militares) garantiza que el estado es capaz de ejercer sus funciones en todo el territorio en que asienta su dominio, de modo que en ese territorio nadie puede eludir su poder.

5.1.2.2. Funcionariado

La tupida red de estructuras del estado gendarme originó la constitución de un ejército masivo de servidores públicos o funcionarios. La magnitud que había adquirido la masa de los funcionarios a mediados del siglo XIX le parecía a Karl Marx la característica más llamativa del estado de su tiempo[13]. En aquellas fechas esa masa era ínfima comparada con la actual, pues —como se verá más adelante— el estado no había asumido por entonces algunas de las funciones de intervención económica y de actuación social que le convertirían en un estado intervencionista o asistencial.

En cuanto al modo de profesionalización de los servidores públicos, se han dado históricamente dos sistemas alternativos que hoy parecen fundirse: la constitución de un funcionariado permanente dotado de un estatuto especial, y el llamado *spoil system*.

El funcionariado permanente, empleado principalmente por los estados de matriz europea continental, implica que las personas entran a trabajar para el estado con una perspectiva de inamovilidad

de casas de la Guardia Civil. Las personas jurídicas públicas creadas por el estado no están censadas; se calcula que la administración institucional está constituida por diez mil o doce mil de ellas. Por otra parte, nada impide que estas personas jurídicas públicas estatales creen personas jurídicas privadas de titularidad pública. Además, también pueden crear instituciones de estos tipos otras entidades públicas, como comunidades autónomas, diputaciones provinciales o ayuntamientos.

13. *Vid.* K. Marx, *El 18 Brumario de Luis Bonaparte* [1851-1852].

que les resguarda de los cambios políticos y garantiza la estabilidad y rutinización de las tareas. Los funcionarios quedan dotados de un estatuto especial, que en muchos casos los convierte en autoridades en el ejercicio de sus cargos; eso en cierto modo les inmuniza frente al común de los ciudadanos. El sistema de reclutamiento se basa en concursos públicos: lo que no deja de ser un sistema de *adopción* de los funcionarios nuevos por los antiguos (que dirimen los concursos de selección). A pesar de todas las modernizaciones habidas en la sociedad resulta sorprendente el elevado número de funcionarios que a su vez son hijos de funcionarios, sobre todo en los cuerpos burocráticos especiales (jueces, militares, abogados del estado), lo que además de evidenciar ciertos sesgos contribuye al carácter esencialmente conservador de la administración pública.

El *spoil system* considera la capacidad de dar empleo público como parte del botín del vencedor político de turno. Es el sistema norteamericano de reclutamiento de los servidores públicos (aunque en los ámbitos militar y policial se sigue en parte el sistema funcionarial). El estado español empleaba ese sistema aún el siglo pasado, antes de que se constituyera un funcionariado permanente; en las novelas de Galdós no es infrecuente el personaje del *cesante*, el servidor público que ha quedado sin empleo al perder las elecciones su partido y que malvive esperando un cambio de la fortuna política.

En otra escala, en el estado intervencionista y *asistencial* y en la variante neoliberal ocurrirá lo mismo con los políticos *profesionales*, cuyo número también se acrecentará increíblemente en el siglo XX. Dada la proliferación de «cargos de confianza» políticos, que no forman parte de la burocracia pública pero que tampoco han sido elegidos, puede decirse que casi todos los estados contemporáneos —a diferencia del estado gendarme— adoptan un sistema mixto de reclutamiento de los servidores públicos.

El aspecto de *botín* o de *privilegio* que puede tener el servicio de la función pública va en contra de la propia prestación.

El «sistema funcionarial» se juridifica crecientemente, como se verá. En ciertos estados, como el francés, se logra despersonalizar bastante la función pública, aunque en otros las mafias campan por la administración. *Juridificar* la función pública significa someter a normas y a controles jurídicos la actividad funcionarial, lo cual consiste, en definitiva, en que los ciudadanos puedan cuestionar la legalidad de las actuaciones de unos funcionarios ante otros funcionarios. Esto no es mucho, pero sí bastante más que el mero control de la burocracia por los escalones superiores de su propia jerarquía.

5.1.2.3. Personalidad jurídica del estado

Desde el punto de vista jurídico el estado se convierte modernamente en una *persona*; es decir: es tratado jurídicamente como un titular de derechos y obligaciones. Lo cual tiene el significado de que se puede reclamar ante los tribunales estatales el cumplimiento de algunos de los deberes que incumben al estado.

La atribución de personalidad jurídica al estado en el derecho interno se inició ya con las monarquías absolutistas. Lo primero que tuvo personalidad jurídica pública fue la Hacienda Real —cuando se logró diferenciarla del patrimonio personal del monarca de turno—, al objeto de que se pudiera litigar con ella cuando pretendía cobrar de más, o, más fundamental y prosaicamente, para que pudiera endeudarse con particulares. Posteriormente la personalidad jurídica fue atribuida al estado en su conjunto.

A medida que nos acerquemos a nuestros tiempos la personalidad jurídica del estado, tomado como un todo, resultará insuficiente. Se recurrirá entonces a considerar *personas jurídicas públicas*[14] no sólo al estado como tal sino a organismos suyos: las universidades, por ejemplo, u otras instituciones, podrán actuar jurídicamente —comprar, vender, contratar en general— sin necesidad de emplear instrumentos jurídicos engorrosos, como la delegación, el apoderamiento, etc. La proliferación de personas jurídicas públicas, de organismos que pueden actuar como entes jurídicos autónomos, da lugar, como se ha visto, a un nuevo ámbito de las administraciones públicas: lo que se ha llamado *administración institucional*.

El crecimiento del estado moderno hasta convertirse en estado intervencionista o asistencial, lo que se refleja en la multiplicación de su personalidad jurídica, presentará nuevas complicaciones a medida que se avance en el siglo XX, al poder participar las personas jurídicas públicas en la creación de personas jurídicas de derecho privado, o personas privadas (como sociedades anónimas, etc.). Este crecimiento estatal no disminuirá, sino todo lo contrario, con las políticas económicas neoliberales de finales del siglo XX.

5.1.3. *Las funciones del estado moderno*

Hay que examinar a continuación las *funciones del estado moderno*, o al menos —puesto que pormenorizar la labor del estado puede exigir un enorme listado de operaciones—, las tareas genéricas que

14. *Vid. supra*, nota 12.

constituyen la razón de su existencia y a las que se ordena el conjunto de su actividad.

Las tres grandes funciones generales del estado moderno y contemporáneo —cuyo cambiante contenido histórico habrá que detallar un poco más— son las siguientes:

1) Proveer o suministar las condiciones generales necesarias para que pueda desenvolverse la actividad productiva, cuya existencia o mantenimiento continuados no quedan asegurados por las actividades de los distintos sujetos económicos de la «esfera privada».

2) Reprimir las amenazas al modo de producción dominante, procedentes de las clases subalternas o de ciertos sectores de las clases dominantes mismas, para mantener la existencia social del capital.

3) Integrar a las clases subalternas en la aceptación del sistema sociopolítico.

Consideremos con algún detalle estas funciones.

1) *Proveer o suministar las condiciones generales necesarias para que pueda desenvolverse la actividad productiva, cuya existencia o mantenimiento continuados no quedan asegurados por las actividades de los distintos sujetos económicos de la «esfera privada».*

Las *condiciones generales necesarias* para el desenvolvimiento de la actividad productiva pueden ser de tipo *técnico* o de tipo *social*.

Entre las condiciones *técnicas* generales necesarias para el proceso de producción real cabe señalar: la existencia de medios de transporte y de comunicaciones (cuyo mantenimiento no siempre es rentable para empresarios particulares pero es imprescindible; en manos del estado, se cargan las pérdidas a todos los contribuyentes); servicio postal; obras públicas para la provisión de energía, agua...; servicios de prevención de daños. También ha sido el estado el que ha asegurado la normalización de cuestiones tales como el sistema de pesos y medidas o la publicidad de tiempos, horarios, calendario y previsiones meteorológicas, normalización que es una necesidad técnica de cualquier sistema productivo complejo[15].

15. El cambio histórico y tecnológico puede hacer pasar algunas de estas funciones técnicas de un ámbito público a un ámbito privado. El correo, por ejemplo, fue necesariamente público mientras las condiciones técnicas de esta comunicación la hacían costosa: de ahí que el servicio de correos fuera durante mucho tiempo un monopolio público que vendía sus servicios a un precio *político*, esto es, por debajo de su coste. Los cambios tecnológicos reductores de costes permiten hoy que el correo sea asumido por empresas privadas, esto es, que se pueda ganar dinero con este servicio, por lo que

Entre las condiciones *sociales* generales necesarias para el proceso productivo, cuyo mantenimiento incumbe al estado, cabe señalar ante todo la delimitación del territorio estatal y del mercado nacional (lo que implica fronteras precisas y un sistema aduanero permanente), y, sobre todo, el orden y la estabilidad sociales. Otras condiciones sociales generales son igualmente necesarias pero menos manifiestas. El sistema monetario es una de ellas, así como una Banca estatal central (las instituciones bancarias fueron inicialmente privadas, pero las principales sociedades capitalistas percibieron la necesidad de una institución financiera pública tan pronto como hubo comercio exterior de cierta magnitud)[16]. Al mismo orden de cosas corresponde la función de mantener el orden bursátil y la disciplina financiera.

También figuran entre las condiciones generales necesarias de la producción otras dos que son funciones estatales.

La primera es mantener la sanidad pública (que en condiciones de vida crecientemente urbana se disemina entre una multitud de organismos, pues incluye desde obras de alcantarillado a sistemas hospitalarios, pasando por el control sanitario de la producción de alimentos). Esta función se verá ampliada con el estado intervencionista o asistencial de la segunda mitad del siglo XX.

La otra es asegurar la reproducción de las formas de trabajo intelectual necesarias para el proceso productivo, incluso aunque no entren directamente en ese proceso (debe tenerse en cuenta que la introducción directa de la ciencia en el proceso productivo sólo se generaliza en la segunda mitad del siglo XX). Se trata de garantizar la existencia de conocimientos de alto nivel —por ejemplo, astronomía, matemática, hidráulica...—, y también, fundamentalmente, de un sistema educativo adecuado a las necesidades de la producción, lo que incluye saberes no directamente relevantes para ésta[17].

existe una fortísima presión empresarial para que deje de ser primero un monopolio y para privatizarlo después.

16. Téngase en cuenta que inicialmente los pagos internacionales se hacían en oro; y así, por ejemplo, Inglaterra, con un intenso comercio con la India, que le suministraba materias primas para su industria textil, tenía que hacer viajar el oro físicamente hasta la India para realizar sus pagos; el oro se embarcaba de nuevo hacia Inglaterra para pagar las manufacturas inglesas que se exportaban a la India. Los retrasos daban origen a crisis de liquidez que obligaban a cerrar temporalmente las fábricas inglesas.

17. Se verá más adelante que el neoliberalismo de la época de la globalización, a iniciativa del Banco Mundial, trata de convertir en mercancía las actividades de educación y de aprendizaje, concibiéndolas como *servicios educativos* de carácter mercantil y no ya en bienes públicos que son derecho de todos.

Por último, el aseguramiento de las condiciones generales necesarias para el proceso productivo incluye la *administración de las crisis cíclicas* del sistema capitalista mismo, socializando o redistribuyendo sus costes (esto es, desplazándolos del lugar social en que surgen).

Las funciones mencionadas en último lugar quedarán reforzadas y ampliadas, sobre todo en su escala, primero con la mutación del estado liberal o policía en estado asistencial o intervencionista, y después con la crisis del estado en la globalización actual.

2) La segunda de las funciones generales del estado moderno consiste en *reprimir las amenazas al modo de producción dominante procedentes de las clases subalternas o de ciertos sectores de las clases dominantes mismas para mantener la existencia social del capital.*

Esta función hace necesario que el estado mantenga normas jurídicas de validez general, esto es, ante todo, un orden jurídico nacional, y un derecho penal (las características del sistema jurídico se verán más adelante). Por otra parte obliga al mantenimiento de un ejército *permanente* y de policías militarizadas el ejercicio de la función represiva *grupal*: la dirigida contra sectores de la propia población, casi siempre las clases subalternas, pero también grupos de las clases dominantes no dispuestos a aceptar las relaciones jurídicas establecidas (mafias, por ejemplo), y durante todo un período histórico la posesión o disputa de dominios coloniales.

Si se toma en consideración que los gastos militares componen siempre una de las principales partidas del presupuesto público se comprenderá que el cumplimiento de esta tarea estatal se realiza mediante el mantenimiento permanente de un gran bloque de energía represiva en forma potencial, esto es: normalmente pasiva, pero susceptible de ser activada en cualquier momento de crisis.

Los sistemas judicial, policial ordinario y penitenciario se orientan más bien a la represión de las amenazas menores y cotidianas al orden existente.

3) La tercera función general del estado se define como *integrar a las clases subalternas en la aceptación del sistema sociopolítico.*

Gran parte del pensamiento alternativo respecto de la ideología dominante ha considerado que la coerción y la represión son esenciales para el mantenimiento del sistema sociopolítico existente. Pero ningún sistema social podría subsistir sin un grado apreciable de interiorización o aceptación por parte de las personas implicadas en él. Cuando un sistema social es aceptado aunque sea como el menos malo posible por una parte substancial de la población se dice que es *he-*

gemónico socialmente, esto es: se impone menos por la fuerza de la coerción física que por la del poder simbólico.

El asunto no es sencillo, porque la existencia de medios de coerción física en manos del estado y del sistema político concreto genera sumisión. Por otra parte, la «coerción» de la necesidad económica, o necesidad de la mayoría de las personas de entrar en las relaciones de producción establecidas para tener acceso a los medios de vida, funciona análogamente. Pero una vez señalado esto es preciso destacar la *autonomía del aspecto simbólico*, *ideológico*, o de interiorización de esas relaciones sociales establecidas, para la formación del consenso social.

La conquista de hegemonía social es la primera condición de viabilidad de cualquier proyecto alternativo de lo existente, sea del signo que sea. Debe notarse que la interiorización de un *proyecto* social es un fenómeno ante todo estrictamente individual aunque repetido multitud de veces, se sea o no consciente de ello —existen medios para suscitar esa interiorización, como se verá—; por *hegemonía* ideológica hay que entender la generalización de este fenómeno de interiorización individual de un proyecto social por grupos poblacionales muy amplios.

Generar ideología de aceptación del sistema socio-político es una de las tareas del estado. Lo hace a través de mecanismos diversos. Por una parte (sobre todo en el pasado), recurría al modelado de la institución familiar[18]: se esperaba que las familias se ocuparan por lo común no sólo de socializar a los hijos (mediante la enseñanza del lenguaje y de los elementos culturales básicos) sino también de inculcarles ideologías de conformismo, de aceptación (sobre todo en la época en que los hijos eran vistos como la «seguridad social» potencial de los padres ancianos). Las instituciones educativas —tanto las públicas como las privadas, pues también las segundas quedan modeladas por la normativa pública— son otro dispositivo integrador y de generación de conformismo.

Junto a estas instituciones, buena parte de la actividad estatal, en la medida en que expresa un derecho, una ideología y determinada «concepción de la historia», desempeña una función integradora. La autoridad ha establecido calculadamente para este fin muchas más cosas de lo que parece: desde la arquitectura, la escultura y la pintura de los espacios del poder hasta la escenografía y el vestuario para el

18. Hasta el punto de que algunos autores, siguiendo a L. Althusser, consideran a la familia un «aparato ideológico de estado». *Vid.* L. Althusser, «Ideología y aparatos ideológicos de Estado», en *Escritos*, Laia, Barcelona, 1974.

ejercicio de funciones públicas, pasando por multitud de símbolos y emblemas. Lo cual incluye desde el pomposo estrado del Tribunal a la tarima del profesor; desde la toga del magistrado o el color de la corbata policial a los ropajes usados en las solemnidades académicas; desde los días establecidos como festivos para la glorificación de determinados hechos del pasado al minucioso y calculado olvido de ciertos hechos históricos significativos.

La utilización política de la religión figuró en el pasado como un medio más para generar ideología de aceptación. El estado policía no conoció los modernos medios masivos de comunicación, aunque sí recurrirá a ellos el estado intervencionista o asistencial, y, por supuesto, los empleará hasta el paroxismo el empresariado de la época neoliberal y globalizadora.

5.2. EL DERECHO MODERNO

El *derecho* de las sociedades del capitalismo concurrencial, pese a tomar muchas de sus categorías del derecho romano —como había hecho ya la escasa juridicidad del feudalismo tardío—, difiere radicalmente de todo derecho anterior por un proyecto de sistematicidad, de exactitud, de fiabilidad e incluso de completud de la que carece el derecho premoderno. Un principio de *calculabilidad* —o, dicho de otro modo, la pretensión frenética de librar al tráfico de mercancías de motivos de incertidumbre— ha presidido la construcción de una juridicidad omnívora, que trata de cualificar jurídicamente cualquier cosa siquiera imaginable.

El derecho moderno es fruto de una *construcción*. Es un derecho *legislado* por parlamentos e *interpretado* por tribunales, académicos y juristas prácticos. Sus líneas maestras son muy parecidas en todas las sociedades de capitalismo concurrencial. Sin embargo el *Common Law*, el sistema jurídico británico, donde los precedentes jurisprudenciales tienen más importancia técnica que en los derechos continentales, se aparta, aunque sólo en ese plano técnico-jurídico, de la línea de estructuración principal. Sólo ésta será considerada aquí[19].

> Un autor muy importante para diversos saberes sociales, Max Weber, creyó que para explicar el temprano surgimiento de la industria en Europa y la superación ahí de la fase meramente mercantil del capitalismo era preciso recurrir al gran nivel de diferenciacion del derecho europeo respecto de la actividad política, o, también, a que el derecho europeo más *racional* que el de otras culturas, en el sentido de que un derecho *calculable* es esencial para el desarrollo del capitalismo. Esta creencia de un autor prestigioso como Weber, inevitable en la formación de los científicos sociales, ha contribuido a la creencia ilusoria de que el derecho es un subsistema autónomo dentro del sistema general de las relaciones sociales.

19. Quien desee iniciarse en las técnicas del *Common Law* puede recurrir con provecho al centenario libro de J. Salmond, *Jurisprudence* [1902], Sweet & Maxwell, London; hay numerosas ediciones actualizadas de este clásico.

Lo que podemos llamar el derecho de la modernidad se constituye en dos grandes movimientos: en un primer momento, que corresponde a la primera industrialización y a las revoluciones políticas burguesas (siglo XIX, en general), se ponen las bases del individualismo jurídico. Es el momento de auge del derecho privado moderno. La práctica del comercio interestatal lo lleva más lejos que los romanos y lo hace más ágil e informal. En un segundo movimiento, que corresponde a la producción masiva y al estado intervencionista que se afianza a mediados del siglo XX (y que se verá en el capítulo siguiente), la intervención pública en las relaciones privadas para garantizar la supervivencia del sistema impulsa la modernización del derecho público.

Así, pues, pese a que las revoluciones políticas burguesas se caracterizan por imponer el reconocimiento estatal de los derechos fundamentales y políticos, de naturaleza pública, el derecho del estado policía que acaba resultando modélico es el *derecho privado*. Incluso cuando la transmutación del estado gendarme en estado intervencionista y asistencial origine finalmente el auténtico derecho público moderno, en forma de *derecho administrativo* desarrollado, éste —al carecer de antecedentes en el derecho romano— seguirá los modelos conceptuales del iusprivatismo; consistentemente con el capitalismo organizado del que de todos modos es servidor, será individualista y particularista en exceso y poco capaz de adoptar una perspectiva coherente de *interés público*.

Para seguir la lógica interna del derecho privado moderno, que cuando se capta correctamente permite al estudioso una comprensión certera y completa de toda institución jurídico-privada, incluyendo sus funciones económicas, es preciso entender en toda su amplitud y generalidad dos axiomas básicos, fundamentales, del sistema social capitalista: 1) todo puede ser mercancía; 2) toda mercancía ha de tener *una voz* para aceptar o rechazar el intercambio.

Todo puede ser mercancía: este axioma alude a la ubicuidad de la *forma* mercancía; a que en un universo en el cual quienes producen

las cosas o las prestaciones no lo hacen para servirse directamente de ellas, sino para intercambiarlas por una mercancía universalmente cambiable, llamada dinero, con que comprar las que precisan, todos los bienes tienden a asumir esta *forma*, esta manera de ser vistos. Todo puede ser presentado ante los demás como una mercancía a la venta. Las gentes tienden a intercambiar *como mercancía* prácticamente cualquier cosa, y a buscar efectivamente *de todo* en el mercado. Claro que las cosas no son más que cosas: que se ofrezcan como mercancías, que adopten esta *forma*, no es asunto de las cosas mismas sino de las relaciones sociales, de entrar en relación unas personas con otras para el intercambio «anónimo» de una mercancía por dinero o por otra mercancía. En el siglo XXI ha llegado a convertirse en mercancía de hecho casi todo, con muy pocas excepciones.

Por eso resulta conveniente, para comprender las técnicas jurídicas del capitalismo, concebir las cosas de que se ocupa el derecho privado moderno no como cosas valiosas para el *uso* que se les puede dar, sino ante todo como *mercancías*, como entes cuya función primaria es el intercambio en algún mercado (lo cual, naturalmente, sólo tiene sentido si además esas cosas pueden ser *usadas* de algún otro modo).

Toda mercancía ha de tener una voz. Para que pueda tener lugar el intercambio de cualquier bien es necesario que ese intercambio sea objeto de un *acuerdo*. Cada mercancía ha de tener *una voz*, y sólo una, que decide en cada caso si se ha de intercambiar o no. Este segundo axioma permite comprender la naturaleza de la construcción jurídica de los *sujetos* del derecho privado. El conjunto entero de nociones y problemas técnicos que se articulan en torno a los conceptos de «persona jurídica» y de «sujeto de derecho» en el ámbito privado se comprenderá correctamente si se tiene ante los ojos no ya asuntos relativos a las personas en diversas circunstancias de su existencia y a sus necesidades como seres humanos, sino, fundamentalmente, el problema de dotar a cualquier mercancía de *una voz y sólo una* que hable por ella, cualesquiera que sean las circunstancias de *su* existencia, problema que ha de encontrar la apropiada solución técnico-jurídica.

De este segundo axioma se ha de desprender el corolario siguiente: vistas por el derecho burgués moderno, las personas son primariamente *voces* de mercancías, titulares de un patrimonio. Sólo secundariamente tienen otras funciones; el derecho se desinteresa de sus actos en la esfera privada cuando no tienen un contenido o unas consecuencias en el ámbito patrimonial.

Estos dos axiomas, sin embargo, no podrían funcionar sin una condición previa: la existencia de *instituciones* públicas capaces de

mantener *erga omnes*, frente a cualquiera ('cualquiera' incluye a las instituciones mismas), las formas sociales señaladas, *mercancía* y *voz*.

5.2.1. *«Orden público» y autonomía normativa de los sujetos privados*

El derecho de la fase concurrencial del capitalismo entrega a los «individuos» de la «esfera privada» la capacidad de autorregular jurídicamente las relaciones que entablan entre ellos.

El estado policía o liberal se dedica en esta fase a establecer el *marco* jurídico general de la esfera privada, sus condiciones jurídicas más básicas. Este marco o condicionamiento general, de «orden público» de la esfera privada[20], trata de determinar con claridad las diferentes funciones económicas posibles de los bienes en una economía concurrencial, la garantía *erga omnes* de las titularidades patrimoniales y las bases generales de los actos susceptibles de determinar un cambio de titularidad. El marco jurídico incluye así el contrato —o más elementalmente, las declaraciones de voluntad que configuran negocios jurídicos— como origen típico, junto con la ley, de los deberes jurídicos en esta esfera.

> El uso léxico jurídico español a veces reserva la palabra 'deber' para las obligaciones impuestas directamente por la ley, tanto en la esfera pública como en la privada, y 'obligación' para los deberes jurídicos originados a partir de declaraciones de voluntad. Pero nada impide usar ambos términos como sinónimos.

Las limitaciones impuestas por el marco estatal «de orden público» a la autorregulación de los particulares se hallan siempre presentes, aunque a veces pueden pasar desapercibidas por su misma coherencia con el sistema de relaciones económicas. El marco estatal «de orden público» aparece, por ejemplo, en la idea de *causa* de los contratos (el motivo de su aceptabilidad legal), en ideas como la de *enriquecimiento sin causa* o *enriquecimiento injusto*, o en expresiones legales como *buena fe* o *diligencia de un buen padre de familia*, pese a su manifiesta apertura a la interpretación, a la hermenéutica.

El marco «de orden público» de las relaciones jurídico-privadas mira con suspicacia los actos que tienen que ver con la generosidad o la solidaridad: su «exceso antieconómico» deja de pertenecer a la

20. *Vid.* L. Díez Picazo, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, Civitas, Madrid, ⁴1993, especialmente pp. 42-54.

categoría de la liberalidad aceptable para entrar en la de la prodigalidad no admisible.

El marco legal, el conjunto de los condicionamientos generales dentro de los cuales los seres humanos en cuanto *individuos particulares*, esto es, desenvolviéndose en la *esfera privada*, pueden crear unilateral o multilateralmente, mediante las mencionadas declaraciones de voluntad, sus propias normas para la regulación de sus relaciones privadas, adoptó tan pronto como se crearon las condiciones *políticas* para ello —y en España fue muy tardíamente, bien afianzada la segunda de las restauraciones borbónicas, de 1874— una forma *codificada*. La forma de la codificación, un paso lógico muy razonable, fue exportada en seguida a ámbitos del derecho público, señaladamente el del derecho penal.

Aunque la palabra 'código' se impuso en el lenguaje jurídico en la época justinianea, las codificaciones modernas poco tienen que ver con las ideas de codificación preexistentes, referidas fundamentalmente a recopilaciones o colecciones de normas. Los códigos modernos no *recopilan* una legislación ya dada sino que *sistematizan* u organizan una normativa y *simplifican* la legislación.

Codificar una normativa consiste incluso en algo más que sistematizarla: al codificar se intenta establecer un conjunto de condiciones técnico-jurídicas que estabilice en lo medida de lo posible la sistematicidad misma de la producción jurídica. Los objetivos de la codificación dependen de la existencia de un sistema de tribunales bien capacitados técnicamente. La finalidad de todo ello es hacer el derecho *calculable*, esto es, tan exento de ambigüedad y tan cargado de *seguridad* como se pueda.

La *calculabilidad* es una exigencia de la producción mercantil: el empresario precisa saber de antemano el costo de producción de los bienes, el de su circulación en el mercado y los costos transaccionales. Estos últimos dependen principalmente del derecho, pero indirectamente también dependen de él los otros dos. La exigencia económica de calculabilidad se traduce en el plano del derecho en la exigencia de *seguridad jurídica*.

La seguridad jurídica se instrumenta, en suma, mediante diversos artificios: *a*) la codificación, o la sistematicidad de las leyes, es uno de ellos; otro es *b*) un *sistema* de tribunales estable; y un tercero *c*) un *estrato doctrinal hermenéutico* aceptado por los operadores jurídicos, esto es: un conjunto de *reglas de interpretación* de la ley (o *canónica* hermenéutica), de interpretaciones *modélicas* y de una serie de *normas jurisprudenciales de derecho*, menores, verbalizadas en forma de «principios», «valores», «doctrinas» o «reglas» (comoquiera que esté

de moda llamarlas en cada momento; la discusión para distinguir entre «principios», «valores» o conceptos parecidos ocupa bibliotecas enteras; por eso hablaba Ihering hace ya más de un siglo de la afición de los juristas a cortar cabellos en siete partes, preferentemente del mismo grosor).

El *estrato hermenéutico* de doctrina jurídica lo generan sobre todo los tribunales de justicia (pero también el Tribunal Constitucional o ciertos órganos de la administración pública, como el Consejo de Estado o la Dirección General de los Registros en España) y la glosa académica de la normativa jurídica (de acusadas características talmúdicas). El *estrato hermenéutico* es de gran relevancia al objeto de conseguir «seguridad jurídica» pese al cambio social e histórico y pese a la gran pluralidad y diversidad de operadores jurídicos. Este estrato *no puede* ser pasado por alto en el aprendizaje del derecho; no es pasado por alto porque ese aprendizaje contempla la normativa y la actividad jurídica *a través de él*. Pero justamente por ello puede pasar inadvertido.

Como se ha señalado ya, dentro del marco «de orden público», en el ámbito privado, los particulares pueden dictar las normas que han de regir las relaciones que se entablen entre ellos, y en tal caso estas normas serán consideradas válidas por el derecho, esto es: serán impuestas coactivamente, si es necesario, por los tribunales y demás piezas del aparato coercitivo del estado —tras cerciorarse de que, como cuestión de hecho, tales normas han sido puestas—. En el ámbito privado, más que el estado, que establece sólo unas reglas de juego y una policía para hacerlas cumplir, son los «hombres» quienes crean el derecho. Y que eso ocurra en el ámbito privado dará pábulo a la falsa idea de que el derecho es autónomo respecto de la política y del poder.

La sociedad civil burguesa será así, en el capitalismo concurrencial, una sociedad de abogados. No porque el número de litigios substanciados ante los tribunales sea muy alto, sino porque es en los gabinetes jurídicos donde se acuerdan, precisan, establecen y si es necesario se modifican casi todas las normas que rigen los actos del tráfico económico.

5.2.1.1. La ley codificada

La codificación responde ante todo al ideal burgués de perdurar. El código es el arquetipo de la norma *permanente*, no destinada a cambiar fácilmente dado su carácter general y *estructurante* de ámbitos normativos completos.

En la zona codificada del derecho español (en el «Título Preliminar» del Código Civil, así como en determinados artículos del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que a su manera es

también un código), hay algunas disposiciones normativas que no pertenecen a la esfera privada propiamente dicha, sino que tienen una excepcional importancia general.

Se trata, en el Código Civil, de disposiciones como las que establecen el modo de promulgación y el ámbito de vigencia territorial de las leyes, el sistema de fuentes, la prohibición de *non liquet*, las «definiciones» jurídicas de 'persona' y de 'español'.

> En otros códigos o leyes codificantes se encuentran normas parecidas, como las que establecen los principios de irretroactividad de la ley penal desfavorable al reo, el principio según el cual nadie puede ser condenado sin ser oído, o la proscripción del proceso inquisitivo, así como otras disposiciones fundamentales.

Los iusprivatistas han acuñado, para las que son objeto de estudio suyo por figurar en el Código Civil, la expresión «disposiciones de derecho común». Pero eso expresa muy mal su naturaleza: lo que encontramos en estas disposiciones (en algunos casos más claramente que en otros) es *derecho sobre el derecho*, esto es, normas básicas para constituir como jurídicas las relaciones sociales modernas.

Dicho de otro modo: en los códigos, y formalmente con un rango infraconstitucional, hallamos normas básicas de la *«constitución jurídica»*. Sin ellas algunas de las normas contenidas en las constituciones políticas de los estados carecerían de sentido o tendrían otro distinto.

Se trata, en rigor, de normas «técnicamente constitucionales» aunque no estén rodeadas de las garantías procesales de las normas que figuran como contenido de las constituciones políticas (y por tanto pueden ser modificadas mediante leyes ordinarias).

Resulta notable que estas disposiciones «constitucionales en sentido técnico» no aparezcan nunca en las constituciones formales sino en normas de rango inferior. Lo cual tiene, sin embargo, la consecuencia de situarlas al resguardo de los cambios constitucionales (en el sentido corriente) e incluso de las situaciones de ausencia de constitución formal. Al mismo tiempo, el hecho de que unas normas tan básicas que determinan la ley nacional aplicable a las personas y los bienes, o los ámbitos de vigencia de las leyes, o la prelación jerárquica de las fuentes del derecho, queden tan claramente desvinculadas de la institucionalización del sistema político de gobierno garantiza que estas cuestiones (fundamentales para el tráfico de mercancías) están al margen de los cambios políticos.

En otras palabras: con esas normas se pone una de las bases necesarias para que puedan darse *sistemas excepcionales de gobierno* sin

que ello afecte al estatuto de las mercancías y sus voces. En cierto modo esta dualidad entre normas propia e impropiamente constitucionales en sentido formal facilita también la existencia de lo que se ha llamado «doble estado».

> La codificación civil —esto es, la codificación central del ámbito del derecho privado— es la primera que llega a implantarse. El primer código civil es el de los franceses, promulgado por Napoleón, organizado en un «Título Preliminar» y tres «Libros».
>
> En cuanto a los «libros» del Código Napoleón, el primero se ocupa del derecho relativo a las personas, el segundo de los bienes, de la propiedad y de otros derechos reales, y el tercero de las sucesiones legal y voluntaria y de lo que podríamos llamar derecho de obligaciones (aunque incluyendo algunos de los contratos que establecen derechos reales). Pese a tener ciertos defectos de estructuración lógica, la organización del Código Napoleón ha sido la adoptada por el Código Civil español sin más que escindir el libro tercero de aquél en dos libros distintos.

El Código civil español, de 1889, se ocupa en substancia del estatuto de las personas físicas y fingidas; de los derechos reales, que son universales o *erga omnes*, señaladamente el derecho de propiedad; y de los derechos de crédito, que vinculan sólo a sujetos determinados o determinables. Todo ello precedido, al igual que en el Código Napoleón, de un Título Preliminar de naturaleza técnico-jurídica, fundamental, del que se hablará en seguida. A pesar de sus reformas y adaptaciones, este código deja traslucir aún sus orígenes preindustriales y agrarios (dedica un capítulo a la bendita cuestión de los edificios ruinosos y árboles que amenazan caerse y un único artículo al trabajo asalariado); por ello las relaciones empresariales y mercantiles propias del capitalismo industrial se encauzan sobre todo a través del posterior Código de Comercio, que recoge las prácticas corrientes de los comerciantes.

El carácter sistemático de los códigos de derecho privado se halla en relación estrecha con el sistema de tribunales y la hermenéutica jurídica. En torno a los códigos se crea un cuerpo específico de doctrina hermenéutica, lo cual no solamente los hace fiables sino que posibilita una dosis de flexibilidad muy elevada.

> Es verdad que, como se verá en otro lugar, el derecho del estado intervencionista de la segunda mitad del siglo XX ha arrinconado en cierto modo los códigos civil y mercantil, al desarrollar fuertemente sus normativas mediante leyes especiales.

Sin embargo la vía de las leyes especiales no es la única transitable para adaptar los códigos del derecho privado, como prueba el caso polaco. Polonia, que a finales de los años cuarenta del siglo XX, en el momento de la imposición de un régimen burocrático que afirmaba buscar el socialismo, era una sociedad esencialmente agraria con un comienzo de industrialización sobre la base del capitalismo concurrencial. Contaba, al igual que España, con un código civil de tipo napoleónico. Este derecho, tan antitético aparentemente con los propósitos del nuevo régimen, no fue derogado. Se introdujo en el sistema jurídico, simplemente, una norma de hermenéutica según la cual el Código Civil debía ser interpretado según principios socialistas. Esta modificación «constitucional» de la hermenéutica jurídica resultó suficiente.

La codificación penal es otro logro importante de la sistematicidad y de la técnica jurídica. La «parte general» de los códigos penales suele ser un modelo de precisión y racionalidad técnica. Pero lo más destacable de estas codificaciones es que incorporan principios humanizadores de la represión penal aportados por la Ilustración, y en particular por Cesare Beccaria[21], fuertemente influido por Rousseau.

El derecho penal de la modernidad introduce con precisión algunas categorías susceptibles de darle carácter sistemático: los conceptos de tipicidad y antijuridicidad; de dolo y culpa; de autoría, complicidad y encubrimiento. Se tasan con exactitud las circunstancias eximentes o modificativas de la responsabilidad. Por otra parte se excluye de la antijuridicidad circunstancias como la situación de insolvencia y aquello cuya censura no tiene que ver con el interés general (la penalidad anterior llegaba a castigar con la muerte los pequeños hurtos reiterados, o el contrabando de sal y tabaco). La tipicidad delictiva queda definida taxativamente (frente a la hipertrofia e indeterminación de los tipos delictivos anteriores); se excluye la interpretación analógica y extensiva en el enjuiciamiento penal y se introducen los principios *in dubio pro reo*, de irretroactividad de la ley penal desfavorable al reo y de retroactividad de la que le es favorable, así como la presunción de inocencia en el ámbito procesal.

La penalidad moderna pierde una parte del carácter bárbaro e inhumano de la época anterior; desaparecen las penas infamantes. En su lugar la prisión es la institución fundamental de la penalidad ilustrada[22].

21. C. Beccaria, *De los delitos y las penas*, 1764. Hay numerosas ediciones en español (la última que conozco es la de Alianza) y también en catalán (Edicions 62, con un prólogo de Octavio Pérez-Vitoria, un destacado maestro de juristas). Se trata de un texto con el que ha de estar familiarizado cualquier estudioso del derecho.

22. Pero la penalidad post-moderna, como se verá en el capítulo VIII, experimenta una tremenda regresión.

El *procedimiento* penal también se moderniza: queda arrinconado el proceso inquisitivo y cobran carta de naturaleza, en cambio, los principios acusatorio y de publicidad, en virtud de los cuales sólo se inician procesos por hechos precisos predeterminados legalmente y, sobre todo, se presume la inocencia del reo mientras no se pruebe lo contrario por medios tasados y en momentos judiciales precisos; además la tortura judicial y los tratos crueles característicos de la Inquisición quedan legalmente proscritos[23].

La codificación *procedimental* fue vista por quienes la realizaron como un gran avance respecto del proceso penal anterior. Según Manuel Alonso Martínez, en la «Exposición de Motivos» de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 —uno de los textos más valiosos del liberalismo jurídico español, merecedor de ser leído por extenso aún hoy—, la ley se encaminaba «*a corregir los vicios crónicos de nuestro sistema de enjuiciar tradicional y a rodear al ciudadano de las garantías necesarias para que en ningún caso sean sacrificados los derechos individuales al interés mal entendido del Estado*».

La «Exposición de Motivos» de esa Ley aún en vigor (pese a cambios que la desmejoran) prosigue con palabras sobre el procedimiento penal que siguen siendo verdaderas: «Es preciso en primer término sustituir la marcha perezosa y lenta del actual procedimiento por un sistema que, dando amplitud a la defensa y garantía de acierto al fallo, asegure sin embargo la celeridad del juicio [...] abrumados los jueces de primera instancia por el cúmulo de sus múltiples y variadas atenciones, delegan frecuentemente la práctica de muchas diligencias en el Escribano, quien, a solas con el procesado y los testigos, no siempre interpreta bien el pensamiento, ni retrata con perfecta fidelidad las impresiones de cada uno [...] nuestros Jueces y Magistrados han adquirido el hábito de dar escasa importancia a las pruebas del plenario, formando su juicio por el resultado de las diligencias sumariales [...]; en ausencia del inculpado y su defensor, los funcionarios que intervienen en la instrucción del sumario, animados de un espíritu receloso y hostil que se engendra en su mismo patriótico celo por la causa de la Sociedad que representan, recogen con preferencia los datos adversos al procesado, descuidando a las veces consignar los que pueden favorecerle, y que, en fin, de este conjunto de errores [...] resultan dos cosas a cual más funestas al ciudadano: una, que al compás que adelanta el sumario se va fabricando inadvertidamente una verdad de artificio que más tarde se convierte en verdad legal, pero que es contraria a la realidad de los hechos y subleva la conciencia del procesado; y otra, que cuando

23. Los veremos reaparecer en la crisis del derecho contemporáneo. *Vid. infra*, cap. VIII.

éste, llegado el plenario, quiere defenderse, no hace más que forcejear inútilmente porque entra en el palenque ya vencido o por lo menos desarmado».

Hay que apuntar sin embargo que la ilustración penal, pese a modificar substancialmente la penalidad anterior, dista mucho de haber logrado una dignificación profunda del sistema punitivo público. Las penas de prisión no parecen ser socialmente eficaces, sino todo lo contrario, aunque destruyen a los seres humanos; las prisiones mismas se convierten no tanto en escuelas de delincuencia como en refinados infiernos donde la privación de libertad es mera condición para tormentos mayores. Muchos estados conservan la pena de muerte; en algunos como España o Francia sólo muy recientemente se ha logrado abolir esta barbarie. Los principios de la Ilustración penal no han logrado abrirse paso en países muy importantes y significativos, como los Estados Unidos de Norteamérica, bastantes de cuyos estados federados han mantenido siempre una legislación criminal y penitenciaria que hay que calificar cuando menos de retrógrada (pena de muerte, aplicada por medios diversos incluso a menores de edad y disminuidos psíquicos; penas de mutilación, realizada ahora con técnicas refinadas; condenas de prisión por tiempo indeterminado o de por vida en función de los informes de los guardianes de prisiones, etc.). Ello redunda en una pésima ejemplaridad para los sistemas penales más bárbaros, como el chino y los que interpretan de un modo integrista o fundamentalista la *Sharia* o ley islámica.

Aunque el *Gulag* tecnológico norteamericano debería aparecer en rigor en otro lugar, su parecido funcional con las premodernas prisiones de la Inquisición justifica que se incluya aquí una somera descripción del último modelo de cárcel: «Pelican Bay está completamente automatizada y ha sido proyectada de modo que los presos carezcan virtualmente de contacto directo alguno con los guardianes o con otros presos. Durante veintidós horas y media diarias los presos no salen de sus celdas sin ventanas, construidas con bloques macizos de cemento y acero inoxidable para impedir el acceso a materiales que pudieran constituir armas rudimentarias. No hay trabajo de taller ni recreos; no hay contactos con los demás presos. Está prohibido fumar porque se considera que las cerillas son excesivamente peligrosas»[24].

Por otra parte los Estados Unidos han dado con la globalización una nueva vuelta de tuerca a algunos aspectos de su derecho penal y

24. M. Davis, *Ciudad de cuarzo. Arqueología del futuro de Los Ángeles*, Lengua de Trapo, Madrid, 2003, especialmente pp. 244-249. La previsión del número de presos en California para 1995 se cifraba en 145.000 personas.

procesal, hasta el punto de situarse al margen de la legalidad internacional, del *Nomos de la Tierra* o derecho común de la Humanidad.

La modernización procesal penal en España quedó desactivada desde el principio por la incapacidad del estado para implantarla sólidamente en su propio aparato represivo —empezando por la Guardia Civil—, y por la inevitable hermenéutica jurídica, clasista en este caso. La represión penal afecta a las diversas clases sociales con enorme desigualdad, dada la tendencia del sistema legal-policial-judicial a criminalizar pura y simplemente la pobreza.

La punición jurídica afecta en el período del capitalismo concurrencial principalmente a personas pertenecientes a las clases subalternas. La humanización punitiva siempre ha sido epidérmica[25]. Por otra parte, periódicamente reaparecen «teorías» que dan por supuesta una «anormalidad» o un determinismo biológico o social en las personas cuyos actos encajan en los tipos penales. Esas «teorías» facilitan realizar con buena conciencia la tarea —tan monstruosa como ciertos crímenes— de la represión penal. Así, un médico italiano llamado Lombroso elaboró a finales del XIX la «teoría» de los «criminales natos», que cometen inevitablemente delitos y tienen unos rasgos craneanos muy precisos. Durante algún tiempo la policía se dedicó a medir los cráneos de los sospechosos[26]; seguro que más de uno fue al patíbulo por sus ángulos craneanos. En el siglo XX aparecen «teorías» análogas, que recurren a las hormonas o a la genética. Es obvio que la esquizofrenia característica de la actual formación social resulta a veces insoportable y es por ello un generador cultural de antijuridicidad.

5.2.1.2. El sistema de tribunales

El estado policía, guardián del orden, establece un conjunto de tribunales dándole la forma de un sistema funcional jerarquizado.

Crea una magistratura capacitada técnicamente para decidir los conflictos que se susciten tanto en la esfera privada como en la pública. Una jurisdicción es un conjunto escalonado de jueces y tribunales,

25. *Vid.* M. Foucault, *Vigilar y castigar*, trad. cast., Siglo XXI, México, 1976.

26. *Vid.* L. Maristany del Rayo, *El gabinete del doctor Lombroso (Delincuencia y fin de siglo en España)*, Anagrama, Barcelona, 1973. Las teorías «lombrosianas» reaparecen constantemente en el dominio de la criminalística. Recientemente una de las autoridades de la policía británica, *Scotland Yard*, proponía tomar el ADN de los niños díscolos en las escuelas de educación primaria, considerándoles criminales potenciales.

con competencias —o capacidades legales de actuación— específicas en cada caso. Muy pronto aparece la *jurisdicción* civil como jurisdicción especializada, con un *procedimiento* específico. Al lado de la jurisdicción civil existió inicialmente sólo la penal, con un procedimiento distinto. (Al margen de ellas quedó inicialmente la jurisdicción militar, con competencias variadas: a veces demasiado variadas.)

El conjunto de los jueces y tribunales está escalonado por una parte para atribuir los asuntos en primera instancia a diferentes órganos judiciales en función de la importancia de la materia en litigio (delitos o faltas, cuestiones de menor o mayor cuantía), y por otra para hacer posible *apelar* contra el fallo de una instancia ante la superior, llegándose en ciertos casos ante el Tribunal Supremo, que en el estado policía ponía fin último a la cuestión en litigio.

El procedimiento iusprivatista está presidido por la idea general según la cual son exclusivamente *las partes* litigantes las que *plantean* la *litis* que la magistratura debe resolver —esto es: se decidirá únicamente acerca de lo planteado por los particulares—; e igualmente son las partes quienes *impulsan* el proceso con sus intervenciones, estando tasados los plazos en que los jueces o tribunales deben dar respuesta a las cuestiones planteadas.

El procedimiento penal, seguido en una jurisdicción —o conjunto escalonado de jueces y tribunales— distinta de la jurisdicción civil, con alguna excepción funciona, a diferencia del procedimiento civil, *de oficio*, es decir, impulsado por el propio poder público, a partir del escalón básico del juez de instrucción. Los jueces y magistrados pueden actuar aunque no lo solicite nadie, ni siquiera el perjudicado por un delito, ya que se entiende que el mal que causa éste afecta a un bien *público* y no sólo a un bien particular.

A estas jurisdicciones el estado francés añadió muy pronto una tercera: la jurisdicción contenciosa-administrativa, que sólo tardíamente apareció integrada en el poder judicial español y a la que se aludirá más adelante. En el siglo XX, y con la mutación del estado gendarme en estado intervencionista, esa nueva jurisdicción experimentará un auge y surgirá además la jurisdicción laboral o social.

El sistema de tribunales trata de afirmar la *neutralidad* estatal en la vida social. Lo cual es una mera petición de principio, pues da por supuesto que la propia legislación que aplican los tribunales es socialmente neutral, y sobre todo que también lo es la cultura de los magistrados (para quienes el habla misma de las clases populares y sus valores suelen resultar ininteligibles todavía hoy).

Inicialmente se impuso una concepción de la actividad de los jueces y magistrados teorizada por Montesquieu según la cual los tribu-

nales no añaden nada al derecho: su función es limitarse a ser —según la expresión consagrada— la mera *boca de la ley*[27].

Se pretende, pues, que la ley habla por la boca de los magistrados cuando éstos deciden controversias específicas, y que los juzgadores no añaden nada al derecho legislado (o al consuetudinario aceptado por el legislador). Con independencia de que se defendiera esta tesis simplista para mantener la verosimilitud del relato político moderno, con la ley como emanación de la voluntad general, de ella nació una de las representaciones más peregrinas de la actividad de juzgar que imaginar se pueda: la llamada concepción *silogística* de la decisión judicial, que hizo fortuna en la historia de la doxología jurídica.

La idea del *silogismo judicial* supone que la sentencia es el resultado de un razonamiento lógico de tipo silogístico cuya premisa mayor, universal, está constituida por el enunciado de la ley; la premisa menor, particular, por el enunciado de los hechos, de lo que se infiere como conclusión un enunciado que aplica a lo descrito en la premisa menor la cualificación jurídica contenida en la mayor.

Los razonamientos de los jueces y tribunales no son tan simples ni consisten solamente en eso. El razonamiento de los jueces es de tipo clasificatorio, esto es, intentan modelar los actos humanos y los hechos sociales conforme a las tipologías contenidas en las normas jurídicas. Sus razonamientos, complejos, tratan de adoptar formas silogísticas, pero éstas no son las únicas que los presiden. Sobre todo, los jueces *toman decisiones* —lo que nunca ha formado parte de silogismo alguno—; unas decisiones que tratan luego de argumentar. A veces, en ciertos casos difíciles, las adoptan echando una moneda al aire y argumentan *luego* la legitimación. Aquí interesa destacar que una parte importante del estrato hermenéutico jurídico[28] —el conjunto de cánones y reglas de interpretación de las normas; de principios, tópicos, juicios de valor aceptados gremialmente, doctrina académica, etc.— se formó durante mucho tiempo a partir de aquella suposición y dando por buena tal concepción del enjuiciamiento judicial.

Así ha ocurrido, además, porque con la fuerza lógica del silogismo se afianzaba la idea de que la actividad de juzgar no es obstáculo para la realización de los ideales de certeza y seguridad jurídica. En

27. Montesquieu, *Del Espíritu de las Leyes*, trad. cast. de M. Blázquez y P. de Vega, Tecnos, Madrid, 1993, p. 112: «Los jueces de la nación no son, como hemos dicho, más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes». Obviamente, como sabe cualquier lector de periódicos, los jueces de la nación suelen animarse bastante.

28. *Vid.* mi trabajo *Elementos de análisis jurídico*, Trotta, Madrid, ⁴2006, especialmente el epígrafe 6.2.

realidad la salvaguarda de estos ideales no es en último término el estatuto gnoseológico más o menos perfeccionado del razonamiento judicial sino sobre todo la ideología de los magistrados y la lógica interna del poder judicial, determinada por su estructura jerárquica.

5.2.1.3. La supuesta autonomía del derecho moderno

Sobre la base de que el sistema de la ley parlamentaria aplicada en caso de conflicto por un sistema de tribunales altamente profesionalizado y especializado, algunas *doctrinas* sobre el derecho moderno sostienen que éste es una esfera autónoma, separada de la esfera política y de la esfera económica de la sociedad. A veces se utiliza incluso la palabra 'sistema': la sociedad formaría un «sistema» y el derecho sería un «subsistema» de tal «sistema».

Es cierto que en el campo del derecho se realiza un trabajo de ordenación social especializado. Sería absurdo pensar que una división del trabajo social que a partir del siglo XIX da origen a una serie de profesiones jurídicas especializadas no ha podido producir una entidad cultural —el derecho moderno, o mejor: *la interpretación especializada del derecho moderno*— relativamente tecnificada y por ello sustraída, también relativamente, a la influencia de otros campos de actividad especializados.

Sin embargo la sugerencia de que la *interpretación* del derecho —pues la legislación misma, por tecnificada que esté, es obra del poder político, y por tanto queda excluida de la preconizada *autonomía*— tiene una lógica autónoma, es asunto que merece ser analizado.

La «autonomía» de las argumentaciones «técnico-jurídicas» significa en realidad que su aceptación se da o no se da *sólo dentro del campo especializado* de los intérpretes autorizados del derecho dictado en sede parlamentaria o contenido en los decretos del gobierno: entre funcionarios reconocidos para aplicarlo, para enseñarlo, y abogados y demás miembros de profesiones jurídicas (notarios, registradores, procuradores, etc.). La «autonomía» significa primariamente que está excluido de la interpretación del derecho quien no es un jugador aceptado dentro del campo jurídico. Es dentro del campo jurídico donde se decide qué es técnico-jurídicamente aceptable y qué no lo es.

Sin embargo las argumentaciones «técnico-jurídicas» mismas no tienen por qué ser autónomas de fenómenos que se dan *fuera del campo jurídico*: no son autónomas respecto a los intereses de las diversas fuerzas políticas y sociales, los distintos campos de intereses económicos, o incluso de las preconcepciones que el poder simbólico ha impuesto en las consciencias de los operadores jurídicos.

Por ello hay que ser cuidadosos: no se puede ser indiferente a la existencia de un «estrato hermenéutico» de opiniones jurídicas aceptadas por los operadores jurídicos y de una especialización técnica en el trabajo de intermediación jurídica que dota de cierta autonomía al derecho moderno aplicado por los tribunales, en el sentido de que son los intérpretes autorizados de la legalidad los que deciden qué es coherente dentro de ese estrato hermenéutico.

Pero, al propio tiempo, esto no parece motivo suficiente para afirmar una «autonomía» del derecho moderno visto en su conjunto, pues está determinado políticamente por la ley y socialmente por la cultura de los intérpretes autorizados y por sus intereses, esto es, por el poder simbólico y el interés cultural, político y económico de estos últimos. Aquí se entiende que no constituye un «sistema autónomo», aunque el lector debe saber que varias doctrinas jurídicas lo presentan como tal: desde la «teoría pura del derecho» de Kelsen a la «concepción sistémica» de Luhmann.

5.3. LA LUCHA CONTRA LAS INMUNIDADES DEL PODER

Las proclamas o declaraciones de derechos fundamentales de los sistemas políticos modernos establecen la igualdad política, o, dicho menos acríticamente, afirman la irrelevancia política de la desigualdad social, o, dicho aún de otro modo, crean una forma *discursiva* de igualdad, meramente jurídico-política. 'Meramente' significa que eso no altera la desigualdad fuera del plano de los discursos políticos y jurídicos.

Con independencia de la crítica de fondo a los sistemas político-sociales modernos, que estipulan un compromiso que son constitutivamente incapaces de cumplir, de extenderlo a todos los seres humanos, también se puede señalar, en un plano más epidérmico, que ni siquiera la igualdad *meramente jurídica*, una vez solemnemente proclamada, quedó sin más articulada y reconocida jurídicamente.

Pues al poder estatal moderno, que se caracteriza por definirse jurídicamente (a través del sistema constitucional, etc.), siempre le han sobrado ámbitos en que puede actuar al margen de la ley.

No se trata sólo de la más que dudosa vinculación a la soberanía popular de la representación política parlamentaria; ni tampoco se trata meramente de que la decisión de la última instancia de un sistema de tribunales especializado puede resultar enteramente contraria al derecho, a la verdad de los hechos e incluso a nociones elementales de justicia. Se trata de que el más fuerte de los poderes del estado,

el gobierno, que dirige la administración pública, pese a tener teóricamente a su cargo meras funciones de ejecución o puesta en práctica de las leyes, ha gozado siempre de enormes zonas de anomia: de ámbitos enteros de actuación en los que puede escapar *legalmente* a cualquier control jurídico, por no hablar de los ámbitos en que puede hacerlo como simple cuestión de hecho.

En principio eran sólo las jurisdicciones civil y penal aquéllas ante las cuales los particulares —fueran personas físicas o jurídicas— podían reclamar contra la actividad ilegal o anómica del estado. Pero conceptos jurídicos como las del enriquecimiento sin causa, o los tipos penales, no han sido concebidos obviamente para contener el ilegalismo estatal; además éste se puede dar sin que los dignatarios o funcionarios responsables de él incurran en actividad ilícita o antijurídica alguna. El problema de poner límites a la inmunidad jurídica de los poderes públicos atraviesa enteramente la historia del estado moderno sin solución de continuidad.

Un hito importante en la lucha contra las inmunidades del poder fue una creación napoleónica, al igual que el *Code Civil*: la institución del Consejo de Estado, el *Conseil d'État*, galo.

Napoleón advirtió que en el curso de la actividad administrativa normal los poderes públicos —señaladamente la Hacienda pública— cometen errores o actúan en contra de lo previsto por las leyes. Dispuso por remediarlo que en determinadas circunstancias fuera posible iniciar un *recurso* contra la actuación de la administración, entablado ante la misma instancia cuya actuación se discute o ante la instancia jerárquicamente superior. Esto es la base de uno de los elementos del *procedimiento administrativo*. Pero no sólo hizo eso: creó también un órgano administrativo especial, el *Consejo de Estado*, para dirimir los conflictos que no quedaran zanjados en esa fase previa, con lo que puso la simiente de lo que andando el tiempo se convertiría en la *jurisdicción contencioso-administrativa*, denominación de la jurisdicción que con el tiempo también llegó a ser implantada en España.

La jurisdicción contencioso-administrativa no se desarrolló fácilmente ni siquiera en Francia. Para empezar, el *Conseil d'État* napoleónico es un órgano de la administración (y no del poder judicial). Que la administración decida contra sí misma es ya difícil, y más que el propio gobierno haga cumplir las decisiones del *Conseil d'État* cuando son contrarias a otros órganos de la administración (las órdenes de un ministro, por ejemplo). Aunque los gobiernos franceses de la Restauración post-napoleónica no abolieron el *Conseil d'État*, éste sólo pudo sobrevivir a base de desplegar —por decirlo suavemente— toda la curvatura de sus espaldas. Pero sobrevivir a aquella temible restauración absolutista dio carta de naturaleza al contencioso-administrativo en el derecho francés.

También en España hubo de pasar mucho tiempo antes de que estas instituciones jurídicas lograran arraigar. En realidad no lo hicieron hasta 1956, cuando en plena noche del franquismo se aprobó una *ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*. Sin embargo el gobierno de la dictadura tuvo buen cuidado de dejar abierta la puerta a la falta de ejecutividad *legal* de las decisiones de esa jurisdicción, incluso las de su más alta instancia, el Tribunal Supremo[29], en determinados casos, para amparar lo que los políticos llaman «razón de estado», esto es, los crímenes políticos y la delincuencia de alto rango para la que se busca impunidad. Nótese que —al igual que ocurriera con las decisiones del Consejo de Estado francés— nos hallamos ante la falta *legal* de ejecutividad de las sentencias, de la que han echado mano los gobiernos en no pocos casos durante el período en que estuvieron en vigor las disposiciones de esa ley que permitían la inoperancia de la ley misma.

Además de esta inoperancia *legalmente* permitida, al menos hasta la Constitución de 1978, está la falta de ejecutividad, como ilegal cuestión de hecho, de muchas sentencias firmes contra la administración pública: no sólo contra la administración del estado sino incluso contra innumerables administraciones locales. Éste es uno de los fenómenos que componen lo que debe llamarse *ilegalismo de los poderes públicos*.

El poder se halla sometido al derecho sólo en parte y formalmente. Que lo esté de verdad, materialmente, es poco más que un piadoso deseo.

La otra cuestión espinosa y siempre en construcción —tanto en el derecho francés como en el español— es qué debe ser considerado un *acto adminitrativo*, es decir: qué aspectos de la actividad de la administración son susceptibles de control jurisdiccional.

29. De las características que adquirió la ley de lo contencioso-administrativo por imposición del gobierno da una idea el hecho de que el redactor del proyecto de ley inicial, Manuel Ballbé, un gran jurista que era procurador en las Cortes franquistas, votó en contra del texto finalmente propuesto por el gobierno, uno de los escasos «votos en contra» registrados en la historia de aquellas estrafalarias «Cortes».

Justamente los artículos que convertían aquella ley franquista en un bochornoso sarcasmo del control jurisdiccional fueron invocados en 1996 por el Ministro de Defensa de entonces para argüir que el poder ejecutivo no siempre está obligado a cumplir las sentencias del Tribunal Supremo. Con la Constitución de 1978 los aspectos de la ley franquista invocados por el Ministro habían quedado derogados, obviamente.

No todos los actos de la administración son actos administrativos, susceptibles de recurso, de enjuiciamento en último término ante los tribunales. Se ha elaborado una notable *doctrina jurídica de los actos públicos*, doctrina a la que están asociados los nombres de los iuspublicistas más importantes de finales del siglo XIX y principios del XX. Se trata de diferenciar los *actos administrativos* por un lado de los llamados *actos de trámite* (pasos diversos de un expediente administrativo anteriores a su resolución, dicho sea para entendernos) que no tienen alcance jurídico independiente pues no dan lugar a cambios en la situación jurídica de nadie (aunque la doctrina jurídica prevé las condiciones en que actos de trámite hayan de ser vistos como actos administrativos, recurribles, por estar jurídicamente viciados), y, por otro lado, de los *actos políticos o de gobierno* (por ejemplo, el nombramiento de un gobernador civil), que en principio quedan fuera del alcance de la jurisdicción administrativa (no en cambio si pese a ser actos de gobierno encierran alguna ilegalidad). Por otra parte la doctrina otorga el valor de acto administrativo al *silencio* de la administración, y en ciertos casos atribuye consecuencias jurídicas a su total inactividad.

Sin embargo la cuestión de qué actividades del gobierno y de las administraciones públicas son susceptibles de control no ha quedado resuelta. Ni puede quedar resuelta de una vez por todas. Las categorías propuestas (por ejemplo, la distinción entre actos discrecionales y actos normados) no limitan suficientemente la capacidad de eludir el control de legalidad. Sólo leyes muy precisas pueden dar ocasión a que la jurisdicción contenciosa determine que ciertos actos no son *discrecionales*, o *políticos*, o de *gobierno*. Y, aún así, las decisiones judiciales han de ser *ejecutadas* por el propio gobierno cuyo obrar se ve descalificado por ellas.

A pesar de todo no deja de ser notable el intento de someter al derecho incluso al gobierno del estado como tal, y no sólo a los seres humanos que lo detentan. En la obra de un gran jurista del siglo XX, Hans Kelsen, como se verá, la lucha contra las inmunidades del poder da un paso más, pues Kelsen propone someter al derecho a *todos* los órganos del estado, o, dicho de otro modo, propone una visión jurídica de toda la actividad estatal. El ideal liberal de juridificarlo todo se extenderá también al derecho público.

Sin embargo las grandes ideas suelen descuidar la tozudez de los hechos. Uno muy importante es que los estados se rodean de opacidad para realizar en secreto su actividad. El secreto y la inaccesibilidad han sido siempre la norma. En el derecho europeo sólo los nórdicos, y en particular los suecos, han vuelto accesible a todos los ciudadanos cualquier información relativa al ámbito público concediendo un

rango fundamental al *derecho a mirar*. Pero fuera del ámbito de los países escandinavos subsistirá durante mucho tiempo, incluso con procesos de democratización relativamente avanzados, una cultura del secreto que considera una concesión desmesurada que el pueblo soberano pueda fisgar en todos los actos de los servidores públicos como tales. Y eso por no hablar de nuestro propio tiempo, en que la Unión Europea declara secreto Reglamento de la Comisión Europea 1546/2006 que restringe nuestros derechos en beneficio de la «seguridad aérea», reglamento que modifica el Reglamento 622/2003 que ya preveía como secretas las medidas de control. En lugares como los aeropuertos (de momento) no sabemos siquiera qué nos pueden hacer los servidores públicos, o incluso los guardianes de empresas de seguridad privadas en las que los primeros delegan sus tareas. Al propio tiempo la Europol ha hecho público que ha elaborado una *lista secreta* de organizaciones y personas calificadas por la propia Europol de «terroristas», esto es: la Europolicía hace público que no quiere hacer público a quién considera «terroristas».

El «derecho a mirar» es hoy una necesidad democrática elemental.

5.3.1. *La idea de «estado de derecho»*

Hoy la idea de «estado de derecho» es empleada comúnmente por los juristas positivistas para aplicarla al estado bajo cuyo dominio viven y evitarse así problemas de conciencia con las cuestiones relativas a la injusticia.

Sin embargo originariamente no fue eso. La expresión se ha usado crecientemente desde mediados del siglo XIX para designar el conjunto de condiciones que debe satisfacer un sistema político-jurídico para que se le tenga como mínimamente democratizado, esto es, con garantías suficientes para los sometidos a ese poder. «Un gobierno de leyes y no de hombres», en expresión del presidente de los Estados Unidos John Adams, en el siglo XVIII; o justificar el poder por su sometimiento a normas; o la idea de que existen normas prejurídicas que ni el mismo soberano puede violar legítimamente: he aquí, diversamente expresadas, concepciones que formulan el ideal de que todos los actos del estado queden sometidos a normas jurídicas y entrañen por tanto responsabilidad. La idea de una sumisión automática, por decirlo así, del estado al derecho, y formas institucionales que vayan en esa dirección[30].

30. *Vid.* J. Puig Brutau, «La historia constitucional angloamericana narrada por un civilista», en *Medio siglo de estudios jurídicos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.

Muchos estados afirman satisfacer unos requisitos mínimos, que a continuación se enunciarán, para ser considerados «estados de derecho», esto es, estados regulados por una ley no arbitraria y no sometidos a un dominio despótico. Desgraciadamente en esta materia hay que aprender a distinguir en seguida la verosimilitud formal de la verdad material, las «verdades de papel» de las verdades. Para ello es preciso ir más allá de las apariencias jurídicas, con las que se conforman ciertos intermediarios «jurídicos» empapuzados de «derechos humanos», «valores superiores» y «principios de legalidad». Hay que tomar en consideración los informes de organismos independientes y desinteresados de valor reconocido, señaladamente Amnistía Internacional. Dicho de otra manera: una cosa son los derechos humanos en los libros y otra en la realidad descrita en los informes de Amnistía Internacional.

Entre las características constitutivas de la idea de «estado de derecho» suelen mencionarse las siguientes: 1) reconocimiento constitucional de derechos fundamentales y libertades políticas básicas; 2) imperio de la ley como expresión de la voluntad popular; 3) separación de los poderes del estado; 4) sumisión a la ley de los poderes públicos; 5) una penalidad restrictiva, sin tratos crueles, inhumanos ni vejatorios.

1) El reconocimiento constitucional de derechos fundamentales y libertades políticas básicas es el fundamento de la idea de «estado de derecho». Tales derechos y libertades han sido conquistas populares históricas. Corren desde la libertad individual o el derecho a no ser detenido, encarcelado ni privado de sus bienes, que se encuentran ya en la Carta Magna inglesa de Juan Sin Tierra (1215), al sufragio universal efectivo[31] o al derecho de manifestación recogido por la Constitución española de 1978. A estos derechos se les da a veces el nombre de «derechos fundamentales de primera generación» (para distinguirlos de los de «segunda generación», que serán los derechos sociales y culturales del estado intervencionista, y aún de los de «tercera generación», para proteger intereses difusos, como el derecho al medio ambiente).

Es preciso tener en cuenta que los textos constitucionales no reconocen como derechos fundamentales algunos comportamientos que

31. Una relación aceptable de estos derechos y libertades básicas es la que puede trazarse a partir de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, y del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966.

deberían estar reconocidos desde hace mucho tiempo, como el «derecho a mirar» toda la actividad de los entes públicos, o el «derecho a la eutanasia», derecho a ser ayudado por un médico a morir sin sufrimiento; o el derecho de las mujeres a rechazar un embarazo indeseado.

La conquista de la mayoría de los derechos fundamentales ha exigido años de combate político y social, lo que debe ser recordado. Basta pensar que derechos tan básicos como el de asociación sindical y el de huelga han costado no poca sangre para entrever que su existencia, como la de otros derechos básicos, no puede darse por descontada en el futuro. Se trata, por otra parte, de derechos aún no universalmente admitidos. Poblaciones inmensas que acceden tardíamente al universo industrial, como las del sudeste asiático, carecen de ellos.

Por otra parte, un cambio de las condiciones sociales puede alterar la eficacia de algunos derechos fundamentales: así, en el siglo XXI, con la práctica desaparición de la gran fábrica y del empresario localizable, el derecho de huelga se vuelve muy indirecto, ya que las huelgas suelen perjudicar directamente a conciudadanos y no tanto a los empresarios; en realidad las huelgas llaman la atención del estado sobre malas prácticas empresariales a costa de causar perjuicios inmediatos a los conciudadanos. Así ocurre en los casos de huelgas en los transportes u otros servicios públicos. El derecho de huelga en el siglo XIX y parte del XX suscitaba solidaridades entre trabajadores no afectados directamente; en el siglo XX, los *usuarios* no han aprendido aún a descargar sobre el empresariado las molestias que les ocasionan huelgas de trabajadores perfectamente razonables, y la *solidaridad* cívica desaparece, al menos de momento.

La idea de «estado de derecho» exige no sólo la proclamación constitucional de los derechos fundamentales sino también su reconocimiento efectivo. Muchos estados los incluyen en sus constituciones políticas, pero los que efectivamente los respetan y hacen respetar son muchos menos. No se puede decir que la calificación de «estado de derecho» sea aplicable a un estado que no reconozca a las mujeres el derecho de sufragio —como ha sido el caso en numerosísimas legislaciones hasta muy adentrado el siglo XX—, o cuando los estados amnistían a funcionarios culpables de asesinatos y torturas en masa, como ha ocurrido en Chile y en la República Argentina, o cuando los gobiernos *reinciden* en indultar a policías condenados judicialmente por torturas más de una vez[32].

32. Tal es el caso de España. Véase *Amnistía Internacional, Informe de 1996*, Editorial Amnistía Internacional, Madrid, especialmente p. 170. La *guerra sucia* contra el terrorismo produce estas cosas.

2) El imperio o supremacía de la ley como expresión de la voluntad popular hace referencia a dos cuestiones: la primera es la superioridad de las leyes sobre cualquier otra norma o actuación de las autoridades políticas —incluidas, por ejemplo, las importantísimas consignas[33], o los dictados o incluso opiniones contrarias de las personas investidas del mayor poder estatal—, por una parte. Y también hace referencia a la legitimación democrático-popular de las leyes mismas.

Esta segunda condición puede ser puesta en entredicho en numerosos sistemas políticos en los que las asambleas legislativas, si existen, son puramente nominales. La relación de las leyes con la voluntad popular también puede ser puesta en cuestión, en ciertos casos, en los sistemas políticos representativos, cuando lo legislado constituye un fraude respecto de las promesas electorales de los legisladores.

3) La separación de los poderes del estado fue una conquista de las revoluciones burguesas frente a los sistemas políticos de las monarquías absolutistas, que concentraban todo el poder en unas pocas manos, y también frente a las formas políticas excepcionales del propio estado moderno.

De acuerdo con este principio de separación, el poder judicial ha de estar fuera del alcance de la influencia o la presión del poder ejecutivo, y sus decisiones resultar de obligado cumplimiento para éste. El principio significa también que las funciones legislativas han de estar por encima de las de gobierno.

Es dudoso sin embargo que sea técnicamente necesario siempre que el poder ejecutivo y el poder legislativo se localizan en órganos estatales diferenciados para la sumisión del estado al derecho. Un gobierno institucionalizado como mero comisionado del poder legislativo y responsable ante éste satisfaría la pretensión de la división de poderes tanto como los sistemas parlamentario y presidencialista; sería, efectivamente, un régimen con predominio de la asamblea legislativa, pero ésta no representa una opinión única e indivisible.

La urdimbre de la separación de poderes no consiste tanto en la institucionalización conocida del sistema de «pesos y contrapesos» —según la expresión de Montesquieu, en una época en que el reloj

33. Las *consignas* son instrucciones dadas por la autoridad política a sus funcionarios respecto del cumplimiento de algunas normas: por ejemplo, retrasar la entrega de documentos, o solicitar requisitos ilegales o exorbitantes a efectos de conceder permisos de residencia, ciudadanía nacional, etc.; recomendar formas de trato a solicitantes, detenidos, organizaciones sociales, etc. El consignismo se extiende a numerosas instituciones públicas, incluidas las educativas.

mecánico era la máquina más compleja conocida— cuanto en que *a*) el momento legislativo, en relación con la soberanía popular, sea decisivo y esté atribuido a un poder que en el ejercicio de su función se halle por encima del gobierno y del poder judicial, y, por otra parte, en que *b*) el poder judicial quede, en el ejercicio de su función, fuera del alcance de otros poderes del estado y por encima tanto del poder ejecutivo como de cualquier detentador de poder político, sea miembro del parlamento o del gobierno. Lo fundamental de la división de poderes es, naturalmente, que existan límites claros a la actuación del ejecutivo, siempre el más fuerte de los poderes por la naturaleza de las funciones estatales que corren a su cargo.

4) La actuación de cada poder del estado, en esta concepción *intrajuridicista* que es en el fondo la del estado de derecho, ha de quedar sometida a la ley.

De un sistema en que la actuación gubernamental no pudiera ser examinada ante los tribunales, en que la inmunidad del poder ejecutivo fuera una realidad, no se podría decir que es un estado de derecho. Y tampoco de un sistema en que los tribunales pudieran apartarse sistemáticamente de la obediencia a la ley.

Ahora bien: como cuestión material, es obvio que *el control jurídico tiene límites*. En algún lugar hay una *última* instancia, que durante todo el siglo XIX y parte del XX se ha situado en el Tribunal Supremo de cada estado, esto es, en la instancia más alta del poder judicial. Esta limitación del control jurídico de unos poderes por otros deja espacio para las crisis, en las que los poderes incurren en *ilegalidades* (dejan de someterse a la ley) que hacen peligrar el débil grado de democratización alcanzado. Al inventar los *tribunales constitucionales* Kelsen ensanchó en un grado más la instancia *jurídica* para dotar de mayor flexibilidad y capacidad de adaptación a los sistemas políticos. Así, los tribunales constitucionales, de actuación más bien excepcional en este orden de cosas, pueden dirimir los conflictos entre los diferentes poderes del estado (casi siempre circunscritos a los que se dan entre el poder ejecutivo de un lado y por otro el poder judicial, poderes de tipo federado e instituciones de intermediación política).

No obstante, ni siquiera este artificio —por otra parte peligroso, pues esta nueva y adicional última instancia jurídica puede resultar demasiado frágil para dirimir ciertos enfrentamientos— suprime la limitación de lo jurídico en sí. Es preciso recordar entonces algo muy básico: que los servidores públicos se controlen los unos a los otros no puede eliminar la necesidad de que sean los ciudadanos quienes los controlen a todos. Una ciudadanía desarticulada y no avisada difícilmente podrá hacerlo.

5) Una penalidad restrictiva, sin tratos crueles, inhumanos ni vejatorios es también condición necesaria del «estado de derecho». Por supuesto, qué sea cruel, inhumano o vejatorio es una cuestión histórica y que entraña un juicio de valor. No pocos estimarán que las largas penas de prisión son realmente muy crueles e inhumanas. Y por otra parte en los sistemas penales menos humanizados se tiende a reimplantar penas bárbaras aparentemente humanizadas por imponerse a través de medios técnicos avanzadísimos. También en el ámbito penal es verdad que el progreso técnico no significa mejoramiento social sino, muy a menudo, todo lo contrario.

La falta de alguno de estos requisitos en un sistema político determinado se puede esgrimir como argumento deslegitimador. Las autoridades políticas más bárbaras ponen gran empeño en no parecerlo, y a veces la crítica contribuye a embridar su desenfreno. El conjunto de requisitos que los juristas proponen como elementos mínimos de legitimidad es sin duda insuficiente y siempre está necesitado de revisión y actualización. El concepto de «estado de derecho», como cualquier cosa, no se puede usar sin más —pues, como una red demasiado gastada, podría resultar inoperante para atrapar las ilegalidades del poder—.

La idea de «estado de derecho» no es inútil ni redundante, pero sí producto de un pensamiento jurídico extraordinariamente simplista que creyó posible controlar al poder mediante la mera combinación del control jurídico de sus propios funcionarios y el recurso periódico a consultas populares abstractas y escasamente vinculantes.

5.4. LOS JURISTAS EN LA SOCIEDAD CONCURRENCIAL

En la sociedad de capitalismo concurrencial es posible distinguir dos tipos básicos de jurista además de tipos híbridos y profesiones especiales de base jurídica. Los tipos básicos pueden recibir los nombres de «juristas de mercado» y «juristas de estado».

El «jurista de mercado» es el tipo de jurista formado por la sociedad liberal. Un tipo del que todavía hoy se deriva el modelo fundamental de actividad: la del abogado. En la sociedad concurrencial el abogado está vinculado a actividades que se desarrollan en la esfera privada. Sus funciones se relacionan directamente con las fases preparatorias de la producción de mercancías, o sea con la constitución de los capitales productivos, y las de realización de beneficio, o conversión de las mercancías en dinero.

Contrariamente a lo que se suele creer, la función principal del abogado no consiste en litigar. Su trabajo consiste, por el contrario,

en poner las condiciones *particulares* de orden necesarias para el tráfico.

El trabajo del abogado procura la estabilidad de los distintos capitales. No trata, en realidad, con personas, sino con patrimonios. Interviene cuando éstos han de cambiar forzosamente de titular (sucesiones) o cuando una relación personal, como el matrimonio, puede vincularlos; cuando distintos capitales han de unirse para determinada actividad empresarial (contratos de sociedad); cuando se necesita una financiación especial coyuntural (hipotecas) o se corren riesgos especiales (seguros); o cuando es preciso proteger un bien de naturaleza intelectual aportable a la producción (patentes).

El abogado, en su actividad esencial, no es un litigante: es un componedor de normas privadas, particulares. Su trabajo consiste en preparar y hacer aceptables —dadas las finalidades de los sujetos de la sociedad civil— todo tipo de compromisos. Su habilidad técnica se basa tanto en el conocimiento del derecho en vigor como, sobre todo, en el conocimiento de las características específicas de la actividad económica de que se ocupan en cada caso sus clientes. El abogado-jurista de mercado desempeña la función de un canalizador del tráfico económico menudo en una sociedad que se ve a sí misma como autorregulada a través del mercado.

El mercado, sin embargo, no es capaz de vehicularlo todo. Las colisiones de intereses, los cuellos de botella en la circulación de capitales y mercancías, originan lo que los economistas han llamado (con un barbarismo, como es característico en ellos) «externalidades». Lo que es ingobernable por el mercado pasa a manos del otro gran instrumento de agregación de voluntades de la sociedad liberal: el estado. Los tribunales estatales se hacen cargo de la problemática que el mercado no ha podido resolver. El jurista de mercado, redactor en su gabinete de documentos, estipulador de cláusulas condicionales, inventor de conceptos acuñados para prevenir eventualidades del tráfico, se convierte entonces en jurista *de foro*. Del bufete al foro. Allí tratará de defender su caso mostrando, esencialmente, que la «lógica del mercado», la lógica del tráfico de mercancías, está de su parte. Pues el foro fue en lo fundamental, en esa época, un sucedáneo del mercado.

El otro gran modelo de jurista de la sociedad liberal, el «jurista de estado», se construye básicamente en torno a la figura del magistrado.

El magistrado es el encargado de dirimir los conflictos que escapan al mercado. La posición del jurista de estado es sin embargo distinta de la que adopta el jurista de mercado. Si éste se ha de situar

forzosamente en el punto de vista de la defensa de un patrimonio particular o de una empresa determinada, el jurista de estado ha de velar por la tutela de los patrimonios en general y del tráfico económico, de la sociedad mercantil en su conjunto. Ello es así tanto si se trata de un magistrado como de un funcionario público que ha de dirigir actividades de fomento o administrar las actividades estatales que garantizan el orden público social y económico en cuyo seno es posible la actividad productiva mercantil.

El magistrado puede creerse «mera boca de la ley» porque su función, en la sociedad liberal, no es servir a una política económica determinada sino, simplemente, eliminar las dificultades que se oponen a la autorregulación mercantil y al orden público económico. Puede convencerse a sí mismo de que *se limita a hacer cumplir la ley*, pues las eventuales innovaciones que un magistrado haya de introducir en el orden establecido serán vistas como el *descubrimiento* de una regla implícita en la lógica económica y jurídica imperante.

La conservación de la parafernalia de los tribunales, de su escenografía y *atrezzo* —minuciosamente regulados— responde a la finalidad de presentar a los magistrados *por encima* de la sociedad civil y *diferentes* de los componentes de ésta. No ha de extrañar, pues, que los magistrados conserven y desarrollen una ideología profesional particular de *servidores neutros de la ley*[34].

Por supuesto, también se requiere la intervención de los juristas de estado cuando se producen graves transgresiones del orden social. No se examinará aquí este punto, que tiene que ver con la criminalización de la miseria. El derecho penal es asunto de pobres, parias por definición en una sociedad de propietarios.

La sociedad liberal conservó por otra parte un tipo «híbrido» de jurista: determinadas funciones públicas, esencialmente vinculadas a la fe pública y a la publicidad registral, habían sido asignadas desde el *ancien régime* a particulares[35], ahora a «juristas de mercado», lo que da un tercer tipo de profesiones jurídicas —notarios, registradores de la propiedad— de rasgos mixtos. Son mencionadas aquí para completar el catálogo profesional básico. Por lo demás, esta condición de los «juristas híbridos» ha mostrado siempre cierta disfuncionalidad. Sus

34. Esa ideología forma parte de lo que P. Bourdieu llama *habitus*. *Vid.* su obra *Poder, derecho y clases sociales*, cit.

35. La venta de cargos públicos de este tipo había sido un medio empleado por los monarcas absolutistas para recaudar impuestos y al mismo tiempo arrebatar funciones a la nobleza. Para el caso francés a partir de Enrique IV, paradigmático, puede verse L. Goldmann, *Le Dieu caché* (trad. cast., *El hombre y lo absoluto*, Península, Barcelona, 1967).

funciones podrían estar mejor garantizadas en manos de magistrados. Sin embargo los «juristas híbridos» han conseguido especializar sus prácticas profesionales volviéndolas relativamente herméticas a otros juristas, con lo que estas particulares especialidades profesionales lograrán mantenerse incluso pese a su disfuncionalidad.

En la sociedad concurrencial la formación jurídica era también un trampolín de acceso a ciertas profesiones de acentuado carácter público, como el periodismo o el ejercicio profesional de la política. Ello está ligado a la función metaprofesional, sociopolítica, de los juristas.

Dadas las funciones profesionales que asume, el jurista de la sociedad liberal era esencialmente un iusprivatista. El modo de ejercicio profesional del derecho se acomodaba además a los patrones de la pequeña empresa artesanal. Habitualmente el abogado era titular de un «bufete» individual que era, en sí mismo, una agencia de servicios jurídicos. La institución del «pasante» mal pagado —ayudante con conocimientos jurídicos medios, que aprende del «maestro» con el que colabora— y del personal administrativo y de servicio, así como la calidad de éstos, se integraban en esta lógica artesanal. El titular del bufete, con sus cualidades personales, polemológicas y de foro, pero sobre todo a través de su inserción en determinadas redes de relaciones personales y de clase, atrae a los compradores de servicios, con los que establece a veces una relación parecida a la del médico de cabecera con sus pacientes. De ahí la importancia de las apariencias externas en el ejercicio profesional. Y, también, en la sociedad de capitalismo concurrencial, lo innecesario de la especialización jurídica. El abogado se ocupaba de todas las cosas divinas y humanas. Las corporaciones profesionales de esta actividad titulada conservaban socialmente un poder parecido al que los gremios profesionales tenían en las ciudades a principios de la edad moderna.

Además de las funciones profesionales correspondientes, los distintos tipos de juristas de la sociedad liberal han desempeñado un importante papel en la construcción, la transmisión y la necesaria adaptación de la hegemonía cultural de la burguesía. Como apuntó Ortega[36], en toda profesión universitaria se da, además del ejercicio profesional, una función social de mando, entendida como un ejercicio difuso de hegemonía sobre el cuerpo social. Se trata de un mandar no ya mediante imperativos sino mediante modelos, mediante comportamientos prototípicos que ejemplarizan las exigencias del «orden».

36. J. Ortega y Gasset, *Misión de la Universidad* [1931]; hay numerosas ediciones.

Las profesiones jurídicas fueron en la sociedad liberal el lugar privilegiado de ejercicio de esa hegemonía.

En tal ejercicio los profesionales del derecho han actuado de modos que hoy pueden verse ya como bifrontes y que se pueden calibrar diversamente. Han impuesto, ciertamente, modelos de comportamiento social característicamente propios de la burguesía, y han tendido a presentar el orden empresarial como el único posible. Pero muchos juristas han desempeñado también, grupalmente, incluso corporativamente, un importante papel en el hallazgo de formas de ritualización del enfrentamiento social: han cultivado una polemología tendente a sustituir las peores formas de violencia por comportamientos rituales, formales. La lucha por la abolición de la pena de muerte, de las penas y tratos degradantes y crueles a detenidos y condenados, han tenido a amplios grupos de profesionales del derecho (tanto juristas de estado como de mercado) entre sus agentes destacados. Lo mismo puede decirse de otras conquistas sociales, en el sentido de prohibiciones y barreras a la interferencia estatal arbitraria en nuestras vidas, que hoy conocemos con el nombre de libertades políticas y derechos y garantías individuales. Esta lucha de no todos pero sí de buen número de juristas es probablemente la más valiosa aportación de esta profesión al *demos*. Una tradición iniciada por los juristas de la sociedad liberal que no encuentra fácil acomodo en los tiempos presentes.

Capítulo VI

MADURACIÓN Y CRISIS DEL PROYECTO JURÍDICO-POLÍTICO MODERNO

SUMARIO: 6.1. Transformaciones del siglo XX. 6.1.1. Introducción. 6.1.2. Una propuesta de periodización. 6.1.3. El mundo de Kafka. 6.1.4. Tendencias del estado intervencionista. 6.2. El estado intervencionista normalizado. 6.2.1. Los últimos impulsos del garantismo. Derechos e intereses. 6.2.2. La lógica de las políticas keynesianas. 6.2.2.1. El compromiso político-social del estado intervencionista. 6.2.3. Cambios funcionales y orgánicos del estado intervencionista. 6.2.3.1. Los cambios funcionales del estado. 6.2.3.2. Los cambios orgánicos e institucionales. 6.3. El derecho intervencionista y asistencial. 6.3.1. Cambios en la propiedad y el contrato. 6.3.2. La politicidad del conjunto del derecho. 6.3.3. Los derechos sociales. 6.3.4. El desbordamiento del derecho concurrencial. 6.3.5. Algunos aspectos relevantes del derecho intervencionista. 6.3.5.1. El derecho administrativo. 6.3.5.2. Los derechos de las relaciones industriales. 6.3.5.2.1. El derecho empresarial. 6.3.5.2.2. El derecho laboral. 6.3.5.3. Las transformaciones del derecho penal. 6.4. Los juristas del intervencionismo.

6.1. TRANSFORMACIONES DEL SIGLO XX

6.1.1. *Introducción*

Eric Hobsbawm sugiere la imagen de un siglo XX tendido entre la primera guerra mundial y el desmoronamiento de la Unión Soviética, con la guerra de los Balcanes como una de sus consecuencias[1]. Esta

1. E. Hobsbawm, *Historia del siglo XX*, Crítica, Barcelona, 1995.

imagen compendia una verdad. Ciertamente el siglo XIX fue muy largo: se abrió con la Revolución francesa y no se cerró hasta la primera guerra mundial, que inauguró un mundo diferente. Ese mundo aún configura nuestra cultura, pero ha quedado definitivamente atrás: a finales de la década de 1970 se inició una mutación no sólo muy rápida sino sobre todo omniabarcante y de mucho calado que ha abierto paso a una inexplorada época selvática. En cuanto al siglo XX, los genocidios balcánicos y africanos han sido la señal visible de su conclusión y del principio del siglo XXI.

En poco más de sesenta años las grandes esperanzas de la Ilustración fueron llevadas hasta sus últimas consecuencias; eso puso al descubierto sus límites y la pobreza de un proyecto social incapaz de eliminar la desigualdad parasitaria entre los seres humanos e incapaz de poner fin a la violencia como forma de resolución de los conflictos. Ha surgido el mundo de la ciencia al servicio de la producción y el mundo del crecimiento cuantitativo de la producción al servicio del capitalismo. O, por no decirlo al revés: la expansión y el reforzamiento de las relaciones de dominio en su forma capitalista han exigido la masificación de la producción, y ello, a su vez, ha puesto el esfuerzo científico directamente al servicio de las actividades productivas, orientándolo para garantizar la rentabilidad de la ciencia misma.

> Ha surgido además una nueva y temible rama industrial aún en expansión que ha modificado las condiciones de la comunicación humana. Se trata de una industria de producción de contenidos de consciencia —imágenes, sonidos y signos—[2], los cuales, por su común condición simbólica, captan la atención incluso subliminal de la consciencia intelectual; tales contenidos de consciencia pueden ser multiplicados indefinidamente y transmitidos a todo el mundo a costes bajísimos. Son asignados a toda la población del planeta, pues los costos de la producción y asignación de esta especialísima mercancía se integran en los de otras mercancías. De modo que el ágora pública tiende a quedar permanentemente ocupada por las galaxias de contenidos de consciencia producidos industrialmente, o, lo que es lo mismo, por las instituciones empresariales (o políticas) que los fabrican y asignan, mientras los contenidos intelectuales y sensibles producidos a la manera tradicional por asociaciones, instituciones y personas individuales resultan expulsados del ágora, o en el mejor de los casos marginados, si son contradictorios con los producidos industrialmente o contradicen los intereses del poder hegemónico. Pierre Bourdieu ha dicho que nos gobiernan los índices de audiencia, aunque éste es un modo benévolo de ver la cuestión.

2. La bibliografía sobre este asunto es inmensa; cabe citar el madrugador trabajo de H. M. Enzensberger [1962], *Detalles* (trad. cast., Anagrama, Barcelona, 1969).

El siglo breve ha auspiciado también esperanzas de democratización para las mujeres, que han afectado muy desigualmente a la población del planeta; y también ha propiciado esperanzas de emancipación social, aunque sostenidas de un modo trágico, con «milenarismo» o «fideísmo» de «todo o nada». Aun así, basta imaginar una historia en la que faltaran quienes han luchado y luchan por materializar todas esas esperanzas para comprender que el mundo no es muchísimo peor gracias a ellos.

El modelo de transformación política, jurídica y social que se estudia aquí únicamente es significativo para una pequeñísima parte de los habitantes de la Tierra. En las metrópolis del «norte» sólo vive la décima parte de la población del planeta. Dar a los procesos de los países más dotados tecnológicamente una significación general para la humanidad supondría incurrir en la temible falacia eurocéntrica, desgraciadamente muy común, sobre cuya evitación nunca se insistirá lo suficiente.

La Gran Guerra, la primera guerra mundial, puso un fin mortífero, en las metrópolis, a la época del capitalismo concurrencial y del estado gendarme, de la infrarrepresentación política de las clases trabajadoras y de la falta de derechos políticos de las mujeres; a la época de la indiscutida expansión colonial europea. Las carencias del mercado supuestamente autorregulado y del estado policía, o, lo que es lo mismo, la inexistencia de verdaderas instituciones de ajuste y composición racional entre exigencias sociales contrapuestas, salieron trágicamente a la luz en aquella primera gran carnicería del siglo XX[3].

En la segunda mitad del siglo XIX las clases trabajadoras habían materializado en sindicatos y asociaciones políticas la consciencia de ser explotadas y oprimidas. Los grandes movimientos de 1848 señalaron un punto de inflexión histórico: los trabajadores dejaron de ser «masa de maniobra» manejada por la burguesía y empezaron a perseguir sus propios objetivos.

A lo largo de la segunda mitad del dilatado siglo XIX los trabajadores se movilizaron para conseguir la limitación legal de la jornada de trabajo, para ver reconocido el derecho de huelga y el de afiliación

3. Produjo unos ocho millones de muertos y seis millones de inválidos, en su mayoría soldados conscriptos. Con una primeriza utilización de la ciencia para la guerra: se usó el gas tóxico, el bombardeo a gran distancia y la aviación.

sindical y para legalizar sus propios partidos políticos. No siempre cosecharon éxitos, pero lo que se llamaba púdicamente «la cuestión social» —esto es, la explotación humana reproducida socialmente y llevada a extremos insufribles— pasó por esta lucha al primer plano de la consciencia de todos como el principal de los problemas colectivos. Las ideas socialistas y anarquistas se ganaron a los trabajadores industriales y a los campesinos sin tierra en diversos países europeos. Las prácticas solidarias y de ayuda mutua también llegaron a América, aunque complicadas por la ideología de lucha por la supervivencia individualista de quienes se habían visto obligados a emigrar: alemanes, italianos, irlandeses, polacos, judíos, suecos, chinos, ucranianos, armenios, kurdos, gallegos...

El capitalismo dejó de ser auténticamente concurrencial, al menos en los mercados más significativos, y empezó a *organizarse*. La segunda mitad del XIX había contemplado el surgimiento de empresas gigantes en buena medida «anónimas» —por ejemplo, los ferrocarriles— que exigían gran desembolso de capital, y tendentes por ello al monopolio. Pero además los nuevos descubrimientos científicos y técnicos daban origen a ramas industriales nuevas que nacían como monopolios de hecho casi desde el principio. La industria eléctrica puede identificarse prácticamente con la *General Electrics* (con las patentes de Edison) en Norteamérica y con la compañía alemana *AEG* en toda Europa, ambas aliadas, por lo demás. Las grandes industrias químicas estaban repartidas entre unas pocas organizaciones empresariales y funcionaban en términos de monopolio imperfecto.

Algunos de los estados policía de Europa occidental (Gran Bretaña, Francia, Bélgica y Holanda) se habían transformado en metrópolis de vastos imperios coloniales: la democratización interna cuando menos formal y limitada a los varones en el territorio metropolitano no llegaba a las colonias (pese a que a veces jurídicamente eran «provincias» de la metrópoli: así Argelia, el Marruecos español, Angola...). Alemania, que se incorporó tarde a la industrialización aunque gracias a este retraso pudo dotarse de tecnologías «adelantadas» desde el principio del proceso[4], carecía de una implantación colonial equivalente. Era previsible que la concurrencia entre grandes potencias por proteger a sus empresariados se convirtiera en guerra abierta por los dominios coloniales. Los programas políticos de los grupos socialistas incluían esta previsión desde 1905, y proyectaban oponerse por todos los medios a la guerra interimperialista y convertirla en

4. La reconstrucción, con ayuda norteamericana, en la segunda postguerra permitiría nuevamente a la industria alemana tener la última palabra en tecnología.

guerra civil (contra las burguesías correspondientes) si no la podían evitar. Un mundo se acababa[5], pero la historia tampoco discurrió esta vez como preveían los programas y las teorías sociales.

Es necesario jalonar el siglo XX con la vista puesta en los cambios jurídico-políticos. El siglo es una sucesión de matanzas generalizadas interrumpida por brevísimos períodos de entreguerras o matanzas sin generalizar. La humanidad alcanza en este siglo su paroxismo de autoexterminio justamente cuando llega también a su punto más alto de poderío material y de dominio técnocientífico del mundo natural. El prototipo de antihumanidad característicamente moderno lo constituyen los campos de exterminio nazis. Auschwitz es el nombre de lo que no debería tener nombre. Lo innombrable, sin embargo, ya no es enteramente excepcional.

Los campos de exterminio nazis, las matanzas masivas y frenéticas del gobierno de Pol Pot en Camboya, las bombas de Hiroshima y Nagasaki, el *gulag* staliniano, las matanzas de «izquierdistas» en Indonesia (1966) y el Congo (tras su independencia, en 1961), los genocidios africanos y balcánicos, y, a escala menor, las *desapariciones* masivas organizadas por los gobiernos de militares derechistas en Chile y Argentina son algunos de los horrores que han caracterizado al siglo XX. Pero no son los únicos y el recuento se puede prolongar bastante: la Gran Guerra fue una sanguinaria carnicería en el corazón mismo de Europa; la segunda guerra mundial contempló incontadas matanzas de civiles en Asia (por ejemplo, con las inundaciones provocadas por Chiang Kai-Sheck en China al abrir o volar las presas del Yangtse); la guerra civil española, comparativamente menor, causó más de un millón de muertos; y cabe citar el trato genocida dado a los pueblos armenio y kurdo y a diferentes poblaciones indígenas de Latinoamérica... El siglo XX es el siglo del exterminismo.

6.1.2. *Una propuesta de periodización*

Jalonar esa etapa histórica tiene sus riesgos; lo que sigue se ha de ver como un punto de apoyo para situar los procesos que se examinarán más adelante. Un punto de apoyo precario; pues, como dice Hegel, el búho de Minerva emprende su vuelo al anochecer, es decir, tras el discurrir de unos acontecimientos que precisamente en su curso

5. La ingente novela de R. Musil *El hombre sin cualidades* incluye en su libro primero un excelente retrato de ese mundo que no tiene la menor idea de estar a punto de desaparecer.

se muestran infinitamente confusos e ignoran los rasgos que quien adopta el papel de estudioso les atribuye *post festum*.

[6.1.2.1.] Los años que median entre 1918 y el «crac» bursátil de 1929, punto de partida de nuevas turbulencias, caracterizan una fase de *innovación y experimentación social*.

La Revolución de Octubre, protagonizada por un pueblo de campesinos, soldados y un proletariado industrial minúsculo, embrionario, creó la Unión Soviética, un importante estímulo para el movimiento obrero y para los oprimidos de todo el mundo. Este *novum* histórico, aislado, al cabo de veinte años se había transformado en todo lo contrario de lo que originariamente quiso ser: en un régimen burocrático dirigido por un maníaco asesino que utilizaba la ideología socialista en beneficio de su dominio.

En Alemania se instauró la República de Weimar, en situación precaria debido a la derrota de 1918. Este régimen, fruto de una democratización nueva, intentó contener la amenaza revolucionaria con subsidios sociales: se convirtió así en el *laboratorio* donde se experimentó lo que más tarde sería el «estado asistencial». Sin embargo, la delicada situación económica alemana y la incapacidad del régimen para cumplir sus compromisos asistenciales abonaron el terreno para que arraigara con fuerza la semilla nazi.

En Italia las clases poseedoras recurrieron al régimen fascista para frenar la amenaza de la revolución obrera.

Entre 1918 y 1929 dio sus primeros pasos el proceso de la descolonización política: en Oriente Medio el pueblo árabe sale del dominio otomano y crea estados formalmente independientes, y China concluye su etapa imperial. En los Estados Unidos se inició el *fordismo*, la producción y el consumo de masas.

[6.1.2.2.] El *crac* del veintinueve devolvió al primer plano los problemas que la Gran Guerra no había resuelto. Aquel momento en que el capitalismo no podía asegurar nada a nadie fue vivido por mucha gente como la confirmación de que el Octubre Rojo podía extenderse a todo el mundo.

En los años treinta, dado que tras el crac del veintinueve el empresariado era incapaz de mantener la actividad productiva, los Estados Unidos empezaron a aplicar políticas «keynesianas», de intervencionismo estatal en la economía. La Unión Soviética inició una industrialización acelerada con un estado burocrático granruso que arrinconó

el sistema de *consejos* y redujo los ideales socialistas a vacía religión estatal, mientras procedía a liquidar en cárceles y campos de concentración a los protagonistas de Octubre. En Alemania los nazis llegaron al poder y emprendieron a su vez una política de intervencionismo estatal, aunque en la forma de una economía armamentista, de preparación para la guerra. Japón, industrializado muy rápidamente (adentró su economía en el capitalismo sin dejar atrás la cultura feudal), trató de asegurarse en Asia el abastecimiento de materias primas por medios políticos y militares.

La segunda guerra mundial, una matanza de más de cincuenta millones de personas, decidió el largo conflicto interimperialista al situar todo el capital bajo la hegemonía política de Norteamérica. Durante la guerra, el régimen nazi trató de exterminar a las etnias judía y gitana de su propia población y de los países dominados[6]. La existencia de «formas excepcionales» de legitimación del estado moderno habrá de verse sobre este telón de fondo. Sin embargo, un régimen formalmente democrático, en la excepcional situación de guerra, es responsable de otro crimen exterminista abominable: las bombas atómicas lanzadas sobre Hiroshima y Nagasaki.

Desde un punto de vista filosófico-jurídico, esto último debería mostrar que los procedimientos democráticos de toma de decisiones por sí solos no vuelven *legítimas* las decisiones adoptadas, por mucho que la ausencia de tales procedimientos, por sí sola, las deslegitime.

[6.1.2.3.] Un período de «guerra fría» corre prácticamente desde el fin de la segunda guerra mundial hasta el final del siglo «breve».

Hay dos espadas de Damocles nucleares suspendidas sobre toda la humanidad a lo largo de este período (dicho sea de paso, no hay indicios de que en el futuro se vaya a prescindir de las armas nucleares). Se enfrentaban por un lado las grandes potencias capitalistas dirigidas políticamente por los Estados Unidos, y por otro la Unión Soviética, sus aliados y los países de su espacio de seguridad. El enfrentamiento parecía referirse a proyectos sociales: la Unión Soviética se presentaba como «superación» del modo capitalista de producción, y el bando contrario parecía creer que eso podía convertirse en realidad. De hecho las cosas eran algo más complicadas: la Unión Soviética, un elefante con los pies de barro, era un límite objetivo al expansionis-

6. *Vid.* Y. Ternon, *El Estado criminal: los genocidios del siglo* XX, Península, Barcelona, 1995, una de las escasas obras que no silencia el genocidio de los gitanos. Ningún gitano testificó en Núremberg (debo esta referencia al profesor A. Madrid).

mo del capital, aunque lo era sólo por necesidades de legitimación de su sistema político y de supervivencia como estado. La «guerra fría» puede dividirse en dos subperíodos principales: una nueva «etapa de reconstrucción», después de la segunda guerra mundial, y la «etapa consumista» posterior.

Durante la «etapa de reconstrucción» postbélica, en Norteamérica y Europa occidental se normalizó la intervención estatal en la economía para gestionar el ciclo económico y redistribuir las rentas. Durante este período numerosos países colonizados conquistaron la independencia política: la India, casi toda el África subsahariana, Argelia y Marruecos, etc. China inició su industrialización y modernización según el modelo burocrático (con variados revestimientos ideológicos, otros países, como Egipto, Argelia, Cuba o Libia adoptarían también ese modelo). La guerra de Corea se produjo al principio de esta etapa. En Norteamérica sirvió para dejar atrás el odio bélico a los japoneses metamorfoseándolo en anticomunismo patriótico.

En la etapa consumista (desde mediados los años sesenta), el enfrentamiento se intensificó hasta el conflicto bélico en Vietnam. Entretanto había habido guerras por lo menos en Kenia, en Egipto y en Argelia, mientras América Latina se veía envuelta en una endémica sucesión de guerrillas, dictaduras y golpes de estado; en Indonesia (1966) y el Congo (1961) hubo además contrarrevoluciones terriblemente cruentas. La «etapa del consumo» presencia impulsos de puesta en cuestión cultural y política del sistema capitalista en casi todas las metrópolis aunque con escasos resultados tangibles, como el principio de la igualación cívica de los afroamericanos en USA, en el mejor de los casos, aparte de cambios en la moda cultural. En esta etapa, «de altos salarios» y pleno empleo en los países ricos, la producción de bienes de consumo se agigantó; el conflicto social de hecho se desactivó parcialmente al tiempo que alcanzaba altas cotas de virulencia retórica. Numerosas empresas «multinacionales» (aunque eran pocas en comparación con las que surgieron después, cuando la economía se mundializó de veras[7]) iniciaron el tránsito hacia la globalización económica real. Estas empresas se lanzaron a la «tercera revolución industrial» aguijoneadas por las crisis de mediados de los

7. En los años setenta el número de las sociedades multinacionales no superaba los pocos centenares. En 1997 son más de cuarenta mil. El volumen de negocios de las doscientas principales empresas del planeta supera la cuarta parte de la actividad económica mundial, mientras que sólo emplean a 18,8 millones de asalariados, o sea, a menos del 0,75% de la mano de obra asalariada total (Fuente: I. Ramonet, «Régimes globalitaires»: *Le Monde Diplomatique*, enero de 1997).

años setenta, reformulando el consumismo con fortísimas dotes de coerción económica.

6.1.3. *El mundo de Kafka*

En la primera postguerra, tras el primer gran enfrentamiento, se advirtió que el mundo había cambiado. Las relaciones entre las personas se volvieron más indirectas, intermediadas y confusas de lo que habían sido en toda la historia. Las gentes creían «perder sus cualidades», ser tratadas —según se decía— «como números»; se enfrentaban a prescripciones indescifrables y se veían condenadas a trabajos repetitivos, semejantes a refinados tormentos sin sentido[8]. La pequeña empresa capitalista, donde grupos de trabajadores se sabían explotados por patronos determinados, daba paso a una nueva forma empresarial típica: las grandes compañías «anónimas», en cuyas fábricas trabajaban *masas* de obreros dirigidos por técnicos que no detentaban la propiedad sino pertenecientes a una nueva estirpe social de asalariados privilegiados que desempeñaban los trabajos de dirección y de alta vigilancia.

El aumento de dimensiones de las unidades productivas y la mejora de la eficacia impuso cambios en la vida urbana. La tracción mecánica sustituía a la animal; la electricidad a la luz de gas. El paisaje urbano dejaba de ser estable y la nueva arquitectura intervenía en el espacio a una escala y con una radicalidad nunca vistas. Norteamérica —el país de las masas y de los rascacielos— ejercía una poderosa fascinación. Todo cambiaba rápidamente para volver a cambiar sin cesar. Era el «tiempo del progreso». La obra del escritor checo Franz Kafka expresa muy bien, alegóricamente, el lado ominoso de ese tiempo nuevo. He aquí la angustia y el desconcierto de amplias capas sociales, de seres humanos que se creían libres y dueños de sus destinos, al verse gobernados por potencias inescrutables e inubicables, por estructuras de relaciones que imponen inexorablemente su ley, sin atender a razones y sin razón aparente. La alta vigilancia y la administración burocrática de las personas y las cosas responden a una lógica especial. Esa lógica, llamada «racionalidad» por Max Weber, es justamente la de la producción y el consumo de masas. Habrá de transcurrir medio siglo antes de que se vuelva manifiesto el carácter también destructivo y depredador de la producción por

8. Simone Weil, que en la década de los veinte vivió una experiencia de obrera en las fábricas Renault, escribió páginas inolvidables sobre este punto; *vid.* su obra (publicada póstumamente) *Oppression et liberté*, Gallimard, Paris, 1955.

la producción —es decir, su irracionalidad, su insostenibilidad— y se empiece a percibir, aunque mucho más lentamente, el efecto perverso sobre las personas del consumismo masivo que asegura la expansión del capital[9].

Si el siglo XXI se abre con la tercera revolución industrial, el siglo XX «corto» es el siglo de la segunda, esencialmente ligada al *fordismo*, esto es, a la producción en masa de bienes que han de ser consumidos *también* por los trabajadores de las metrópolis del sistema. La producción masiva significó en síntesis varias cosas. Por una parte, grandes fábricas donde trabajaban millares de personas con una organización *taylorista* o «racionalizada» del trabajo para componer analíticamente, en el plazo más breve posible, toda su actividad. También supuso políticas de moralización social —contra el alcoholismo, de higiene, de sanidad y de seguridad—, para obtener un «obrero masa» disciplinado[10]. Por otra parte, la producción masiva significó a la larga políticas salariales susceptibles de maximizar el consumo y la integración social de las clases populares en la medida compatible con el crecimiento del capital (en Europa tales políticas sólo fueron practicadas después de la segunda guerra mundial; en Norteamérica las inició la administración Roosevelt, a partir de 1932). La capacidad de consumo popular se acrecentó paulatinamente y el tiempo de trabajo necesario para producir los bienes siguió una firme tendencia decreciente expresiva de una característica del sistema capitalista: la capacidad para disminuir el tiempo de producción de los bienes.

La producción de masas significó también gasto público (o sea, salario indirecto y bienes asignados a todos en general) para mantener la demanda: educación y sanidad para obtener personas capacitadas y con salud para trabajar; urbanización, energía y comunicaciones a precios políticos para que pueda haber viviendas, automóviles, neveras y televisores; pavimentación y pistas para que los automóviles corran por ellas.

9. La protesta «individualista» contra la masificación encontró expresión cinematográfica en *The Crowd*, de K. Vidor; sobre el carácter ecológicamente destructivo de esta economía puede verse J. M. Naredo, *La economía en evolución*, Siglo XXI, Madrid, 1996, 2.ª ed. aumentada; sobre los efectos perversos del consumismo, *vid.* las tempranas reflexiones de P. P. Pasolini, *Cartas luteranas* [1975], Trotta, Madrid, 1997.

10. La «ley seca» norteamericana de la primera postguerra ha de verse en este contexto de proscripción *fordista* del alcoholismo entre las clases populares, como señaló tempranamente Antonio Gramsci (en «Americanismo y fordismo»: A. Gramsci, *Note sul Machiavelli...*, Einaudi, Torino, [6]1966; algunos epígrafes en la *Antología* de A. Gramsci preparada por M. Sacristán, Siglo XXI, Madrid, [2]1974).

Y la producción de masas dio de sí por un breve momento una ulterior democratización política. El capital, durante la fase de la segunda revolución industrial, necesitó introducir cada vez a más y más personas en su sistema de relaciones productivas: tendió a acabar con todos los restos de producción precapitalista —artesanado; aparceros en el campo—; y no se limitó, como en el siglo XIX, a la industria: a lo largo del siglo se extendió a la agricultura, industrializándola, y al sector de los servicios.

> Pero nada de esto se produjo sin tensiones ni desgarramientos contradictorios. El capital monopolista tuvo inicialmente como requisito la explotación colonial. Las colonias económicas fueron la presa en disputa en las grandes guerras (durante la primera los colonizadores aprendieron a diferenciar el colonialismo político del directamente económico, o sea, a mantener lo segundo si había que ceder en lo primero). El fordismo, con sus polos de industrialización, impuso también grandes desplazamientos de población, y con ellos procesos de aculturación profunda en grandes masas de personas, los trabajadores desplazados y sus familias. Estos cambios afectarían también, como es natural, a los mecanismos de legitimación política: se reflejaron en una transformación de los antiguos estados-policía, que hubieron de asumir nuevas funciones, y también en cambios de la mediación jurídica.
>
> Las dos postguerras mundiales fueron breves períodos de impulso por imponer límites jurídicos al poder, pero se agotaron en seguida. En la primera postguerra las mujeres empezaron a lograr derechos políticos, nacieron los tribunales constitucionales, se difundió el paradigma jurídico kelseniano, se pactaron nuevas leyes internacionales de tipo humanitario y se creó la Sociedad de Naciones. La segunda postguerra vio el nacimiento de las Naciones Unidas y de otras organizaciones internacionales y de las Declaraciones Universales de Derechos.

En varios países la concentración del capital dio origen a amplios sectores burgueses «nuevos»: gentes con funciones directivas en las empresas o en la organización política, aunque carentes de patrimonio relevante, que sustituían a los antiguos propietarios y empresarios personales en la dirección de la producción.

> Esas capas nuevas fueron, en su momento, el grupo social hegemónico del régimen nazi: grupos de personas decididas a imponerse a los propietarios, a contener la oleada reivindicativa de los de abajo pero también a cobrarse este servicio beneficiándose de los «derechos de administración» de la propiedad; gentes que buscaron sistemas excepcionales de gobierno y de legitimación dentro del orden capitalista.

Ciertas mutaciones del siglo XX no se comprenden sin considerar los cambios en el sistema de las clases sociales.

A mediados de los años treinta una contrarrevolución relativamente silenciosa ya había llevado al poder en la Unión Soviética a una nueva clase social, una «burguesía de estado» explotadora y opresora de las clases populares (parecida a las nuevas clases tecnocráticas del capitalismo pero insertada en un sistema de relaciones sociales diverso). La burocracia industrializadora gobernó legitimándose con una fraseología mimética de la ideología de los trabajadores a quienes había derrotado (paradójicamente, proyectaba legitimidad sobre los trabajadores y campesinos pobres de todo el mundo)[11]. Nuevas «burguesías de estado» han gobernado también —y alguna perdura aún—, oficiando para mitos ideológicos diversos, en algunas colonias económicas que logran la independencia política. Rasgo común a estas clases burguesas «especiales» es el proyecto de industrializar o *desarrollar* sus respectivos países rápidamente y por medio del empleo extensivo de la coerción e incluso del terror, cubierto por un discurso «modernizador».

En la última etapa, expansiva, de la segunda revolución industrial se produjo, como se ha señalado, una ulterior oleada de democratización en las metrópolis por la vía de los cambios culturales: la generalización de la educación y, sobre todo, la igualación legal de hombres y mujeres. La igualación jurídica respondía a una cuestión de fondo: una auténtica revolución cuyo fruto fue la autonomía sexual femenina. El cambio se había iniciado mucho antes, pero los fármacos contraceptivos hicieron posible una separación radical de sexualidad y generación. Se trata sin embargo de una revolución inacabada al no haberse desplegado todas las consecuencias del cambio para la sexualidad masculina y para los papeles sociales de los varones[12].

Frente a los cambios sociales, el poder político se atrincheró en zonas de actuación inaccesibles al control y mucho menos a la distribución democrática del poder: en la zona de las policías, oficiales o paralelas y los servicios secretos, por una parte, y en la brumosa zona de la corrupción por otra. La política pasó a ser también un medio de promoción social personal.

11. *Vid.* al respecto mi trabajo «Sobre la burocratización del mundo», en *Entre sueños*, Icaria, Barcelona, 1985.

12. *Vid.* A. Giménez Merino, «La construcción política y jurídica del género. Reflexiones desde una perspectiva inclusiva»: *mientras tanto*, 102 (2007), pp. 113-130.

La CIA, el servicio de inteligencia norteamericano, pudo montar golpes de estado y atentados de profundas consecuencias políticas en medio mundo, desde Chile, Uruguay o Centroamérica a Italia, Grecia o Turquía; también organizó «invasiones» o expediciones de mercenarios en varios países (Cuba, Nicaragua, Congo, Angola); y sostuvo o derribó gobiernos en países «centrales» como Italia, Gran Bretaña o Alemania. Es público el papel de los servicios secretos italianos en la instrumentación de la «estrategia de la tensión». Servicios análogos israelíes y de distintos países árabes son expertos en prácticas terroristas. Estos especiales servicios estatales actúan con naturalidad incluso en las llamadas democracias representativas. Ya en el período siguiente Francia podrá utilizarlos contra *Greenpeace*, opuesto a las pruebas nucleares en Mururoa, y volar sin más el *Rainbow Warrior*, el buque insignia de la organización ecologista, con algunos militantes ecologistas dentro.

El poder se reforzó también en los planos militar y propagandístico. En Europa, además, se hizo más complejo con las nuevas instituciones de la Unión Europea. Pero el poder político, finalmente, *se convirtió en subalterno de otros poderes* que dejan sentir su fuerza en todos los lugares de la vida social: los nuevos poderes económicos agigantados en la última fase de expansión.

La etapa, vista en su conjunto y sobre todo teniendo en cuenta lo que ha venido después, podría considerarse un período de nueva acumulación básica de capital: en el doble sentido de consolidación y arraigo de las relaciones capitalistas, y de acumulación de medios de producción, sobre todo de naturaleza intelectual, con una reorganización profunda de la producción y de las relaciones de producción. Pues los procesos mencionados generaron un «poder sobre todos» no público, no democrático, que se desarrollaría en la siguiente fase histórica: la de la tercera revolución industrial.

6.1.4. *Tendencias del estado intervencionista*

Después de la Gran Guerra en Europa se intentó impulsar la juridización del estado-policía (aunque las declaraciones universales de derechos son de la segunda postguerra). Los países del área anglosajona, sin embargo, siguieron este proceso más débilmente y con retraso. La consolidación de los derechos civiles se produjo en los Estados Unidos con los movimientos cívicos de los afroamericanos en los años sesenta[13]. Como se verá, ampliar el sometimiento a normas jurídicas

13. Los países anglosajones muestran gran retraso en el reconocimiento de derechos individuales fundamentales. Así, la despenalización de las prácticas homosexuales

del estado y de la vida social significó por una parte generalizar el constitucionalismo, con catálogos de derechos fundamentales, y por otra instituir Tribunales Constitucionales o atribuir esta función de interpretación constitucional a las instancias judiciales supremas.

Juridificar también significa ampliar el ámbito de lo tutelable jurisdiccionalmente (hasta entonces sólo los «derechos») mediante una categoría nueva, los «intereses» jurídicamente relevantes o *legítimos*. Con eso ciertos sujetos carentes de derechos relevantes para el caso concreto obtienen la posibilidad de intervenir jurídicamente en actividades estatales o privadas que les afectan.

La República de Weimar, en la «fase experimental» de la primera postguerra, inició la implantación de los *derechos sociales* o *derechos de «segunda generación»*.

> En otros países (Gran Bretaña, Francia, Italia) tendrían que esperar aún un cuarto de siglo. En los años treinta los Estados Unidos, con métodos no legislativos (lo cual tiene que ver en parte con las particulares técnicas jurídicas del derecho anglosajón) dieron a su vez algún paso hacia el reconocimiento de los derechos de los débiles, pero, a pesar de ser la patria del *New Deal*, los trabajadores norteamericanos nunca han tenido la panoplia de *derechos «sociales»* de los trabajadores de Europa occidental (se aproximaron a ellos por un brevísimo momento, durante la administración Johnson, a finales de los años sesenta). En cambio otros aspectos de las políticas keynesianas se iniciaron en Norteamérica en los años treinta mientras en Europa hubieron de esperar al final de la segunda guerra mundial.

Los lados políticos del compromiso keynesiano de la postguerra exigían formas democráticas, pero ello no impidió instaurar paternalísticamente ciertos elementos del estado asistencial incluso donde estas formas faltaban por completo, como en la España franquista. Por otra parte ciertos procesos industriales han sido más neofeudales que keynesianos desde el punto de vista asistencial, como en Japón; no encajan en el modelo descrito en estas páginas, pero constituyen el embrión del llamado ahora *toyotismo*, tal vez con excesiva y algo desencaminada mímesis del *fordismo* anterior.

realizadas en privado entre adultos no se produjo en Gran Bretaña hasta los años sesenta (en algunos estados de Norteamérica siguen siendo delictivas, al igual que el adulterio y el aborto), y con una polémica doctrinal realizada con formalismo y seriedad casi sacrales (así, Lord Devlin, *The Enforcement of Morals*, Oxford University Press, 1959, y H. L. A. Hart, *Law, Liberty and Morality*, Oxford University Press, 1963). La pena de muerte no ha sido abolida jamás en los Estados Unidos, algunos de cuyos estados además admiten condenas de prisión perpetua o por tiempo indeterminado.

Probablemente no hay ningún estado ni ningún derecho históricos que respondan *completamente* al conjunto de conceptos modélicos empleados aquí para describir las transformaciones político-jurídicas del siglo XX, ni siquiera los estados que adoptan la forma convencionalmente llamada *normal*.

Al margen de esta *normalidad* se hallan otros estados y otros derechos. Así, los sistemas políticos excepcionales de sociedades concurrenciales en crisis: se trata de los sistemas nazi y fascista[14], que buscaron lo que se ha llamado *legitimación en plaza pública*, y de las distintas formas autoritarias que se inspiran o se inspiraron en estos modelos. Por otra parte, aunque muy diferentes, están los capitalismos de estado más o menos puros, como el sistema que se implantó en la Unión Soviética de los años treinta[15], y otros de modelo parecido, dirigidos por burocracias industrializadoras.

En la exposición se atenderá fundamentalmente a la evolución del estado y el derecho metropolitanos normalizados. Los sistemas jurídico-políticos que difieren de este modelo no son considerados en este libro.

En suma: los estados con formas políticas «normales» siguen en el siglo XX los grandes impulsos generales siguientes:

a) Un impulso inicial hacia el afianzamiento de los derechos y libertades básicas, y de ensanchamiento del ámbito de la mediación jurídica; al final del período esta orientación se transforma en un impulso en sentido contrario en terrenos específicos.

b) Un proceso de intervencionismo estatal, encaminado a la constitución de un sector público económico fuerte; al finalizar el período, *sin que el estado deje de intervenir en la economía*, el intervencionismo cambiará de signo, para privatizar los beneficios de la acción colectiva y socializar costes privados.

c) Un impulso simultáneo al anterior hacia la redistribución de bienes para los menos favorecidos, traducido en una «segunda generación» de derechos básicos y en la constitución funcional y orgánica

14. Para el estudio del sistema político-jurídico nazi son fundamentales los libros de Franz Neumann, *Behemoth* [1942], trad. cast. de V. Herrero y J. Márquez, Fondo de Cultura Económica, México, ²1983, y *The Democratic and the Authoritarian State*, The Free Press, New York, 1957.

15. El pensamiento marxista sobre el derecho y el estado (*vid.* por ejemplo mi trabajo «La mirada de Marx sobre el Leviathan», en *Entre sueños*, cit., pp. 99-122) no tuvo traducción, como no fuera retórica, en el sistema jurídico-político soviético; sobre éste puede verse H. J. Berman, *La justicia en la URSS* (Ariel, Barcelona, 1967) o E. L. Johnson, *El sistema jurídico soviético* (Península, Barcelona, 1974), traducidos ambos por el autor de estas páginas, en el segundo caso en colaboración con J. Cano Tembleque.

del estado asistencial propiamente dicho; al concluir el período se mercantilizarán ciertas funciones asistenciales y otras se verán debilitadas.

En el plano internacional, se da un impulso hacia la explicitación de la legalidad interestatal, hacia la regulación de las relaciones internacionales en la primera postguerra y hacia la creación de instituciones internacionales en la segunda; al final del período, sin embargo, ese impulso capitula ante la fuerza y se vuelve crecientemente retórico.

> El tráfico económico, por su parte, exige un sistema internacional de pagos; pues bien: el patrón oro se mantuvo tras la primera guerra mundial; las reservas en oro y divisas del Banco emisor correspondiente constituían la garantía de cada moneda nacional. En la segunda postguerra se abandonó el patrón oro; los acuerdos de Bretton Woods, firmados ya en 1944, reservaron al dólar el papel de única moneda convertible. La liquidación del sistema de Bretton Woods en 1971 fue un primer indicio de un claro final de época. Desde entonces el valor de las distintas divisas se establece en función de *la confianza* en las economías correspondientes. La separación entre economía especulativa y economía productiva se volverá así más intensa que nunca en la historia.

6.2. EL ESTADO INTERVENCIONISTA NORMALIZADO

6.2.1. *Los últimos impulsos del garantismo. Derechos e intereses*

La idea de someter al derecho todas las relaciones sociales fue, como se ha visto, uno de los componentes del proyecto social de la Ilustración. En las dos postguerras mundiales recibió sus últimos impulsos en distintos ámbitos.

Para empezar, en el ámbito del derecho internacional. Durante la Gran Guerra se aplicaron por vez primera técnicas bélicas de tipo industrial. Una de ellas fue el empleo de gas letal. Al terminar la contienda se intentó imponer límites de tipo humanitario a las prácticas bélicas por medios jurídicos. Fueron prohibidos ciertos tipos de armas y ciertos comportamientos con los prisioneros y con la población civil. Con estas prohibiciones se dieron pasos en una dirección correcta aunque muy débiles e insuficientes. Ese derecho internacional permitiría exigir responsabilidades por crímenes de guerra y contra la humanidad (ciertamente, sólo las de los vencidos) en la segunda postguerra.

El horror por los actos de genocidio hitlerianos y el temor ante las bombas atómicas suscitó otra vez, tras la segunda guerra mundial, un acuerdo generalizado para renovar el derecho internacional. Se

creó la Organización de las Naciones Unidas y quedaron establecidos algunos procedimientos internacionales para graduar las manifestaciones de hostilidad entre estados.

También fueron aprobadas declaraciones internacionales de derechos que proscribían la esclavitud, la tortura y los malos tratos y propugnaban los derechos personales de igualdad ante la ley, de recurso efectivo ante los tribunales, de presunción de inocencia y algunos otros, entre los que figuran las libertades básicas. Éste es un paso muy importante, que deslegitima muchísimos comportamientos institucionales. Pero que sean miembros de la ONU estados que no reconocen tales derechos, o que torturar a seres humanos con mayor o menor ensañamiento aún sea corriente en todas las policías políticas de la Tierra da una idea de la pobreza del impulso humanizador. Si la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* tuviera realmente eficacia procesal, la mayoría de los gobernantes del planeta estaría en la cárcel. Las Declaraciones de derechos no son sin embargo inútiles, pues aunque débiles tienen el efecto de privar de *legitimidad* a ciertas prácticas del poder.

Las mujeres conquistaron los derechos políticos, en las metrópolis, en general tras la Gran Guerra, aunque en muchos países el reconocimiento se retrasó y en algunos significó muy poco. Los sistemas representativos son aún muy poco igualitarios si se observan desde un punto de vista antisexista[16]. Por otra parte los avances en la igualdad política de las mujeres no se tradujeron inmediatamente en igualdad jurídica, que aún habría de esperar bastante.

El impulso de la Ilustración también está presente en la aportación teorética y práctica de Hans Kelsen a la cultura jurídica. Este autor argumentó en favor de la adopción sistemática de una perspectiva formal estricta para abordar los problemas jurídicos, o lo que es lo mismo, depuró la perspectiva específica propia del jurista. Lo fundamental para el saber jurídico kelsenianamente concebido son las normas y sus enlaces formales (Kelsen subrayaba la condición «metajurídica» de las razones económicas explicativas de las normas del derecho, de la historia y la política jurídica, y de los juicios de valor morales y políticos)[17].

16. *Vid.* P. Bourdieu, *La dominación masculina*, trad. cast. de J. Jordá, Anagrama, Barcelona, 2000 y M. J. Aubet, *Democracias desiguales*, Serbal, Barcelona, 1995.

17. Algunas de las obras de Kelsen más importantes en este sentido son: *Esencia y valor de la democracia* [1920] (hay trad. cast. de R. Luengo y L. Legaz, Labor, Barcelona, 1934, de la que se han hecho varias ediciones); *Teoría pura del derecho* [1934]; 2.ª ed., muy completa y acabada, 1960 (hay trad. cast. de esta edición de R. J. Vernengo, UNAM, México, 1979; la primera edición fue traducida parcialmente

Abordar los problemas de esta forma significa que el estado, en la concepción kelseniana, sólo puede ser tratado jurídicamente desde un punto de vista interno —o sea, prescindiendo de las concretas relaciones de fuerza, de la historia cultural y de cosas como éstas, que determinan la materialidad del poder—. Esto es: aunque Kelsen sabe que el estado consiste en un tipo de poder material determinado, propugna considerarlo exclusivamente desde la perspectiva de las normas jurídicas según las cuales este poder se organiza y desarrolla su actuación. Por este camino teorético oblicuo, indirecto, Kelsen, al sostener que para el jurista todo el poder consiste en sus normas (jurídicas) estructurantes, centra la atención y arroja luz sobre tales normas relativas al funcionamiento estatal y sobre las situaciones abiertas a la arbitrariedad por ausencia de normativas de control.

La aportación kelseniana en el ámbito especulativo actuó como una especie de navaja de Occam para eliminar las vacuidades jurídicas: con Kelsen y su «teoría pura del derecho» es posible, entre otras muchas cosas, precisar las ambigüedades normativas del poder y los puntos en que escapa al control de los ciudadanos. Varias generaciones de juristas del siglo XX aprendieron a pensar el derecho siguiendo la obra de Kelsen; a proponer técnicas jurídicas precisas de control de la legalidad a partir de él.

> Pero no hay que tomar las palabras de Kelsen al pie de la letra. Por supuesto, cuanto Kelsen considera «metajurídico» no es irrelevante para los juristas (y menos para reflexionar sobre el derecho), sino todo lo contrario. El ideal propugnado por Kelsen de pensar el derecho y el estado desde un punto de vista epistemológica y metodológicamente satisfactorio ha resultado notablemente fecundo para barrer de ambigüedad las técnicas jurídicas. La función social del derecho, en cambio, no se puede comprender a partir de esas técnicas, desde un punto de vista exclusivamente interno.

Por otra parte se debe a Kelsen una de las invenciones del siglo en el ámbito del derecho público: los tribunales constitucionales. Aunque el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, por ejemplo, ya tenía de hecho funciones de interpretación de la constitución federal, Kelsen diseñó, al redactar el proyecto de constitución de Austria tras la Gran Guerra, un organismo decisorio —o tribunal constitucional— especial, supraordenado jurídicamente al poder judicial propiamente dicho y a los demás poderes del estado en sus funciones específicas. Siguiendo este modelo, los tribunales constitucionales se ocupan básicamente de los litigios entre los distintos poderes del estado y de la custodia de los derechos individuales reconocidos constitucionalmente. La primera cuestión, que las disputas entre instituciones estatales se diriman dialógicamente ante una nueva instancia institucional, no sólo ensancha en un grado el ámbito de la mediación jurídica: además presenta como ejemplar el principio dialógico mismo pues incluso los poderes públicos deben (en sentido legal) atenerse a los procedimientos jurídicos de mediación. Por otra parte el recurso a los tribunales constitucionales para la defensa de derechos fundamentales (y también, más adelante, a instituciones interestatales, como el Tribunal europeo de derechos humanos) contribuye en cierto modo a espesar el aspecto jurídico de las relaciones entre las personas y el poder.

> Los tribunales constitucionales desarrollan una hermenéutica de los pactos constitucionales y con ello operan una adaptación semántica de éstos sustraída al constituyente, es decir, a los ciudadanos. Este lado malo —la introducción de cambios constitucionales reales sin consultar al titular formal de la soberanía, *como si* a los tribunales constitucionales les hubiera sido delegada una reserva de poder constituyente, lo cual es una *doctrina* autoritaria peligrosísima— tiene sin embargo una consecuencia nada despreciable: si la jurisprudencia de los tribunales constitucionales puede *cambiar*, entonces *nada impide que cambie de nuevo*. La decisión jurídica «última» no es en realidad *última* porque puede sufrir modificaciones con el tiempo. Como señala Dworkin, «no podemos suponer que la constitución sea siempre lo que el tribunal [constitucional] dice que es»[18]. Las fluctuaciones de la hermenéutica constitucional muestran paradigmáticamente que el derecho *no es algo estático y predeterminado*. Siempre es susceptible de variación e interpretación, aunque quienes tengan el monopolio de la hermenéutica oficializada sean organismos estatales. Esto hace que se venga abajo la formulación liberal de la seguridad jurídica, pues resulta manifiestamente inalcanzable por medios puramente jurídicos.

Precisamente el impulso liberal de reconocimiento de derechos de la primera postguerra se realizó en los Estados Unidos por la vía de los cambios en la hermenéutica constitucional. Así, el trabajo infantil, que

por L. Legaz y completamente por M. Nilve, Eudeba, Buenos Aires, 1960); *Allgemeine Staatslehre* [1925] (hay una traducción parcial de L. Recaséns Siches y J. de Azcárate, *Compendio esquemático de una teoría general del Estado*, Núñez, Barcelona, 1927); y *Teoría General del Derecho y del Estado* [1945]; también *La paz por medio del derecho* (trad. cast. de L. Echávarri, Trotta, Madrid, 2003), texto que recoge varios artículos publicados por Kelsen en revistas norteamericanas durante la segunda guerra mundial en los que aportó reflexiones y sugerencias para el derecho internacional postbélico.

18. R. Dworkin, *Los derechos en serio* [1977], trad. cast. de M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984, p. 311.

había sido considerado legítimo e inatacable de acuerdo con el principio de la libertad contractual (de los menores) reconocida en la Constitución, fue proscrito mediante una nueva interpretación *del mismo texto* según la cual los contratos de trabajo suscritos por menores eran vistos como una vulneración de su libertad contractual. La extensión de los derechos civiles a los afroamericanos, a finales de los años sesenta, también se produjo en gran parte mediante decisiones del Tribunal Supremo norteamericano en funciones de tribunal constitucional[19].

Por otro lado, al tiempo que se avanzaba en la *organización* del capitalismo y en la escala de las actividades productivas, incluso antes de la Gran Guerra, la categoría jurídica fundamental para abrir las puertas de las instancias jurisdiccionales, la categoría de *derecho*, y muy específicamente la de *derecho subjetivo*, empezó a quedarse pequeña.

Desde ángulos distintos —a veces, por parte de la propia administración pública, o bien desde la reflexión de los estudiosos y analistas—, quedaba cada vez más claro que en ciertas ocasiones las demandas y las reclamaciones sociales resultaban mal atendidas si se mantenía la exigencia de que tales demandas y reclamaciones hubieran de ampararse en la titularidad de un *derecho subjetivo*.

Por eso se empezó a hablar, de modo muy confuso (prekelseniano) de *intereses*: sobre todo de *intereses legítimos*. Incluso surgió una escuela de pensamiento jurídico que se autodenominaba *jurisprudencia de intereses*. P. Heck fue un representante característico de esta escuela[20]. La palabra 'intereses' fue también clave para el «realismo jurídico» norteamericano, para gentes como R. Pound o B. Cardozzo, entre otros, como también lo sería para la «jurisprudencia sociológica» europea de los años veinte y treinta: para G. Gurvitch, por ejemplo[21].

¿Cuál es el significado de esa súbita irrupción de los *intereses* en el lenguaje de los juristas? Un ejemplo puede ilustrar de qué se trata. Supongamos que el estado ha decidido realizar un tendido ferro-

19. Entre los jueces norteamericanos también había racismo, de modo que la lucha por los derechos civiles cuenta con un amplio registro de abogados encarcelados. *Vid.* R. Lefcourt (ed.), *Law against the People*, Vintage Books, New York, 1971 o J. Black (ed.), *Radical Lawyers*, Avon Books, New York, 1971.

20. *Vid.* P. Heck, *El problema de la creación del derecho*, trad. cast. de «Manuel Entenza» (en realidad Manuel Sacristán Luzón) con prólogo de J. Puig Brutau, Ariel, Barcelona, 1961.

21. *Vid.* particularmente B. Cardozzo, *The Nature of Judicial Process* y R. Pound, *The Spirit of Common Law*, ambas de 1921; en castellano puede verse R. Pound, *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, trad. cast. de J. Puig Brutau (de la obra *Interpretations of Legal History*; el título castellano es de los editores), Ariel, Barcelona, 1950. *Vid.* también G. Gurvitch, *L'idée du Droit Social*, Sirey, Paris, 1932.

viario. Los técnicos correspondientes elaboran un proyecto para la construcción del ferrocarril. A partir de ahí, y antes del comienzo de las obras, se darán procedimientos jurídicos que tienen que ver, en lo fundamental, con la expropiación de las tierras por los que va a discurrir el ferrocarril, con el establecimiento de ciertas «obligaciones de servidumbre» y con cosas así. Si sólo pueden intervenir en estos procedimientos quienes tienen «derechos», entonces el asunto en su conjunto afecta sólo a propietarios, arrendatarios, usufructuarios, etc., de los terrenos que ha de atravesar el ferrocarril. Pero puede haber otros *afectados* por la obra: ciertos municipios pueden tener *interés* en un itinerario alternativo; otras gentes, en parcelas no afectadas directamente por el trazado, acaso no puedan proseguir las actividades que realizaban o necesiten medios especiales para cruzar las vías. Estos *afectados* por el ferrocarril tienen *intereses* a los que conviene dotar jurídicamente de voz (o sea, legitimarles para que puedan intervenir ante las instancias administrativas o jurisdiccionales), aunque carezcan de derechos en sentido estricto, para lograr una integración óptima del trazado ferroviario definitivo en la actividad productiva y social.

Como es natural, *dotar de voz a los intereses* no es ni mucho menos una cuestión de filantropía jurídica sino una necesidad de un capitalismo crecientemente organizado. Desde distintas posiciones sociales, como se verá, los *derechos* subjetivos hasta entonces omnímodos sufren, desde finales del siglo XIX pero sobre todo en el siglo XX, limitaciones importantes: así, los grandes intereses financieros —los primeros, los empresarios de los ferrocarriles— defienden una limitación de los derechos de los propietarios de tierras para que puedan ser objeto de expropiaciones forzosas; el sector reformista del movimiento obrero, por su parte, empezará a conceder que el derecho de propiedad privada se legitima por su *función social*[22]. Por un doble impulso, de los sectores más avanzados del capitalismo, tendentes a organizarse en estructuras productivas cada vez mayores a las que han de subordinarse las más pequeñas, y también a causa de las reivindicaciones del movimiento obrero, se asiste a un combate político y social. En el ámbito jurídico se traduce en una pugna doctrinal por el reconocimiento jurídico de *intereses particulares* no materializados en derechos subjetivos, por una parte, y en la supeditación de la *capacidad de disposición y de uso* de los propietarios y otros titulares de derechos a los *intereses públicos generales*, por otra.

22. El texto paradigmático es el de K. Renner, *Las instituciones del derecho privado y su función social*, 1904 (hay una reedición alemana de 1965, *Die Rechtsinstitute des Privatrecht und ihre soziale Funktion*, G. Fischer, Stuttgart).

La literatura jurídica de todo el período de entreguerras e incluso anterior, sobre todo en sus vertientes «realistas», «sociológicas» o «antiformalistas», resulta difícil de interpretar si no se percibe que substancialmente tenía por objeto fundamental propugnar determinadas *políticas jurídicas*, aunque lo hacía casi siempre disfrazando retóricamente la política de «teoría».

Pues así como los modos de acceder a la titularidad de *derechos* se hallaban claramente establecidos por las leyes codificadas, los *intereses legítimos*, tanto públicos o generales como particulares, estaban pendientes de determinación. En el campo de los intereses es poco fecundo buscar definiciones generales, formales, como las que configuran, por ejemplo, los «derechos reales» y las «obligaciones». Es preciso argumentar que determinados intereses, en sectores socioeconómicos concretos, no sólo existen, sino que son relevantes económico-políticamente; que por tanto merecen ser considerados como legítimos; y finalmente que una ley o norma adecuada para reglar el tráfico económico concreto, en cada caso, ha de *reconocerlos* como tales.

Debido a los cambios económicos, políticos y sociales de fondo, los tratamientos jurídicos más importantes empezaron a desbordar los códigos y a desparramarse en multitud de leyes situadas fuera de ellos. El derecho privado perdió así el carácter sistemático-general que había adquirido en el estado gendarme con la euforia concurrencial.

6.2.2. *La lógica de las políticas keynesianas*

Bajo la administración Roosevelt los Estados Unidos hicieron frente mediante políticas económicas keynesianas a las consecuencias de la crisis desencadenada con el crac del veintinueve.

La lógica básica de estas políticas es muy sencilla. La crisis se caracterizaba por un «exceso de oferta», esto es: había demasiadas mercancías sin vender pues nadie tenía dinero para comprarlas y, por tanto, se detenía la producción. La originalidad de Keynes consistió en interpretar el «exceso de oferta» como una «falta de demanda»: cabía entender la crisis como *un problema de creación de demanda efectiva*.

Según Keynes[23], para salir de la crisis dentro del ámbito del capitalismo mercantil era necesario suscitar demanda de bienes. Las gentes debían ponerse a construir cualquier cosa —aunque fueran pirámides— y ser pagadas por ello. De este modo podrían comprar mercancías nuevamente.

23. *Vid.* J. M. Keynes, *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero* [1936], trad. cast. de E. Hornedo, Fondo de Cultura Económica, México, 1943. [Hay una trad. catalana publicada en Barcelona por Edicions 62 en 1987.]

Aunque sean pirámides: con esta expresión se subraya la función primaria de las políticas keynesianas, o sea, estimular la demanda. Si en vez de pirámides se construye algo beneficioso, desde obras públicas hasta un buen aparato educativo o sanitario, tanto mejor.

Las empresas, paralizadas, no eran capaces de modificar la situación; pero se podía suscitar demanda si el estado abandonaba su papel económicamente limitado (hasta entonces circunscrito a disciplinar el mercado, a definirlo mediante barreras arancelarias y poco más) e intervenía en cambio en la producción como un importante agente económico. Cualquier estado puede endeudarse y emprender obras públicas para poner en marcha de nuevo la actividad productiva; puede convertirse también en un gran empresario al crear un fuerte sector de empresas públicas; puede *redistribuir las rentas* al señalar impuestos a quienes están en mejores condiciones de soportarlos y financiar con ellos servicios o satisfacción de demandas sociales; puede aportar, en suma, un *salario indirecto* a los sectores de población con menos capacidad de demanda efectiva.

El keynesianismo abría un mundo de posibilidades nuevas; además era coherente con el *fordismo* en el plano productivo. Es esencial comprender la simplicidad de su concepción general: el estado, al endeudarse —esto es, al gastar en el presente y pagar en el futuro—, estimula la actividad productiva y al propio tiempo crea las condiciones necesarias para hacer frente en el futuro a los pagos pendientes. Las técnicas de la actuación estatal (endeudamiento[24], políticas monetarias, recurso al déficit público, políticas inflacionarias, nacionalizaciones, etc.) no importan aquí. Lo fundamental es que las políticas económicas keynesianas ponen las bases de la transmutación del estado-gendarme: ahora el estado, lentamente al principio y aceleradamente después, pasará a ser *intervencionista* en el plano económico y *asistencial* en el plano social.

A lo largo de los años este cambio recibirá muchas denominaciones. Se hablará de *neocapitalismo* en los años sesenta: con este nombre se sugería que el sistema había encontrado en el estado un antídoto a las crisis; que el capitalismo había dejado de avanzar mediante crisis y que éstas no son pasos necesarios para su supervivencia. Eso era, naturalmente, un error. Y se hablará también, posteriormente, de

24. Por ejemplo, emitiendo títulos de deuda pública: acopia dinero hoy que tendrá que pagar mañana, pero si lo gasta razonablemente mañana podrá hacer frente a su deuda.

estado *social*, e incluso de *estado del bienestar*. Esta expresión, la más apologética de todas, perdurará incluso cuando las políticas e instituciones así aludidas se reduzcan a lo imprescindible para mantener el ciclo de producción y consumo, en la fase siguiente. El estado, eso sí, conservará la función de intervención económica, pero la usará, en la primera fase de la tercera revolución industrial, para *redistribuir principalmente en favor del capital*.

6.2.2.1. El compromiso político-social del estado intervencionista

Las dos características principales de las políticas keynesianas son las de ser expansivas o de crecimiento en el plano económico y redistributivas en el plano social. Estas características hacían posible configurar algo más que políticas *económicas*: abrían la perspectiva de un gran pacto expreso o tácito entre las clases sociales.

> Esta posibilidad ya había quedado esbozada en el «laboratorio» de la República de Weimar, que al menos teóricamente contó con un sistema de subsidios sociales[25].
>
> En realidad el *pacto social keynesiano* es sobre todo la conceptualización de un conjunto de prácticas políticas y sociales reales, consistentes no sólo en pactos y compromisos sino también en cambios de actitud sociales y en cambios programáticos por parte de las fuerzas políticas y sindicales. En este sentido el pacto keynesiano se produjo realmente y se materializó de una manera gradual y muchas veces tácita en los países con sistemas formalmente democráticos.
>
> Históricamente el pacto fue variable y más o menos amplio: fue muy abarcante y completo en la Europa septentrional; algo más moderado en Gran Bretaña, Francia y Alemania; limitado en Italia, un país con régimen de democracia «tutelada» y corrupta, aunque allí se produjo el más fecundo de los debates sobre el compromiso social. Los regímenes autoritarios como el franquista, en cambio, limitaron las políticas keynesianas a unos pocos aspectos del plano económico y asistencial; la sociedad cosechó muy pocos de sus efectos normales.

El *pacto social keynesiano* puede entenderse como un gran compromiso entre clases sociales cuyas principales «cláusulas» se articulan como sigue:

Las clases poseedoras aceptaron políticas económicas tendentes a crear una situación de pleno empleo, dejando de lado —ahora sabemos que sólo temporalmente— su temor a no disponer del importante medio de disciplinamiento de los trabajadores que supone la amenaza de desempleo.

> Con anterioridad al keynesianismo los empresarios sólo habían aceptado políticas de fomento del pleno empleo en la Alemania de Hitler, con una economía basada en las industrias de guerra. (Después del keynesianismo, en la fase neoliberal más o menos intensa, la principal preocupación de los empresarios consistirá ante todo en aminorar el coste-oportunidad del despido y en reimponer una disciplina laboral expeditiva.) Entre los instrumentos de las políticas de empleo hay que mencionar la creación de empresas públicas (principalmente en ramas industriales como las comunicaciones, la minería y la siderurgia o la construcción naval) y las grandes obras públicas.

Las clases poseedoras aceptaron la redistribución por medio de la acción del estado de una parte del producto social al objeto de conseguir paz social y, por consiguiente, regularidad en la producción y garantías de recuperación de las inversiones.

> Esto significa, en primer lugar, políticas de redistribución de las rentas favoreciendo relativamente a los asalariados; establecimiento de un «salario mínimo» y de una «escala móvil de salarios» (ligada a la evolución de la inflación; garantizaba el mantenimiento del valor adquisitivo real de los salarios); pensiones de jubilación, limitación de la jornada laboral, pago de vacaciones. Además, un sistema de *salarios indirectos* en forma de bienes educativos y de sanidad pública, que por supuesto benefician también —en sentido *fordista*— al empresariado, al cualificar a la mano de obra, frenar drásticamente las bajas laborales por enfermedad y *externalizar* el costo de los accidentes laborales y de las enfermedades.
>
> La redistribución significa también, en segundo lugar, implantación de políticas fiscales basadas en el impuesto sobre las rentas (o sea, proporcionales a los ingresos), y disminución del peso relativo de los impuestos indirectos en los ingresos de la hacienda pública. Los impuestos indirectos (tipo «Impuesto sobre el valor añadido», o los impuestos sobre el consumo de alcohol, tabaco, gasolina, etc.) gravan indiscriminadamente a ricos y pobres, y por tanto los tributan sobre todo las clases trabajadoras, para las que son muy duros; obviamente estos impuestos serán los preferidos por las políticas económicas neoliberales o mixtas cuando termine la etapa keynesiana.
>
> Sólo una parte de la redistribución por acción estatal, sin embargo, se realizó históricamente en favor de los salarios. Así, por ejemplo, un elemento esencial para la industria automovilística como es la construcción y el mantenimiento de una buena red viaria se financió con cargo a los impuestos (o, peor aún, por ejemplo, mediante ava-

25. Esta especificidad permitió hablar a E. Frænkel, en 1929, de «democracia colectiva» a propósito de la Constitución de Weimar. *Vid.* su *Der Doppelstaat*, Europäische Verlag sanstalt, Frankfurt a. M., 1974.

les públicos a las empresas concesionarias de autopistas, que de este modo evitaban cualquier peligro al capital), todo ello en detrimento del transporte ferroviario público y de los servicios colectivos. Aún hoy la industria automovilística logra eludir toda carga por daños.

Las clases poseedoras exigían en cambio, en el pacto keynesiano, el reconocimiento de la intangibilidad de los fundamentos de la producción capitalista, esto es, la propiedad privada de los medios de producción, que lleva aparejada, sobre todo, la autonomía del empresariado en la toma de decisiones económico-productivas y organizativas. (La propiedad privada se configura económicamente como un derecho de exclusión.)

Sobre esta base, las clases poseedoras estaban dispuestas a reconocer en el plano político las instituciones creadas por las clases subalternas: sus partidos políticos y sus sindicatos. Se admitía su legitimidad.

Este reconocimiento puso fin al período en que el empresariado trataba de impedir la afiliación sindical de los trabajadores, creaba sindicatos «amarillos» o perseguía políticamente, a través del estado, la libertad sindical[26]. También hizo posible la legalización de los partidos obreros, hasta entonces ocasionalmente proscritos. El pacto keynesiano toleró la presencia en las instituciones estatales de personas identificadas con las clases trabajadoras.

No siempre fue así. La democratización imperfecta cohabita con la totalitaria lógica de la distinción entre amigo y enemigo del poder. En la República Federal Alemana el llamado *Berufsverbot* (o prohibición de admitir en la administración pública a las personas de cuya aceptación de la Constitución se dudara) excluía de la docencia y de la administración estatal a los comunistas, que también quedaron prácticamente fuera de las cátedras universitarias de Francia hasta entrados los años sesenta. En los Estados Unidos de América de los años cincuenta se desencadenó una «purga» contra los intelectuales de izquierda —directores, actores y guionistas— que trabajaban en la industria cinematográfica: en esa caza de brujas unos acabaron en la cárcel y otros vetados para trabajar.

26. El estado liberal no le hacía ascos a la utilización de métodos ilegales para meter en cintura a los trabajadores. Así, en Barcelona, el gobernador que logró imponer la alta finanza tras la primera huelga revolucionaria de los trabajadores, el general Martínez Anido, favoreció los *Sindicatos Libres* (amari llos) frente a la CNT y persiguió a los dirigentes sindicales por medio de pistoleros (*vid.*, p. ej., R. Carr, *España, 1808-1975*, Ariel, Barcelona, ²1983). El cine ha descrito estos usos, corrientes en muchos estados formalmente democrático-liberales, en films como *Matewan* de John Sayles o *Las uvas de la ira* de John Ford.

Las clases subalternas aceptaron la mencionada política de rentas, que empezó a ser objeto de transacciones entre sindicatos y asociaciones patronales. Las organizaciones sindicales iniciaron una transformación que las dotó de un pujante espíritu de gestión y representación de intereses al tiempo que perdían capacidad para la lucha por la emancipación.

Las clases trabajadoras también aceptaron poner entre paréntesis el cuestionamiento político real de los fundamentos del capitalismo privado. Durante la prolongada etapa keynesiano-fordista aparecieron entre los trabajadores signos de identificación con las empresas; las subculturas propias de las clases trabajadoras perdieron gradualmente la vertiente política por la cual se consideraban incompatibles con el sistema del capitalismo privado.

Esas clases obtuvieron, como se ha señalado, el reconocimiento de sus asociaciones. Los partidos propiamente obreros lograron representación parlamentaria. Ello repercutió en las instituciones, ya que para marginar a los grupos conflictivos la comunicación real entre fuerzas políticas y sociales se deslocalizó al desplazarse tendencialmente fuera del parlamento: empezó a realizarse por medio de negociaciones informales luego traducidas casi directamente en acción del poder ejecutivo.

El compromiso keynesiano en Europa occidental, Estados Unidos y Japón puso las condiciones de un crecimiento económico sin precedentes, continuado durante más de un cuarto de siglo. En ese período se empezó a introducir sistemáticamente la ciencia en la producción; la tecnociencia disminuyó el tiempo de trabajo medio necesario para la producción de bienes.

Las políticas económicas y asistenciales basadas en el keynesianismo tuvieron gran éxito intrasistémico. Se logró efectivamente paz social en numerosos estados y las instituciones políticas y sindicales de los trabajadores se convirtieron en los interlocutores de gobernantes y empresarios. Aumentó notablemente la producción masiva con gran abaratamiento de los costos productivos, cuestión clave para el éxito del proceso.

También se produjo una evolución en la composición y en las expectativas de las clases trabajadoras. Al principio del proceso se suscitó lo que se ha llamado «el obrero masa» en las industrias donde aún no había llegado a existir. En Europa se dieron flujos migratorios intensísimos desde el campo a los centros industriales. El «sur» (Andalucía o Extremadura, Nápoles o Calabria) enviaba trabajadores al «norte» (Cataluña o Piamonte) que los recibía con desprecio (llamándoles «charnegos» o «terroni»). Hubo también grandes flujos mi-

gratorios internacionales: de españoles, italianos y griegos, de turcos, árabes y africanos sobre todo a Alemania y Francia, pero también a los Países Bajos, Suiza o Gran Bretaña... Los movimientos migratorios rápidos tendían a crear aculturación entre los trabajadores: pérdida de la cultura de origen, tradicional, sin integración plena en la cultura de las zonas industriales. Aparecerá un nuevo «sur» en las periferias metropolitanas.

La formación del «obrero masa», traducida en fuertes organizaciones sindicales capaces de negociar y en presencia política institucional, dio lugar a ciertos espejismos entre los trabajadores. El incremento cuantitativo de los bienes-salario posibilitado por el menor valor de los productos masificados inició la espiral del consumo. Se operó un tránsito de la cultura del ahorro a la del endeudamiento, muy coherente con las políticas económicas aplicadas. El «obrero masa» tenía un poder de negociación sin precedentes pero estaba crecientemente endeudado. La vivienda, los electrodomésticos y el automóvil podían ser adquiridos a condición de endeudarse[27]. El ensanchamiento de la gama de los bienes salario accesibles a los trabajadores les acomodó por vez primera en el sistema capitalista. Al final del período se había producido lo que Pasolini llama una «revolución antropológica»[28] que infectó a las culturas populares; las clases trabajadoras estaban instaladas en una espiral consumista del que la crisis de cambio de etapa, pese a reducir drásticamente sus expectativas, no las apartaría. El consumismo propició el desvanecimiento del aspecto político de la consciencia de clase entre los trabajadores y la difusión de un chusmático aburguesamiento extendido como una enfermedad a la sociedad entera. Mientras, la sima entre el «norte» industrializado y el «sur» del mundo se convertía en abisal.

Para el capitalismo las políticas keynesianas pusieron las bases de auténticas revoluciones organizativas. Al principio del período, la diferencia entre propiedad y control empresarial había empezado a convertirse en una clara diferenciación funcional. Las empresas económicamente significativas no sólo eran ya realmente corporaciones «anónimas» —esto es, dejaban de depender de personas individuales para asociar diversos capitales— sino que la dirección y la política empresarial, así como el principal aprovechamiento de sus rendimientos, correspondían a quienes las controlaban «políticamente» y

27. La ley española de venta a plazos de bienes muebles no consumibles del 17 de julio de 1965, una de las piezas de la adaptación del derecho a esa cultura del endeudamiento, en su momento pasó desapercibida.

28. P. P. Pasolini, *Cartas luteranas* [1975], Trotta, Madrid, 1997.

no a sus nudos propietarios. Para controlar las grandes empresas y obtener de ellas el máximo aprovechamiento, a veces indirecto, ya no era necesario poseerlas a título de propietario: ya no era necesario tener *la mayoría* del capital social o siquiera una parte significativa de éste. El control podía estar en manos de grupos de accionistas organizados que con un desembolso mínimo imponían su voluntad a una gran masa accionarial limitada a percibir una parte de los réditos[29]. Se puede decir que la diferenciación entre propiedad y control de las grandes unidades productivas se acentuó con la producción de masas. Las formas jurídicas se convirtieron progresivamente en *apariencias*[30].

Muchas entidades productivas menores pasaron a ser *empresas satélites* de las unidades importantes. Así, la industria de la automoción cuenta, en torno a las grandes firmas, con auténticas galaxias de empresas pequeñas o medias (suministradoras de componentes y accesorios, o de servicios y reparaciones) subalternizadas por condicionamientos económicos y técnicos que ni siquiera quedan reflejados por las relaciones contractuales que median entre ellas.

Por otra parte la redistribución estatal del producto social benefició también al empresariado. Como se verá, el estado redistribuyó recursos en favor de las necesidades generales del sistema empresarial, por una parte, y de las necesidades específicas de las industrias estratégicas o de punta (en Estados Unidos, a través de los proyectos espaciales principalmente).

Durante cierto tiempo una asociación simbiótica con el estado permitió desplegarse a las grandes empresas con dimensiones y características que dejaban en pañales a los demonizados monopolios de principios del siglo XX. Al final del período keynesiano, con la acumulación de recursos y de capacidad productiva lograda gracias al estado, las grandes empresas se habían convertido en multinacionales inmensas; muchas otras iban a seguirlas inmediatamente por el mismo camino. Tras haber subido por la escalera del pacto keynesiano el empresariado estaba en condiciones de tirarla abajo y desarbolar casi enteramente, por medio de las políticas neoliberales, las posiciones arduamente conquistadas por las clases trabajadoras.

29. Para formas más complejas de control económico empresarial, *vid.* AA.VV., *En el límite de los derechos*, EUB, Barcelona, ²1997, pp. 12-21.

30. Significativamente, el título del excelente libro de R. Serick sobre la transformación del concepto de persona jurídica en el ámbito de la gran empresa es *Apariencia y realidad de las sociedades mercantiles*, Ariel, Barcelona, 1958.

6.2.3. *Cambios funcionales y orgánicos del estado intervencionista*

La principal institución política de la sociedad deja de ser un estado «gendarme» y se convierte en «intervencionista». Los ideales y los procedimientos democrático-representativos tienden a volverse más formales, si cabe, con este tránsito. Hasta la fase comentada, «democratización» significaba algo contrario a la desigualdad. La democracia no se reducía a formalidades e implicaba cambios en las relaciones entre las personas. Se dice en Italia que con Palmiro Togliatti, el histórico dirigente comunista, los obreros habían aprendido a no quitarse la gorra al paso del patrón. Este tipo de cambios, simbólicos, políticos y metapolíticos, están implicados por cualquier concepción de la democracia que no sea puramente nominal.

Al final del período keynesiano las ideas de democracia, de libertad y de igualdad se habían formalizado hasta tal punto que a una parte de la doctrina jurídica le resultaba ininteligible toda noción de democracia que no fuera meramente procedimental.

6.2.3.1. Los cambios funcionales del estado

Las funciones tradicionales del estado se modifican en primer lugar para servir a las necesidades de la economía.

En esta fase de la segunda revolución industrial hay condiciones económicas que es preciso traer a colación para comprender toda la extensión de la intervención económica estatal. Por una parte, se aceleró la rotación del capital fijo (de los bienes de equipo, la tecnología, etc.), pues entró en una fase de rápida obsolescencia en comparación con el período precedente; por otra, aumentó y se aceleró intensamente la innovación tecnológica. Se produjo, además, como se ha apuntado, un notable cambio de magnitudes en las empresas más significativas.

En seguida se expondrá un elenco que recoge algunas de las funciones que asume el estado intervencionista. Por supuesto, los estados históricos no siempre desempeñan todas las funciones de esa lista, ni las asumen todas a la vez, y las toman a su cargo con grados de intensidad muy variables.

[6.2.3.1.1.] Las funciones esencialmente económicas del estado intervencionista son pues las siguientes:

a) Administración del ciclo económico —y de las crisis— mediante políticas presupuestarias y monetarias.

Estas políticas se basan en la capacidad del estado para estimular o frenar la actividad económica usando para ello el presupuesto público y la manipulación de la masa monetaria en circulación. Inyectar dinero en la economía o presupuestar grandes gastos públicos endeudándose (o sea, sin recurrir a impuestos) estimula la actividad económica, que en cambio se retrae si aumenta la presión fiscal, se frena la velocidad de circulación del dinero o es el propio estado quien reduce gastos.

b) Fijación política de precios y contingentación de la producción, bien coercitivamente o mediante políticas de subvenciones, etc.

La política de protección de los precios de los productos agrícolas del medio oeste de los Estados Unidos (con enormes cantidades de maíz cuyo consumo ha de imponerse a todo el mundo), o las políticas agropecuarias de la Unión Europea, o las políticas de contingentación agraria del franquismo en España, son, todas ellas, manifestación de esta función de intervención en los precios y en el volumen de la producción. El estado pasa así a señalar lo que se puede plantar, criar o producir, y los precios máximos y mínimos de ciertos productos. (Los poderes neoliberales, en la fase siguiente, mantendrán la contingentación.)

Estas políticas favorecen directa o indirectamente a clases y grupos sociales determinados: granjeros del medio oeste en USA, como se ha señalado, y campesinos franceses en la Unión Europea, empresariado catalán en la España franquista, etcétera.

c) Socialización de las pérdidas de industrias de insuficiente rendimiento económico pero indispensables para la producción y para la competitividad de otras industrias (así, nacionalización de ciertos transportes, de la minería de carbón y de la siderurgia en diversos países).

d) Creación de industrias y realización de actividades no atractivas para la inversión privada. En casos como el español, con débil iniciativa privada, el estado pasó a ser el primer empresario del país.

En España las telecomunicaciones han nacido por obra del estado, al igual que las industrias de construcción naval, petroquímica, aeroespacial y armamentística, entre otras. Cabe destacar además las primeras industrias automovilísticas modernas (ENASA, SEAT).

e) Realización de una planificación económica indicativa.

Esta planificación puede referirse a grandes iniciativas en el terreno económico —así, las de la *Tennessee Valley Authority*, en los Estados Unidos de los años treinta, con el objetivo de poner en explotación la

cuenca de un gran río—, o a las líneas generales de los gastos públicos en períodos prolongados, como los «planes de desarrollo» españoles, etc.

f) Socialización de los gastos de la innovación tecnológica, acelerada por medios diversos. Esta función adquiere mayor importancia a lo largo del período debido a la creciente obsolescencia del capital fijo señalada anteriormente.

Los gastos norteamericanos y europeos en la industria aeroespacial tienen por objetivo *económico* principal financiar la investigación y la innovación tecnológicas. Las partidas del presupuesto público norteamericano en materia de defensa y aeroespacial financiaron así la investigación de punta en el ámbito de la microinformática, los nuevos materiales y la industria aeronáutica, dando impulso a grandes empresas privadas nuevas (*IBM*, *Texas Instruments*, por ejemplo) o viejas (*Boeing*, *McDonnell Douglas*, muy implicada en la industria bélica, o *Westinghouse*, en las centrales nucleares).

g) Funciones de socialización de riesgos de las empresas privadas.

En España, estas funciones abarcan: la constitución de fondos de garantía para el sistema financiero, con participación pública y exenciones tributarias; la inversión pública directa o indirecta en grandes proyectos privados (por ejemplo, al urbanizar, comunicar, formar personal y eximir de impuestos a grandes inversores extranjeros, como Ford); o al prestar avales públicos a empresas privadas (caso de las concesionarias de autopistas).

En suma: los estados intervencionistas han de asignarse y realizar políticas macroeconómicas de expansión supliendo la incapacidad de los mercados para utilizar adecuadamente la totalidad de los recursos productivos.

[6.2.3.1.2] Al lado de las tareas *directamente* económicas del estado intervencionista hay que situar las funciones *socioeconómicas*, esto es, las que atienden a necesidades básicas de la población, a muchos de cuyos sectores proporcionan un *salario indirecto*, y a la vez satisfacen necesidades del sistema empresarial. Al desplegar estas funciones el estado intervencionista se convierte en *asistencial*.

Las principales funciones *asistenciales* o socioeconómicas del estado son:

a) Satisfacer las necesidades sanitarias de la población activa, en primer lugar, y secundariamente de la población en general.

Mediante fórmulas de financiación diversas, de carácter público o coercitivo, se constituyó un sistema sanitario y hospitalario capaz de atender a la población trabajadora en caso de enfermedad o accidente laboral. El sistema hospitalario público, que en el estado policía atendía fundamentalmente a los pobres, según el concepto de *beneficencia*, se transformó en un sistema sanitario capaz de atender, finalmente, a la población entera —incluidas las clases privilegiadas—, con servicios médicos e investigación clínica de punta fuera del alcance del ejercicio privado de la medicina.

(En la fase histórica siguiente, de globalización neoliberal, los estados o bien abandonarán estas funciones —caso de los Estados Unidos—, o bien tratarán de realizarlas a través de empresas privadas.)

b) Establecer y garantizar un sistema público de seguros sociales y pensiones.

No se debe olvidar que el sistema de pensiones y de seguros sociales, además de socializar los riesgos individuales por causa de enfermedad o accidente laboral, y de suministrar pensiones de jubilación a quienes han superado la edad legalizada para las actividades productivas, tiene un importante efecto económico redistributivo que garantiza el mantenimiento de niveles de consumo necesarios para un sistema de producción masiva.

c) Mantener un aparato educativo que garantice la formación mínima indispensable de la fuerza de trabajo, por una parte, y la reproducción continuada del saber científico y tecnológico necesario para el sistema productivo[31].

d) Mantener instituciones de investigación básica o aplicada que atiendan a las necesidades de adaptación tecnocientífica de los agentes económicos.

Las instituciones de investigación en los ámbitos de la física y de la química, y otros, de costos elevadísimos, no pueden ser financiadas por cualesquiera empresas, y en determinados ámbitos incluso están fuera del alcance de los estados, los cuales se asocian para sacar adelante la investigación básica o grandes proyectos comunes (tal es el caso de los estados de la Unión Europea, que emprenden proyectos conjuntos de investigación básica en física de partículas o astronomía, o «programas» (proyectos) como Eureka, que pueden facilitar el desarrollo de una amplia panoplia tecnológica).

31. *Vid.* M. Sacristán Luzón, «La universidad y la división del trabajo», en *Panfletos y Materiales* III, Icaria, Barcelona, 1985.

Por otra parte, algunas actividades estatales satisfacen al mismo tiempo funciones económicas (estimular la producción) y objetivos asistenciales: así la construcción de viviendas de protección oficial, centros escolares, hospitales, etc. Ello se debe a la tendencia a la *concreción* funcional del estado. Son políticas «concretas», en el sentido que la palabra tiene en este libro, las que sirven para satisfacer varias funciones distintas a la vez.

[6.2.3.1.3.] Por último, el estado intervencionista modula de modo específico funciones ya desempeñadas por el estado gendarme: la represión de las amenazas individuales y colectivas al orden social y la función integradora[32].

a) De una parte, las instituciones encargadas del control estatal sobre la sociedad experimentan una ampliación en varias direcciones. Los aparatos represivos del estado pasan a tener además funciones *preventivas*; crecen numéricamente y se multiplican orgánicamente. Por otra parte el sistema penal cambia. Se empieza a hablar de perseguir el «delito de cuello blanco», el realizado por personas tradicionalmente al resguardo del control penal; aparecen finalmente los «delitos de masa», delitos que causan daños masivos a las personas, como productos tóxicos, alimentos insalubres, vertidos radioactivos, etc.; estos delitos son en realidad consecuencia del mayor potencial tecnológico.

b) El estado se dota de medios audiovisuales que sustituyen en gran parte a los aparatos familiar y religioso en la función de integración ideológica. Estos aparatos ideológicos de estado sólo operan directamente en el ámbito político en momentos excepcionales. Su terreno de actuación normal es el cultural. En la fase del consumo de masas serán fundamentales para construir la hegemonía social de la ideología hedonista y la práctica consumista[33].

6.2.3.2. Los cambios orgánicos e institucionales

Desde el punto de vista de la organicidad del estado, su configuración intervencionista supone el desarrollo de nuevos aparatos para

32. *Vid.* L. Althusser, «Ideología y aparatos ideológicos de estado», en *Escritos*, Laia, Barcelona, 1974.

33. *Vid.* N. Postman, *Divertirse hasta morir* [1985], trad. de E. Odell, Ediciones de La Tempestad, Barcelona, 1991.

realizar las funciones mencionadas y la adaptación y transformación de los existentes.

El estado tiende a ser *concreto*. Un ente es tanto más concreto —en el sentido en que aquí se usa la palabra— cuanto menos elementos precisa para realizar sus funciones o, visto de otro modo, cuanto más multifuncionales resultan sus elementos. Así, un motor diesel es más concreto que un motor de explosión, un receptor de radio de transistores más concreto que uno de diodos y resistencias, etcétera. Pues bien: el estado intervencionista tiende a realizar *varias* funciones por medio de cada una de sus estructuras orgánicas, sin que se pueda suponer que estas estructuras desempeñan una sola función previamente especificada y se limitan a ella.

Surge así un conjunto de instituciones estatales de control económico central y una serie de grandes empresas públicas (pero también privadas de propiedad pública, como se verá, en una mescolanza jurídica muy característica); servicios de medios audiovisuales; un aparato educativo extenso, con centros de investigación o de formación de investigadores insertos en él; un aparato sanitario ingente. Y un conjunto de unidades o centros administrativos para la gestión de todos estos servicios, además del personal que realiza efectivamente las prestaciones.

En el estado intervencionista se agiganta la burocracia corriente (sin que se reduzca en la etapa posterior, cuando constituya una especie de ámbito laboral privilegiado con relativa seguridad en el empleo). Este gigantismo, por otra parte, pudo hipertrofiarse en la fase de mayor prosperidad de la etapa keynesiana, aumentando los costes económicos de la intervención estatal.

Por debajo de la administración central del estado, en el plano de las administraciones locales de grandes ciudades y en las administraciones territoriales (o en los estados federados), se clona o replica el proceso de multiplicación de los organismos públicos, de empresas públicas municipales, regionales u otras, y de agigantamiento burocrático.

> Para hacerse una idea del volumen de los cambios orgánicos del estado puede atenderse a lo siguiente: en España, tanto las personas físicas como las personas jurídicas privadas están registradas y censadas, pero no, como ya se ha señalado, las personas jurídicas públicas[34], creadas asistemáticamente, muchas veces con recursos financieros propios y que por ello no son controladas por un parlamento que puede

34. *Vid. infra*, 6.3.5.1.

permanecer ignorante de su existencia. Se calcula que el numero de estos componentes del estado y administraciones inferiores oscila entre una y dos decenas de millares.

Además de cambios orgánicos, las instituciones políticas centrales —en particular el parlamento, el poder ejecutivo y las relaciones entre ambos— cambian también, aunque de modo más sutil y menos visible.

El pacto keynesiano supuso normalizar el acceso al parlamento de los partidos políticos de las clases trabajadoras, al menos en las metrópolis europeas. Los partidos cobraron especial importancia al ser constitucionalizados en algunos casos, esto es: convertidos en mediadores privilegiados de la voluntad popular[35]. Con todo ello, sin embargo, los parlamentos *perdían* una de sus funciones tradicionales en el estado gendarme: la de ser la sede de negociación y pacto entre los grupos políticos y las representaciones de intereses de los distintos sectores de las clases dominantes. Estas funciones se desplazaron del parlamento a sedes informales, conectando directamente las sindicaciones de intereses con el gobierno del estado y los partidos políticos mayoritarios.

Por otra parte, los parlamentos habían tenido tradicionalmente una importancia fundamental (con precedentes en las instituciones de representación estamental premodernas) al depender de ellos la aprobación del presupuesto público. Pues bien: cuando el presupuesto deja de ser el único instrumento estatal de intervención económica, el papel económico del poder legislativo tiende a perder la importancia que tenía y a quedar condicionado por la actuación de otras instituciones con peso en la política económica.

El desplazamiento del debate político fuera de las instituciones estatales habilitadas para ello fue un paso importante para la gradual conversión de la política en espectáculo[36]. El crecimiento del estado y la multiplicación de personas jurídicas públicas, como se verá, sustrajo también a los parlamentos el control de numerosas partidas presupuestarias. La proliferación de entes públicos y de «cargos de confianza» del gobierno creó zonas de penumbra política y zonas de connivencia, propias de los políticos profesionales. Todo ello cuando en apariencia la política se volvía transparente.

35. Así la Constitución española de 1978, art. 6; la combinación de ese artículo con las leyes electorales privilegia la voluntad de los partidos frente a la de los ciudadanos.

36. *Vid.* G. Débord, *Comentarios sobre la sociedad del espectáculo*, trad. cast. de C. López, Anagrama, Barcelona, 1990.

Se puede afirmar, en conclusión, que en el estado intervencionista los poderes legislativos ven incrementada su función de legitimación del sistema político —al integrar la representación de las clases trabajadoras antes excluidas—, pero pierden en cambio capacidad e importancia decisoria, en beneficio de los poderes ejecutivos o gobiernos.

En ocasiones ha sido necesario instrumentar constitucionalmente el reforzamiento de los poderes ejecutivos, como se observa en el derecho constitucional del período: así, la Ley Fundamental de la República Federal Alemana (de 1949) dispone que el Jefe del Gobierno es elegido *sin debate* (art. 63) por mayoría simple, e inventa para destituirlo el inutilizable mecanismo de la «moción de censura constructiva» (art. 67), según el cual se precisa una mayoría parlamentaria en torno a un sucesor para destituir al Jefe del Gobierno; este mecanismo fue clonado para la Constitución española de 1978 (art. 113, 2) y debe recordarse que *jamás* ha funcionado positivamente, con lo que los parlamentos que la incorporan no pueden destituir a los jefes del ejecutivo ni siquiera en circunstancias extraordinarias. La Constitución de la IV República francesa (de 1958), otra gran innovación constitucional de este período, traslada parte de las funciones ejecutivas a una Presidencia de la República de elección directa con un mandato de *siete* años, con lo que sustrae capacidad de decisión al Presidente del Gobierno elegido por el parlamento (la duración de cuyo mandato deja de figurar en la constitución, aunque es de cuatro años) si es de signo político distinto al del Presidente de la República.

El poder ejecutivo es el centro del estado intervencionista, y lo es de un modo que no admite comparación con el lugar que ocupó en el estado gendarme. La propia denominación «poder ejecutivo» es un eufemismo. El gobierno, más que ejecutar, gobierna. Dirige o controla todas las funciones de intervención económica y social. El parlamento es el centro de la legitimación democrática del sistema (aunque con el estado intervencionista aparece ya, ciertamente en forma poco más que larvaria, otro tipo de legitimación, basado en la *eficacia* para satisfacer necesidades o demandas sociales); de él emana formalmente el gobierno, pero el parlamento difícilmente puede controlarlo. Tiende a convertirse en reflejo del mercadeo de votos y en la institución que sanciona y legaliza las políticas instrumentadas por el gobierno, el cual las ha pactado previamente con las sindicaciones de intereses sin intervención del poder legislativo propiamente dicho. Y los debates parlamentarios públicos de verdad, los televisados o televisables, se convierten en espectáculos de naturaleza meramente electoral.

Las administraciones públicas —esto es, en este caso, los funcionarios—, con sus prácticas burocráticas establecidas, se convierten en

ruedas de inercia del estado, por decirlo así: en un elemento con el que hay que contar para comprender el funcionamiento de las instituciones gubernativas.

El poder judicial se vuelve crecientemente ineficaz. En el ámbito del derecho privado los conflictos relevantes tienden a escapar al control de los tribunales —el derecho de los consumidores, por ejemplo— o a resultar inmanejables debido a sus dimensiones[37], desmesuradas en relación con los medios de que dispone la magistratura.

La intervención económico-social del estado tiene dos consecuencias generales que se reflejan en las instituciones públicas.

De una parte, las decisiones políticas y administrativas, necesarias y constantes para materializar los proyectos de intervención en todos los planos, desde el estatal general al plano local menor, tienen consecuencias económicas, y, por tanto, *son ellas mismas valorables económicamente*.

La autorización para exportar, edificar, plantar, etc., o la realización de obras públicas tales como vías de comunicaciones o líneas de metro, etc., no solamente tienen consecuencias económicas y redistributivas en sí mismas: también se les puede atribuir, como a cualquier bien, un *valor de mercado*. Dicho de otro modo: con el estado intervencionista las decisiones políticas pueden tener un *precio*.

Eso pone de manifiesto, por otra parte, que toda *norma* jurídica efectúa una redistribución, esto es: atribuye cargas a unos sujetos sociales y libera de cargas a otros.

Y a partir de ahí la política queda abierta de par en par a la irrupción de los entes de la esfera privada que pueden pagar el precio de las decisiones político-administrativas, esto es, que pueden comprar, presionar y condicionar a la autoridad, por supuesto ilegalmente, la redistribución social en su propio beneficio.

> Se trata de un fenómeno perverso que se añade a las debilidades de unas políticas intervencionistas subordinadas a la expansión del capital. Así, la legislación urbanística tiende a favorecer a los grandes agentes económicos. El propietario de una pequeña parcela en zona urbana poco puede hacer frente a las pretensiones de los planificadores municipales de destinar la zona en que está ubicada esa parcela a equipamientos públicos, o limitar allí el volumen de la edificación; el pequeño propietario no está en condiciones de negociar con el poder para optimizar el valor económico de su parcela. Un gran agente económico —por ejemplo, una gran empresa constructora— puede en cambio comprar esa y otras parcelas y negociar luego con el municipio

37. *Vid. infra*, 4.3.4.

> su destino económico, permutarlas, cederlas, etc.; de esa negociación pueden derivarse beneficios tanto para el municipio o la comunidad como un todo cuanto para el constructor particular, que puede obtener en alguna otra parte el volumen de edificabilidad deseado y ver así como de la propia negociación se obtiene un incremento del valor de la inversión en aquella pequeña parcela.
>
> Pues bien: este resultado hipotético, normal dadas las condiciones de una economía capitalista que premia la escala del capital y su organización, no ejemplifica todo el alcance de las posibilidades abiertas por los procesos de intervención pública. Supóngase ahora que un determinado volumen de edificabilidad adicional, aunque ilegal, puede rendirle al empresario un beneficio de —digamos— 10 dineros. Eso abre la posibilidad de *comprar* (hasta por 9 dineros) la decisión ilegal, o la legalización previa de lo actualmente ilegal, mediante pagos a autoridades políticas o funcionarios personal o políticamente corruptibles. Casi toda la problemática de la financiación ilegal de los partidos políticos se origina en situaciones parecidas a la ejemplificada aquí[38].
>
> La compra de decisiones políticas puede hacerse al partido o partidos en el poder o a los políticos o funcionarios con autonomía decisoria. La financiación de los partidos políticos se convierte en problemática justamente a partir del momento en que decisiones aparentemente menores, como recalificaciones de terrenos, contratos o compras del estado y otros organismos públicos dejan de estar sometidos a normas taxativas y exigen millares de decisiones cotidianas, materialmente no controlables por instituciones previstas para ejercer un control genérico (parlamento, tribunales de cuentas, etc.).
>
> Las oportunidades de enriquecimiento que la contratación pública brinda a sus gestores en condiciones de democratización insuficiente son infinitas. Hasta las cuestiones menores —la limpieza de unas instalaciones educativas, la compra de material corriente para el funcionamiento de los servicios, etc.— puede dar ocasión a que se constituyan empresas que por su conexión con tales gestores (mediante la interposición de personas de confianza) se vean totalmente libres del llamado riesgo empresarial y con expectativas multiplicadas sin mostrar la menor apariencia de ilegalidad.

En el estado gendarme la actividad política se había asociado estrechamente a la moralidad pública. En ciertos países —señaladamente la Gran Bretaña— los comportamientos de los políticos, incluso en el ámbito privado, anómalos desde el punto de vista de la moral do-

38. No deja de ser significativo que la novela negra empezara a ocuparse de la corrupción política con el advenimiento del estado intervencionista. *Vid.*, p. ej., D. Hammet, *Cosecha roja* (de 1929; hay trad. cast. publicada por Alianza, Madrid, ^{5}2006). Hoy, sin embargo, la corrupción política está a la orden del día en buena parte de las zonas turísticas de España.

minante, implicaban la exigencia de responsabilidad. Pues bien: también esto cambia. La responsabilidad política sólo puede ser exigida excepcionalmente y en medio de grandes dificultades, en casos de particular gravedad. Cualquier pequeña parcela de poder se convierte en el estado intervencionista en un medio potencial de enriquecimiento para amplias categorías de personas. La profesionalización de la política, relativamente restringida en el estado gendarme, se masifica en el estado intervencionista, que multiplica los empleos públicos y los cargos de confianza. La actividad política tiende a dejar de ser vista como una *vocación*[39] y a convertirse en una profesión muy especial y privilegiada: puede ser un potente trampolín para la promoción social individual.

Ello, a su vez, repercute en las instituciones de mediación política, los partidos políticos. Los partidos no sólo experimentan las ya conocidas tendencias estructurales a la oligarquización y la burocratización, estudiadas por Michels[40], según las cuales las cúpulas dirigentes tienden a imponerse a las bases militantes, etc.: además se ven parasitados por personas que no persiguen interés público alguno sino sus propios intereses particulares, atentas únicamente a la promoción interna y a la escalada social, para las cuales sólo cuenta el *corto plazo político* porque es siempre en el coyuntural corto plazo donde se juega su futuro. Esta colonización parasitaria de los partidos políticos es uno de los factores que contribuyen a erosionar la democratización alcanzada por el sistema.

6.3. EL DERECHO INTERVENCIONISTA Y ASISTENCIAL

6.3.1. *Cambios en la propiedad y el contrato*

El estado que se convierte en intervencionista es un estado gendarme que tiene al derecho como el instrumento normal de actuación. La intervención del estado en la esfera «de la sociedad civil», por consiguiente, va a darse en principio a través de normas jurídicas.

Propiedad y contrato eran las instituciones jurídicas básicas del capitalismo concurrencial. Por consiguiente fueron las primeras en resultar afectadas por la intervención pública.

39. *Vid.* M. Weber, «La política como vocación» [1919], en *El político y el científico*, Alianza, Madrid, 1967.

40. R. Michels, *Los partidos políticos* [1915], hay trad. cast. de E. Molina de Vedia, Amorrortu, Buenos Aires, 1969, 2 vols.

La propiedad en sentido romano, como derecho al uso, disfrute y disposición de los bienes, experimenta una fuerte restricción.

La libre disposición de los bienes es el primer «contenido» del derecho de propiedad subordinado a las distintas manifestaciones del «interés público» o la «utilidad pública» que establezcan las leyes. Los bienes pueden ser objeto de *expropiación forzosa* por razones de interés general, definidas política y legalmente, antes desconocidas.

Por supuesto, la constitución básica del sistema impide la expropiación sin razón legal suficiente y sin indemnización. Los bienes son expropiables —la expropiación suele referirse en primer lugar a bienes inmuebles— en virtud de una norma jurídica con rango de ley (o dicho de otro modo: en virtud de norma de al menos el mismo rango que las definitorias de la propiedad), la cual ha de publicitar el «interés público» concreto y determinado al que han de destinarse los bienes expropiables (se establece así un principio de reversibilidad del proceso en caso de cese de tal «interés» concreto y determinado); en segundo lugar, los bienes son objeto de valoración, y el valor atribuido al bien expropiado es restituido al propietario por los entes públicos.

Adviértase sin embargo que la operación de *valoración* de los bienes expropiables, realizada por organismos *ad hoc*, es esencialmente distinta de la valoración mercantil, dada por el juego de la oferta y la demanda. La valoración no mercantil es una valoración de *política económica*. Los organismos públicos no realizan una oferta suficientemente atractiva para inducir al propietario a vender, sino que imponen un cambio de titularidad compensado por un precio político.

> Además el «interés público» puede limitar otros aspectos del derecho de propiedad, como la capacidad de decisión acerca del uso o destino económico de los bienes, sin expropiarlos. Así, una determinada parcela será calificada de agrícola o de suelo urbano; y en este caso será edificable —con volúmenes de edificabilidad determinados— o destinado a otros usos. Aunque estas especificaciones jurídicas afectan al derecho del propietario y a la valoración económica que pueda alcanzar el bien, en principio no determinan obligaciones especiales del estado o entes públicos para con el titular del derecho.

El derecho privado de propiedad normado en el código civil ha de leerse, en el estado intervencionista, modulado por el derecho público, señaladamente el derecho administrativo.

Lo que es válido para la tradicional propiedad de bienes inmuebles vale también para objetos de apropiación más modernos, como las instalaciones productivas de tipo industrial. De un modo general

puede decirse que el intervencionismo estatal establece el principio jurídico de la subordinación de la propiedad privada a la política económica públicamente definida (o, como se ha acabado diciendo equívocamente, «la propiedad se subordina a su función social»).

Que la propiedad sea susceptible de expropiación da impulso a formas de control de los medios productivos distintos de la propiedad tradicional. A partir de las instituciones del derecho comercial o mercantil para la propiedad colectiva (sociedades por acciones) y para la financiación mediante recursos ajenos, el capital busca fórmulas que faciliten su expansión quedando al resguardo de la intervención estatal. Las instituciones intermedias se multiplican y las empresas pueden adoptar la forma jurídica de auténticas muñecas rusas societarias. Puede decirse que la intervención pública ha constituido un estímulo para que el capital buscara formas de organización que le permitieran desplazar los riesgos hacia agentes económicos de importancia secundaria o periféricos.

La libertad contractual omnidireccional desaparece también. Ciertas materias contractuales quedan especialmente tuteladas por el estado intervencionista y dan lugar a especialidades jurídicas nuevas: tal es el caso, señaladamente, del derecho laboral. Por otra parte las diferencias de poder entre partes contratantes, especialmente en lo relativo a la adquisición por particulares de bienes producidos en condiciones próximas al monopolio, dan lugar a los llamados contratos de adhesión, cuyo contenido fija unilateralmente la parte con mayor poder privado. Además, el estado puede fijar algunas condiciones ineliminables o básicas de la contratación privada en determinados ámbitos, por ejemplo los contratos bancarios, los contratos de seguro, etc.

6.3.2. *La politicidad del conjunto del derecho*

Si al principio de la fase del intervencionismo estatal parecen relevantes los fenómenos de limitación del derecho de propiedad y de la libertad contractual característicos del estado gendarme, al final del período, en cambio, cuando estas transformaciones han sido plenamente asimiladas y se dan por supuestas, lo relevante es más bien la desaparición de la apariencia de *neutralidad* del derecho, que se había predicado durante la fase anterior.

Se manifiesta así el carácter *político* de todo derecho —empezando, naturalmente, por el derecho privado—, y su inevitable función redistributiva. Visto de otro modo: se desvela la falta de *imparcialidad* del derecho, supuestamente ocultada en el estado gendarme por el carácter *general* de la ley.

Un par de consideraciones ejemplificativas puede mostrar que toda norma jurídica consagra un tipo de distribución de los bienes que en las condiciones estructurales imperantes resulta desigual.

La primera consideración puede partir de la evolución del derecho de quiebras aplicable a las empresas industriales.

Pongámonos en la hipótesis de quiebras no fraudulentas: situaciones en que una empresa, por su mala adaptación a las condiciones del mercado, tiene deudas crecientes, superiores a sus activos, sin perspectivas de enderezar la situación. En el derecho del estado gendarme, la quiebra se resolvía valorando y liquidando el patrimonio o activo empresarial y entregándolo a los acreedores proporcionalmente a su participación en las deudas o pasivo de la empresa, que quedaba disuelta. En lo que respecta a los trabajadores de la empresa, que perdían su medio de vida con este proceso, a lo sumo algún derecho reconocía a los asalariados el carácter de acreedores preferentes. Puede decirse por tanto que el derecho de quiebras del estado gendarme favorecía a los acreedores en detrimento de los trabajadores.

En el estado intervencionista, sin embargo, no ocurre lo mismo: aunque una empresa puede estar técnicamente quebrada desde el punto de vista del derecho de quiebras tradicional, la intervención de ciertos agentes sociales —tales como sindicatos, administraciones públicas, etc.— puede situar en primer plano el *problema social* generado por la posible disolución de la empresa; la situación de ésta será considerada incluso judicialmente a partir de ahí como un *problema de política económica*, y se podrá buscar medios para garantizar la *viabilidad económica* de la empresa (mediante moratorias fiscales, reajustes de personal públicamente incentivados, acuerdos de *quita* con los acreedores, contratos con entes públicos), sometiéndola o no a administración judicial, o incluso se podrá garantizar esa viabilidad con *leyes-medida* particulares. En el estado intervencionista la afirmación de que el derecho de quiebras favorece a los acreedores en detrimento de los trabajadores puede ser en muchísimos casos falsa. Si la orientación política del derecho cambia, la distribución de las cargas cambia también.

La segunda consideración ejemplificativa puede darla el derecho relativo a los seguros de automóviles.

Aún hoy el único seguro obligatorio, que garantiza el pago por daños a terceros por uso de automóviles, gravita sobre los propietarios de los vehículos. Otros seguros, como el de daños propios, daños a ocupantes, etc., tienen carácter voluntario. Esta legislación, obviamente, fomenta la producción de automóviles caracterizados principalmente por la velocidad y la potencia, publicitados y vendidos así,

y hace posible cargar los costes por accidentes no cubiertos por el seguro obligatorio sobre las víctimas en primer lugar y a continuación sobre los contribuyentes.

> Estos costes no son pequeños: basta saber que grandes centros hospitalarios públicos cuentan con *dos* servicios de urgencias distintos: uno para urgencias médicas y otro exclusivamente para accidentes de circulación, la *principal* causa de muerte y de lesiones permanentes en las metrópolis del norte industrializado.

G. Calabressi[41] sostiene la sensata opinión de que el coste de los accidentes debe gravitar sobre quien está en mejores condiciones para *evitarlos*. En el caso de los accidentes de circulación, quienes están en mejor situación para evitar los accidentes son los fabricantes de vehículos. Imaginemos que el derecho cargara sobre ellos sólo una parte de la responsabilidad: la de los daños ocasionados *en el interior* de los vehículos. La primera reacción de los fabricantes sería contratar seguros por daños a ocupantes de los vehículos y trasladar su coste a los compradores, tal vez; pero la segunda, para negociar seguros más baratos, sería construir máquinas en las que las cualidades principales fueran la *seguridad* y la *resistencia* y no ya la velocidad o la potencia, desarrollando nuevas invenciones en este sentido. El resultado final sería *disminuir* la incidencia de los accidentes, y por consiguiente de los daños totales y de sus costes sociales.

Esta fábula anticipatoria muestra que en la actualidad el derecho de los seguros de automóviles beneficia a los fabricantes frente a los usuarios y frente a la población en general. *Pues ésta es hoy la política jurídica* de protección especial de la industria automovilística.

El derecho no puede ser *justo* en una sociedad de desigualdades reproducidas estructuralmente. Las normas jurídicas establecen esquemas de distribución de cargas. Ello ocurre hasta en las instituciones aparentemente menos políticas, como la familia: hasta ahí llega hoy, sin embargo, el cuestionamiento político del derecho. Pues el derecho de familia existente es —por ejemplo— un esquema que tiende a juridizar toda relación de convivencia, aunque no existan hijos, al imputar deberes a sujetos débiles —mujeres y menores, sobre todo—, y al limitar o negar derechos a quienes no se acogen o no se pueden acoger a la normativa familiar (las uniones de hecho), y a quienes, como las familias gitanas, con sus propios ritos, no quieren acogerse a los ritos estatalmente normados.

41. *El coste de los accidentes* [1970], trad. y prólogo de J. Bisbal, Ariel, Barcelona, 1984.

Más en general: todo el derecho contemporáneo, desde las normas más generales a las sentencias judiciales, puede ser analizado en términos de política, y en particular de política económica, para poner de manifiesto la distribución de cargas que realiza entre los distintos grupos y sujetos sociales[42].

6.3.3. *Los derechos sociales*

Los derechos «sociales» (o colectivos) parecen contrapuestos a los derechos individuales, pero no es así: lo que recibe ese nombre son también, justamente, derechos individuales. Los «derechos», por otra parte, siempre son «sociales» cualquiera que sea su objeto, pues carecerían de sentido sin vida social.

Hay que aclarar, pues, que el calificativo de *sociales* se aplica a ciertos derechos por una razón de historia cultural: con su reconocimiento se ha pretendido aplazar o dar por zanjada —y neutralizar en cualquier caso—, la «*cuestión social*».

Los derechos que todo el mundo adjetiva como «sociales» llegaron a ser reconocidos por la confluencia de dos juegos de fuerzas diferentes sobre unos objetivos que podían ser coincidentes con determinadas políticas reformistas.

De una parte, los programas políticos de los movimientos o partidos obreros de numerosas metrópolis trataban de conquistar posiciones para los trabajadores en el seno de las sociedades capitalistas, y sostenían demandas generales de satisfacción de necesidades básicas. Así, los programas de los partidos de «izquierda» exigían el reconocimientos del derecho de huelga y de afiliación sindical, los derechos a la limitación de la jornada y de la semana laboral, el derecho a topes mínimos salariales, y los derechos al subsidio de paro, a la jubilación, a la sanidad, a la educación, a la vivienda, etc. Éste es uno de los conjuntos de fuerzas actuantes: un movimiento obrero articulado y poderoso para reivindicar la satisfacción de las necesidades básicas de las gentes.

Por otra parte, como se ha visto[43], se hallan ciertas necesidades del sistema político-económico que las novedades keynesianas tratan de satisfacer: la necesidad de relegitimarse, tras las conmociones del Octubre Rojo y del crac del veintinueve, y la necesidad de crear un consumo adecuado a la producción masiva.

42. Es recomendable a estos efectos al excelente libro de P. Mercado, *El análisis económico del derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

43. *Vid. supra*, 4.2.2.

> Todo lo que se puede producir entra en una de las categorías siguientes: *a*) medios de producción, o bienes que sirven para la producción de otros bienes; *b*) bienes de consumo de los trabajadores; *c*) bienes de lujo, que no entran en el consumo de los trabajadores. La expansión capitalista *no podía realizarse* sobre la única base de la expansión productiva de las categorías *a*) y *c*) de bienes.

La coincidencia de estos dos conjuntos de fuerzas impuso el reconocimiento de algunos derechos *políticos* adicionales a los del estado gendarme: la afiliación sindical y la huelga, como se ha dicho. Otras aspiraciones de los trabajadores también acabaron constitucionalizadas como derechos *sociales*: de protección del empleo, a las pensiones de jubilación, a topes máximos para la jornada laboral y mínimos para los salarios, a la salud, y otros.

> La protección constitucional del empleo asume formas que hoy parecen cínicas y casi humorísticas en la Constitución española de 1978. En su art. 35 señala: «Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo»; y en el art. 40 estipula que los poderes públicos «De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo». Como todo el mundo sabe, el derecho al trabajo resulta prácticamente *inexigible*, aunque no tanto como ese inefable «deber de trabajar». El contenido del derecho al trabajo exigible jurídicamente se reduce a poco más que algunas prestaciones por desempleo y a cierto condicionamiento a las empresas para la supresión de puestos de trabajo.

Que las aspiraciones de las clases trabajadoras fueran reconocidas en la particular forma de *derechos* «sociales», esto es, al modo de una *constitución* de la condición trabajadora[44], como una especie de «segunda generación» de derechos básicos (se les suele llamar también «derechos de segunda generación»), merece algún análisis.

> La expresión «derechos de segunda generación» es probablemente más equívoca aún que «derechos sociales». Pues *históricamente* algunos derechos *políticos* fundamentales, como el de afiliación sindical o los de manifestación o huelga, son cronológicamente de segunda generación, pero se diferencian de los «derechos sociales» por los mecanismos que los hacen exigibles o aseguran su contenido. El coste económico de garantizar derechos es distinto en distintos casos.

La constitucionalización de esos «derechos sociales» nacidos con el estado intervencionista tiende a revestirlos de la apariencia de

44. La idea de una «constitución del trabajo» es de Karl Korsch, jurista y político socialista de la época de Weimar.

derechos fundamentales o *ciudadanos*, y hasta hay escuelas de pensamiento minoritarias que los presentan así. Sin embargo entre los derechos fundamentales o políticos y los derechos sociales hay una diferencia profunda. Los derechos políticos (las libertades básicas, el derecho de sufragio, etc.) son ante todo *derechos frente al estado*. Y éste puede hacerlos respetar a sus funcionarios por medio de su sola y exclusiva actividad. Para que subsistan basta la voluntad estatal, o, si se prefiere, la voluntad del sistema político. El mantenimiento de los «derechos sociales», en cambio, exige una actividad meta-estatal. Afectan a la economía, y precisan por tanto el concurso de la esfera privada. Sólo se pueden mantener en determinadas circunstancias, pues como mínimo precisan una recaudación fiscal suficiente para financiar las prestaciones que les dan contenido. *El estado no puede garantizarlos por sí solo en cualesquiera circunstancias*. A la postre la satisfacción de las necesidades garantizadas en forma de derechos sociales puede resultar incompatible con la lógica capitalista básica de la sociedad en que surgen.

Por otra parte, el programa político que da satisfacción a determinadas necesidades e intereses de las clases trabajadoras articulándolos precisamente como *derechos* tiene consecuencias sociales *neutralizadoras*, desactivantes de la tensión social. Tómese cualquiera de los derechos sociales, por ejemplo el derecho a la salud (a servicios médicos y sanitarios y a condiciones generales de salubridad). En la historia, antes de que eso fuera un *derecho*, cuando la protección de la salud era sólo una *aspiración* y una *necesidad* de grandes colectividades o grupos sanitariamente desamparados, generaron organización, lucha social y movimiento socio-político que consiguió dotarse de *poder* para materializar esa aspiración y otras análogas.

Ahora bien: que la necesidad de atención sanitaria se satisfaga en la forma del reconocimiento estatal de un *derecho* tiene el significado siguiente: *a*) en primer lugar la aspiración queda consagrada como *legítima* oficialmente, públicamente, ante todos; *b*) en lo sucesivo el recurso al estado es el único medio legítimo de defensa del derecho, pues queda *bajo la custodia exclusiva del estado* (o sea, el derecho se entrega a la custodia de funcionarios públicos); *c*) el poder social generado para obtener ese reconocimiento jurídico —el movimiento, la lucha social—, ha de *dispersarse*, desaparecer; esto es: ha de eclipsarse la articulación social que impuso el reconocimiento del derecho.

Por eso la conversión de las aspiraciones y necesidades generales de los trabajadores en derechos tutelados exclusivamente por el estado es un medio de neutralización y desactivación del conflicto social. Un conflicto que puede reaparecer por *desfallecimiento* de la

capacidad de defensa estatal de algunos de los derechos «sociales» o de todos cuando se ha desvanecido, a su vez, el poder generado para imponer su reconocimiento.

> En torno a los derechos políticos básicos, como en relación con los derechos sociales, subsiste, pese al carácter fuertemente tecnificado de las sociedades modernas, mucho «pensamiento desiderativo» o directamente *mágico* que los considera conquistas consolidadas y eternas de la humanidad, que ésta ya no puede perder —algo así como el fuego—. Por supuesto, estos derechos son conquistas sociales, pero la consideración optimista de la perennidad de tales conquistas no ha meditado suficientemente sobre el pequeño porcentaje de seres humanos a los que afectan (uno de cada diez) ni sobre la precariedad de los fundamentos factuales en que se asientan. El pensamiento mágico o desiderativo es sin embargo, además de consolador, coherente con la retórica legitimatoria del actual sistema de reproducción de la desigualdad social.
>
> El reconocimiento en forma de derechos de algunas de las aspiraciones de las clases trabajadoras en la sociedad capitalista establece una precariedad básica, fundamental, en la garantía de las prestaciones. Durante mucho tiempo permaneció invisible. Sin embargo se pondrá de manifiesto en la babélica fase de la historia que se inicia con la tercera revolución industrial, cuando los contenidos de los *derechos sociales* se convierten en *negociables*. En la práctica esto supone que algunos derechos quedan reducidos a *derechos de papel* —esto es, a derechos nominales, aunque en esta forma aún sirven para legitimar el sistema— y otros ven limitado su contenido a mínimos impensados.

Aunque algunos sistemas políticos autoritarios, como el franquismo o el salazarismo, favorecieron el surgimiento de un derecho laboral paternalista específico —frente al expansionismo del derecho privado del estado gendarme—, éste no puede compararse con el auténtico *derecho del trabajo* surgido en los sistemas representativos a partir de los derechos sociales —con todas las limitaciones apuntadas— y los derechos políticos nuevos reconocidos, de afiliación sindical, de manifestación y de huelga[45]. El derecho del trabajo, inserto en lo que puede llamarse la cultura del obrero-masa, constituyó la normativa jurídica más valiosa para las condiciones de vida de las clases subalternas de toda la historia del derecho. Ello, claro está, cuando tuvo tiempo para desplegarse, lo cual no fue obviamente el caso en España.

El reconocimiento de los derechos sociales y de los sindicatos, y la capacidad de estos últimos para llegar a acuerdos de amplio alcance

45. *Vid.* A. Baylos, «La Constitución del Trabajo», en J.-R. Capella (ed.), *Las sombras del sistema constitucional español*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 321-354.

con el empresariado y el poder ejecutivo dieron origen a políticas concertadas, basadas en la contratación colectiva, con la consiguiente legalización de la tutela sindical de los derechos. La dinámica de concertación generó ciertamente falsas ilusiones. Se empezó a concebir la empresa como una *comunidad de intereses*, perdiéndose de vista la inevitable *contraposición* básica de los intereses del empresariado y de los trabajadores y la diferencia de peso político-social de cada parte cuando la contraposición prevalece sobre los objetivos comunes. El sindicalismo institucionalizado, gestionario, fue exaltado por encima del movimiento de masas que lo había construido. Pero la dinámica general también suscitó, contradictoriamente —y así hay que reconocerlo—, verdaderos compromisos, culturas activas que modelaron desde las ciudades y los barrios a las instituciones educativas; que modelaron a las personas e incluso el propio estado y la imagen que la sociedad se hacía de sí misma.

El derecho a la salud está en la base de los avances en el cuidado sanitario de los seres humanos, gracias a las inversiones en centros públicos y a medidas generales de salubridad. Ese derecho se tradujo materialmente en una reducción drástica de la mortalidad infantil, en un aumento más que notable de la duración media de la vida y en una mejora general —también debida a los efectos generales en la nutrición de las políticas redistributivas— del estado físico de los seres humanos. Los propios cuerpos, en la época del estado policía y el capitalismo concurrencial, eran reveladores de la clase social de origen de las personas; los derechos sociales auspiciaron en los cuerpos una tendencia igualitaria en el mejor sentido de la palabra. El derecho a la salud es la base de una constelación jurídica nueva, la *bionomía jurídica*, con ámbitos tan diferenciados como por ejemplo el derecho hospitalario, la normativa de donación y trasplante de órganos, el derecho de la reproducción asistida y de la biotecnología humana, o las cuestiones relacionadas con el derecho a ser ayudado a morir por personal cualificado, o derecho a la eutanasia voluntaria[46].

El derecho a la educación, por su parte, resultó más ambivalente. No pudo romper con las estratificaciones socio-culturales, pero generó poblaciones con una elevada capacidad de innovación científico-técnica. La educación obligatoria contribuyó también, sin embargo, a la difusión epidémica del ideario vital de la pequeña burguesía, el estrato social donde se reclutaba al grueso de los enseñantes[47].

46. El derecho a la eutanasia voluntaria puede ser algún día un derecho fundamental. En España existe una asociación llamada «Derecho a morir dignamente».

47. *Vid.* P. P. Pasolini, *Cartas luteranas*, cit.

Puede decirse que en la fase del estado asistencial la solidaridad interna de las clases populares, lo que E. P. Thompson ha llamado «la economía moral de la multitud», se vehiculó ampliamente a través de las instituciones. Tendió a desclasarse y a despersonalizarse la *solidaridad* misma. El asistencialismo mediado por el estado sustituyó en gran medida, por un breve tiempo, a las redes de la ayuda mutua interpersonal y comunitaria.

6.3.4. *El desbordamiento del derecho concurrencial*

La descodificación práctica, la volatilización del carácter general de la ley, la negociabilidad del derecho y la masificación de las relaciones jurídicas son otros tantos fenómenos que, con los mencionados anteriormente, desbordan los supuestos del derecho concurrencial.

Lentamente al principio de la fase intervencionista, y aceleradamente al final, el ideal codificador del estado gendarme, con su pretensión de ser sistemático y de perdurar, queda casi totalmente desarbolado. Los códigos, ciertamente, subsisten —modificados, renovados y alterados una y otra vez, cuando no enteramente sustituidos—. Pero la ley codificada ha dejado de ser paradigmática. Aunque ciertas normativas básicas o comunes —la nacionalidad, la filiación, etc.— siguen en los códigos, éstos tienen abiertas innumerables vías de agua en forma de leyes especiales. Así, el par de artículos que el código civil español dedicaba al trabajo por cuenta ajena cede el paso al inmenso magma normativo conocido como derecho laboral. Las hipotecas, las aguas, los arrendamientos urbanos, la propiedad inmueble..., cualquier ámbito relevante aparece recubierto de sus propias leyes especiales, movedizas y cambiantes. Los códigos pierden su antiguo lugar central en el orden jurídico.

El derecho del intervencionismo no es propiamente un derecho codificado: es un derecho de colecciones legislativas, de recopilaciones, de prontuarios velozmente obsolescentes, cada vez más parecidos a los nuevos productos de usar y tirar.

Se ha producido un cambio importante que es preciso explicar. El ideal de dotar de certeza y sistematicidad al ordenamiento jurídico no se ha podido mantener.

No se ha podido mantener porque las políticas de gestión del ciclo económico —por limitar el razonamiento a un solo aspecto de la intervención estatal, aunque se podría ampliar a otros— son *coyunturales*. Y si la acción estatal se realiza en buena parte mediante normas jurídicas, éstas también han de ser variables y coyunturales,

adecuadas a la oportunidad. Son un instrumento de intervención. Por eso proliferan lo que se han llamado leyes-medida y normas-acto: normas previstas para situaciones concretas y determinadas, que por la naturaleza misma de la función que desempeñan no pueden ser generales, en un caso, o se agotan una vez producido su resultado individualizado, en el otro. Las políticas de administración del ciclo económico y de redistribución de los recursos atienden a problemas sectoriales: de ahí las leyes especiales y la mutabilidad de las normas reglamentarias, de rango inferior al de la ley, que las instrumentan.

Esta necesidad de que el estado, y más precisamente su poder ejecutivo, gobierne el ciclo económico, y obtenga para ello autorizaciones legales del parlamento (o de su propia mayoría parlamentaria, esquematizando crudamente las cosas), tiene como consecuencia la fuerte atenuación o tal vez la pérdida definitiva de uno de los rasgos de la *ley* —de cualquier ley—, considerados como constitutivos de ella cuando menos desde tiempos medievales: el rasgo de la *generalidad*. No podía ocurrir de otro modo, pues paso a paso el estado intervencionista privilegia o somete a los distintos sujetos o sectores económicos y sociales.

Para todos los filósofos del derecho, desde los escolásticos medievales a los clásicos del liberalismo, la ley debía reunir la triple cualidad de ser legítima, esto es, dada por una autoridad y no un mero poder (el *príncipe cristiano* o el *parlamento*, según el sistema de legitimación); ser suficientemente pública, y ser general, para todos (y no un privilegio particular concedido a individuos). Este último rasgo, la generalidad de la ley, tiende a eclipsarse en el derecho del siglo XX. La volatilización del carácter general de la ley, a su vez puede conducir a una pérdida del grado de orden lógico interno alcanzado por los cuerpos jurídicos. Principios como el de la inderogabilidad singular de los reglamentos o de la no prevalencia de la costumbre *contra legem* dependen de que las leyes conserven el carácter básico de normas generales.

> El principio jurídico característico de la modernidad según el cual *el juez conoce el derecho*, principio que actuaba como *supuesto* de la actividad jurisdiccional —por lo que las partes podían descargarse de traer a colación ante los órganos jurisdiccionales toda la normativa aplicable—, y que era además una proposición muy probablemente verdadera acerca de la realidad, se vuelve crecientemente inverosímil cuando se habla del derecho del estado intervencionista. Aunque el *principio* de que el juez conoce el derecho sigue en vigor, ya no puede darse por descontado que sea un principio realista.

Las normas-acto, las normas-medida, en todos los niveles de intervención —que llega, no se olvide, hasta el plano local—, son por otra parte objeto de una *negociación*. La negociación de normas *previa* a su dictado es un ámbito nuevo de la actividad de los juristas. Unos de ellos como funcionarios que gestionan el interés público, y otros como representantes de intereses privados, inician una actividad que el estado gendarme ignoraba: la tarea de *concertar* intereses generales y privados a propósito de la intervención pública.

Por regla general en el estado gendarme el desarrollo reglamentario de una ley, un reglamento, una concesión administrativa o normas o actos análogos sólo podrían ser discutidas *a posteriori*, ante los tribunales. En el estado intervencionista se abre una posibilidad de negociación *anterior*, referente al contenido mismo de las normas, entre distintos sujetos sociales. Los intereses pueden ser reconocidos legalmente como legítimos en virtud de una negociación. Y así los distintos intereses en juego, tanto públicos como privados, sectoriales o individuales, se mueven en una dinámica de compromisos, compensaciones, alternativas, posibilidades.

La *negociación* genera una cultura jurídica nueva, que amplía y diversifica la originada en el estado gendarme. Este nuevo elemento de la *negociabilidad* del derecho será conservado por el selvático derecho contemporáneo, en la fase siguiente.

El derecho del estado gendarme atendía sobre todo a relaciones bilaterales o simplemente plurales, generalmente entre particulares. Con el intervencionismo público y la fase de auge de la segunda postguerra mundial se inicia la *masificación* de las relaciones jurídicas: el derecho ha de ocuparse también de problemáticas crecientemente masivas, de inevitable relevancia grupal o general.

Los *contratos de adhesión*, una primera manifestación de la tendencia a la masificación, a los que se ha aludido anteriormente, empezaron refiriéndose al suministro de bienes esenciales (agua, electricidad, gas), y eran objeto de tutela pública. Luego estos especiales contratos se extendieron a la compraventa de bienes y servicios como exigencia de un fenómeno que cobrará gran importancia en la siguiente fase histórica: la *normalización*. En el campo de la banca, el crédito y el seguro las condiciones de los contratos son impuestas unilateralmente por el agente económico más fuerte; el más débil puede buscar en el mercado una oferta adecuada a sus necesidades, pero las grandes organizaciones empresariales, para rutinizar sus procedimientos de gestión, no autorizan a sus gerentes más que tipos de contrataciones pre-especificadas. Lo mismo ocurre con la compraventa de más y más bienes de cierta importancia en el consumo de masas (automóviles, por ejemplo).

El ámbito laboral de la *negociación o contratación colectiva* representa otro aspecto de la masificación del derecho: el de los pactos realizados por grandes agentes colectivos, representativos de intereses sindicados. Tiene particular relevancia porque pone de manifiesto la aparición de entes negociadores y normativizadores interpuestos entre los individuos particulares, los cuales, finalmente, sólo podrán obligarse dentro del marco pactado por la intermediación corporativa.

Un tercer ámbito de la masificación jurídica lo determina la creciente peligrosidad de la tecnología productiva de la segunda revolución industrial, que incluso se incrementará en algunos aspectos en la fase siguiente.

Las industrias química y nuclear, sobre todo, resultan enormemente peligrosas y pueden causar verdaderas catástrofes por dolo o por negligencia y no sólo casualmente. Paradigmáticos son los casos de la thalidomida, un fármaco empleado por madres gestantes que provocó millares de malformaciones congénitas en los niños; o posteriormente el envenenamiento masivo por aceite de colza desnaturalizado en España; o la catástrofe de la central nuclear de Chernóbil; o el escape de gas tóxico de Bophal, en la India, con decenas de millares de muertos; o los accidentes de buques petroleros que causan terribles daños en los ecosistemas. La *responsabilidad* por estos daños está fuera de toda medida. Los grandes daños de masas ponen a prueba el sistema jurídico e institucional, cuya incapacidad para hacer frente a esta problemática, de dimensiones civilizatorias, queda trágicamente al desnudo.

Pues además de los grandes accidentes aparecen, desde la fase postbélica, daños dispersos generalizados de enormes proporciones.

> La discusión acerca de las técnicas jurídicas adecuadas para asignar los costes en los daños de masas puede resultar peregrina. Cuando se encuentran residuos de DDT en la grasa de los pingüinos de la Antártida, o en la leche de las madres norteamericanas en cantidades que superan los límites de peligrosidad establecidos por la Organización Mundial de la Salud, resulta más que complejo determinar a quién hay que atribuir el daño, o qué madre o qué protector de pingüinos podría reclamar y ante quién[48].

Hay daños de masas que sencillamente no se pueden siquiera valorar; daños para los que la operación jurídica de valorar la pérdida y

48. El ejemplo está tomado de J. M. Naredo, «Qué pueden hacer los economistas para ocuparse de los recursos naturales»: *economía informa*, 206 (junio de 1991); este artículo contiene una excelente discusión de las tesis jurídico-mercatorias pioneras de R. Coase («The Problem of social cost»: *The Journal of Law and Economics* [octubre de 1960]).

atribuir a alguien el resarcimiento del coste carece de sentido porque se trata de daños, en sentido estricto, *irreparables*. Así la desaparición de especies de vida animal y vegetal y la destrucción de recursos no renovables. El objetivo social ha de ser que el daño no llegue a producirse. Surgirá por ello, sobre todo con la tercera revolución industrial, el *derecho ecológico*.

6.3.5. *Algunos aspectos relevantes del derecho intervencionista*

Se aludirá a continuación, por cerrar este breve resumen de las novedades jurídicas más destacables de la etapa del estado intervencionista y asistencial, a algunas especialidades jurídicas cuya transformación resulta particularmente intensa.

6.3.5.1. El derecho administrativo

El derecho administrativo experimenta un crecimiento inmenso en esta fase. Por eso el estudio del derecho administrativo, a partir del intervencionismo, se convierte en imprescindible para comprender no sólo el derecho público sino también la lógica de unas instituciones de derecho privado moduladas de un modo u otro por la intervención pública. El estado se expande congruentemente con las nuevas funciones que ha de desempeñar; y esta expansión, reflejada por el derecho, es omnicomprensiva, general.

La administración multiplica sus órganos y servicios administrativos y presta por sí misma nuevos servicios públicos. Eso ocurre tanto en la administración central del estado —que cuenta, no se olvide, con órganos periféricos además de sus órganos centrales— como en la administración local.

La atribución de personalidad jurídica al estado, inicialmente a la Corona como entidad diferenciada de la persona del rey, y luego a la Hacienda Real, con los primeros pasos de la modernidad jurídica, supuso un giro notable en el desenvolvimiento de las ficciones jurídicas en bastantes países. El propio poder estatal llegó a aparecer *como si* se hubiera desdoblado y sometido a sí mismo. Con ello se lograba, entre otros, los objetivos de posibilitarle actuar como un litigante más, por cualificado que fuera, por una parte, y por otra enjuiciar las actividades patrimoniales de la administración como si ésta, en vez de ser un componente del estado, fuera un empleado o servidor suyo[49].

49. En el derecho español el reconocimiento pleno de la personalidad jurídica del estado, y en concreto de la Administración pública, se retrasa hasta la segunda restauración borbónica, con la promulgación de la Ley Jurisdiccional de 1888.

En la era del estado intervencionista, cuando la actividad cotidiana de juzgar cede definitivamente en importancia ante la cotidianidad del *normar*, el poder público, al operar simultáneamente en mil frentes distintos, intervencionistas y asistenciales, ha de hablar por multitud de bocas a muchos interlocutores diferentes; pero además, muy señaladamente, ha de *obrar*, esto es, materializar actividades prácticas. Los expedientes jurídicos que se venían utilizando para formalizar la actividad estatal —la ordenación jerárquica de organismos, y las figuras de la delegación, el mandato y la representación— se convierten en corsés opuestos a la agilidad de la negociación y de la actuación públicas. Se recurre por ello a un expediente innovador: multiplicar la personalidad jurídica pública. En pocos años una pléyade de servicios, dependencias y organismos del estado intervencionista son dotados de personalidad jurídica autónoma. Adquieren el carácter de personas jurídicas independientes de derecho público —esto es: se rigen por leyes predispuestas para ellas y no por las que regulan a las sociedades, asociaciones y fundaciones del derecho privado.

El fenómeno de la personificación jurídica de múltiples centros públicos de decisión y actuación es una innovación notable que refleja bien, como se verá, la mixtura de lo público y lo privado característica del estado intervencionista. *Las personas jurídicas públicas* —cuyo conjunto es llamado en determinados contextos *administración institucional*— tienen en ciertos casos sus propias fuentes de financiación o son dotadas de patrimonio propio. Entonces asoman a lo sumo en algún renglón de los presupuestos generales del estado sin dejar traslucir su importancia. Aunque sometidas a la ley y a los reglamentos administrativos, disponen de notable autonomía funcional y, al parecer, de capacidad generativa.

Pues el invento de multiplicar la personalidad jurídica pública no ha quedado limitado a la administración central del estado: también las administraciones locales consideran cómoda esta técnica. Las personas jurídicas públicas, por otra parte, pueden en ciertos casos asociarse entre sí dotando a esa asociación de personalidad jurídica; y pueden crear a su vez, además y sobre todo, personas jurídicas de derecho privado, sociedades o fundaciones, o públicas (como las fundaciones públicas), las cuales pueden dar lugar también a nuevas personas jurídicas de origen público en un despliegue vertiginoso.

> Lo que se describe no es una posibilidad teórica, sino una constelación real de formas jurídicas. Por ejemplificar: la administración pública de la España franquista creó el Instituto Nacional de Industria (INI), un organismo de la administración dependiente del Ministerio

de Industria, pero con personalidad jurídica propia, de derecho público, para fomentar la industrialización del país. El INI creó a su vez enormes empresas nacionales, como un conjunto de astilleros (la Empresa Nacional Bazán), o empresas mineras, siderometalúrgicas, fábricas de armas, etc. Estas empresas, a su vez, formaron sociedades anónimas mercantiles —de derecho privado— con capital público, asociado en ocasiones al capital privado, para lograr determinados objetivos económicos; nacieron así, por ejemplo, las empresas de automoción ENASA o SEAT; esta última persona jurídica (con capital público del INI y privado de la FIAT), a su vez, creó directamente o suscitó una multitud de otras empresas (concesionarios, suministradores, etc.).

No es posible trazar un mapa de la personalidad jurídica pública y menos aún de sus prolongaciones de derecho privado. La creación de personas jurídicas se ha materializado mediante multitud de normas legales y de autorizaciones genéricas contenidas en ellas, de modo que estos entes permanecen sin censar. El derecho de la organización administrativa disimula sus fronteras. Lo relevante, sin embargo, es el ámbito de autonomía decisoria y de actuación que pone de manifiesto su existencia: el poder público necesita volverse versátil y diversificarse para afrontar sus funciones de intervención.

Esta misma exigencia de flexibilidad se advierte en el ámbito de los *contratos de la administración*. Ésta —no sólo la Administración central del estado, sino en general las personas jurídicas públicas, con algunas excepciones técnicas— multiplica las formas de actuación que no se concretan en declaraciones u órdenes unilaterales (los típicos actos administrativos declarativos o de autorización, nombramiento, reconocimiento, etc.) y empieza a expresarse por medio de convenios formales.

La administración actúa según los modelos esenciales que P. Barcellona[50] llama respectivamente «sustitutorio», a través de la técnica jurídica del «servicio público», y «corrector», de interferencia difusa en el mercado.

Aparece así un interesante desarrollo jurídico nuevo: la contratación administrativa, la concertación, etc. Aunque las personas jurídicas públicas pueden valerse del derecho privado en actos negociales (esto es: pueden concluir negocios jurídicos de derecho privado como cualquier otra persona jurídica, aunque esto no sea especialmente relevante), al realizar las específicas funciones de intervención y asistencia necesitan suscitar formas de colaboración y negociales

50. P. Barcellona, *Diritto privato e società moderna*, Jovene, Napoli, 1996.

por parte de entes de la esfera privada sin perder, por su lado, la posición específica propia de elementos de la esfera pública.

Los contratos, convenios y conciertos administrativos adquieren así una especificidad que se aparta de los modelos contractuales iusprivatistas. La desigualdad de la posición jurídica de los sujetos es incluso relevante en ciertos casos, como en lo que la doctrina llama *conciertos administrativos*. Pero la contratación administrativa tiene su propia lógica, más fundamentalmente, porque su objeto no puede medirse por el rasero privatista del intercambio de prestaciones sino que se refiere a la adhesión o colaboración de personas privadas en la actuación de entes públicos o para finalidades públicas.

El desarrollo de la contratación administrativa es una necesidad de la intervención económica y asistencial. Sin embargo la posición de la administración como *agente* social, y su empeño en obtener la colaboración de entes privados, corre en paralelo a un reforzamiento de su posición de *autoridad* —aunque ambas posiciones no siempre son adoptadas en los mismos procesos de actividad—. El desarrollo de un extensísimo *derecho administrativo sancionador*[51] evidencia una administración pública capaz de actuar con gran dureza frente a quienes tratan de sustraerse a la determinación pública de las condiciones de actuación de los particulares.

Las funciones de intervención pública en la vida social han originado nuevas especialidades del derecho administrativo: el derecho administrativo económico, el derecho urbanístico, el derecho funcionarial y de la organización administrativa son algunas de ellas. El derecho fiscal, en cierto modo origen de todo el derecho administrativo, es una especialidad jurídica en sí misma, con sus propias especificaciones.

Las definiciones de los ilícitos administrativos se extienden y amplían tanto como la actividad normativa y de intervención de la administración pública. El número de los comportamientos ilícitos desde el punto de vista del derecho administrativo es inmenso, y la gravedad de las sanciones cuya imposición se reserva para sí la administración pública también lo es, de modo que se puede hablar de un auténtico *derecho penal administrativo*, surgido al margen del sistema de garantías del derecho penal ordinario.

La administración pública asume pues funciones de policía mucho más allá de las desempeñadas por las instituciones policiales o *policías* en el sentido corriente, acrítico, de la palabra, por una parte,

51. *Vid.* A. Nieto, *El derecho administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 1994, 2.ª ed. ampliada.

y también funciones judiciales sancionadoras, sin separación orgánica alguna, con pocas garantías y sin orden ni concierto. Pues el océano de las infracciones posibles, como se indicaba, parece carecer de límites. Los actos administrativamente ilícitos surgen prácticamente en todos los ámbitos de la intervención pública. Y, obviamente, las personas naturales o jurídicas incurren constantemente en infracciones administrativas. Cosa distinta es que tales infracciones sean efectivamente perseguidas y castigadas como está jurídicamente previsto.

El mundo del derecho penal administrativo parece inventado por Jarry o Ionesco. La persecución de los actos administrativamente ilícitos resulta en el mejor de los casos aleatoria. Es imposible perseguir todas las infracciones de tráfico, de higiene en la manipulación de alimentos, de funcionamiento del mercado, fiscales, de despacho de medicamentos, de disciplina funcionarial, de seguridad en las viviendas y en las instalaciones, de comportamiento académico, etc. Por ello se crea una sensación de indefensión generalizada, ya que cuando las personas o entidades llegan a ser sancionadas parece que la punición administrativa es arbitraria o fruto del azar; todo el mundo conoce situaciones análogas que permanecen impunes. Y por otra parte también se puede hablar de una creciente entropía de la acción administrativa pública: la administración no consigue imponer sanciones en todos los casos de infracción que conoce y además carece de procedimientos adecuados para hacer efectivas las sanciones (basta pensar en las infracciones de las normas de tráfico o en las irregularidades en materia fiscal para comprender la situación).

Los poderes públicos han adquirido dimensiones inmensas en la era de la intervención. Aunque su actuación es controlable jurisdiccionalmente, pueden causar daños irreversibles a sujetos débiles de la esfera privada sin que ello signifique que puedan poner en vereda a sujetos fuertes de esa misma esfera. Un laboratorio farmacéutico o una industria conservera sancionadas por las autoridades sanitarias experimentarán gravísimas pérdidas negociales civiles aunque luego resulte que la sanción pública es fruto de un error. La magnitud de las sanciones administrativas de tipo pecuniario es en no pocos casos superior a la de las multas que imponen los Tribunales por ilícitos penales. Pese a ello no se aprecia una mejor defensa del interés público. Los acuíferos reciben vertidos incontrolados; la industria química disemina en el medio ambiente residuos contaminantes; el tráfico motorizado no se libra de irresponsables; fragmentos de edificios siguen desprendiéndose sobre los transeúntes; los riesgos laborales se multiplican pese a la reglamentación administrativa de

todas las actividades económicas... Es Alejandro Nieto quien habla[52]:

> En repetidas ocasiones he puesto de relieve la debilidad comparativa de la protección de los intereses generales, recordando que, por ejemplo, la ocupación administrativa de un metro cuadrado de propiedad particular pone en marcha el solemne y prolijo mecanismo de la expropiación forzosa, mientras que la desaparición de un parque público o de un monumento cultural, que afecta a miles o a millones de ciudadanos, se despacha con el mero trámite de una información pública ritual. La protección de los titulares de intereses generales y colectivos es ciertamente débil. Por un acto de fe puede creerse que la protección que brinda la Administración Pública representativa de tales intereses es eficaz y suficiente. Con frecuencia, sin embargo, es el lobo quien se ha autoproclamado representante y protector de los intereses colectivos del rebaño a juzgar por los resultados que la historia y la experiencia demuestran sin contradicción.

La multiplicación de la personalidad jurídica pública, la contratación administrativa, las nuevas especialidades y el derecho penal administrativo también ponen de manifiesto, como ha quedado insinuado, que la intervención pública origina zonas opacas de actuación nuevas, pérdida de garantías, nuevos secretismos y zonas anómicas, así como posibilidades inéditas de eludir el control jurisdiccional de la actividad de las administraciones y —lo que es peor— de pervertir incluso ese control.

Este problema real de la trivialización del control sobre los poderes públicos, o en definitiva la cuestión de la sumisión de la administración a la ley en toda la extensión del concepto, no tiene solución por la sola mejora de las técnicas jurídico-administrativas de actuación, por mucho que en este terreno aún se puede avanzar. Probablemente hay que preguntarse si en sociedades tan altamente tecnificadas como las actuales es posible garantizar el interés público mediante reglamentaciones de las actividades cuyo control se reserve a funcionarios. Puede resultar absolutamente necesario desburocratizar el control social, y que entes de naturaleza cívica asuman ciertos poderes de otro tipo.

No hay que olvidar jamás que el actual control de la legalidad administrativa, en definitiva, es control de la actividad de unos funcionarios realizada por otros funcionarios. Sin fiscalización cívica en un extremo del proceso y política en el otro está condenada al fracaso.

52. *Op. cit.*, p. 36.

6.3.5.2. Los derechos de las relaciones industriales

Esta etapa de inmixtión de lo privado y lo público presencia cambios jurídicos de cierto relieve en torno a las instituciones productivas: la empresa y la relación laboral.

6.3.5.2.1. El derecho empresarial

La forma «empresa» experimenta transformaciones significativas a lo largo del siglo. En la fase de generalización de las grandes empresas de tipo fordista, la forma jurídica de la «sociedad anónima» o «por acciones» empezó a experimentar una cierta subversión interna para adaptarse al proceso de concentración y organización del capital.

En la primera revolución industrial, las sociedades anónimas o corporaciones habían sido esencialmente una forma de asociación de diversos capitales industriales o mercantiles para desarrollar una actividad empresarial nueva. Como se ha señalado anteriormente[53], en la fase de concentración y organización del capital que corre entre las dos guerras mundiales, la forma jurídica de la sociedad anónima empieza a ser empleada de un modo distinto. Los capitales oligárquicos o de control usan combinaciones basadas en esta fórmula jurídica para asociar a sus proyectos a un conjunto de capitales pequeños, de volumen agregado muy superior al de los propios capitales de control, procedentes fundamentalmente de ahorradores de clases medias, evitando sin embargo que estos capitales «subalternos» tengan *derechos políticos* o capacidad de decisión respecto de los proyectos empresariales, que el capital de control se reserva en exclusiva para sí.

Surge para ello una cierta *ingeniería jurídica*, todavía muy embrionaria. Los objetivos de este constructivismo adecuado a las nuevas formas de organización del capital son casi siempre garantizar el dominio de grandes sociedades a sectores específicos del accionariado, pero también minimizar sus cargas fiscales.

La fórmula de las sociedades *holding* en cascada, propietarias de filiales que se suceden hasta llegar a las empresas que organizan materialmente las actividades productivas, aparece en no pocos sectores. Con ello se logran efectos diversos: las sociedades matrices pueden asociar «capitales sin derechos» (por ejemplo, de accionistas dispersos que se contentan con percibir sus dividendos) en la periferia de sus sistemas organizativos; también pueden emitir «obligaciones» (títu-

53. *Vid. supra*, 6.2.2.1.

los que acreditan una deuda preferente, pero sin derechos sobre el gobierno de la corporación) en determinadas zonas de esos mismos sistemas, expandiéndolos sin riesgo por suscribir las obligaciones (o sea, financiar la expansión) ahorradores aislados; o bien el capital de control puede optar por beneficiarse él mismo de derechos obligacionales sobre «pseudoempresas» que se ocupan de parcelas poco rentables de actividad. Las cascadas de sociedades anónimas que se forman de estas y otras maneras también sirven para aliviar la presión fiscal sobre el capital. La opacidad de la empresa como construcción jurídica puede aumentar notablemente si las distintas sociedades anónimas así entramadas tienen distinta nacionalidad.

Durante el período «experimental» de entreguerras el derecho de sociedades se caracterizaba por el auge de este tipo de técnicas de organización, estimuladas por los procesos de concentración del capital. Por supuesto, la jerarquización de capitales había de saldarse, si los negocios iban mal, en detrimento del accionariado subalterno u orgánicamente periférico. La literatura jurídica correspondiente, al igual que las reformas legislativas, ponía en el centro de sus preocupaciones la protección de las minorías accionariales. Con resultados meramente retóricos. También aquí hacía crisis el derecho tradicional, que pasaba formalmente por alto las distintas funciones del capital productivo y el capital financiero y la lógica de las relaciones económicas.

Con la intervención pública en pleno funcionamiento, en cambio, los problemas jurídicos de las sociedades son distintos. En substancia, los capitales ya han logrado grados apreciables de concentración y organización; las grandes empresas o bien están en condiciones de autofinanciarse o bien —y además— recurren para ello a medios distintos. Las nuevas grandes empresas de la segunda postguerra, hasta el final del período, suelen ser filiales de otras preexistentes; obtienen de éstas parte de su capital. No precisan recurrir a las capas ahorradoras tradicionales porque, como se verá en seguida, el estado intervencionista las sustituye útilmente.

Como la intervención estatal en la actividad económica por razón de interés público se realiza en amplia medida a través de incentivos a las empresas, éstos se convierten en objeto de negociación. Las distintas administraciones públicas pueden prestar un amplio abanico de ayudas: subvenciones, exenciones o moratorias fiscales, contratos públicos para la realización de obras o prestación de servicios, aportación de obra pública (medios de comunicación, obras para suministro energético, ordenación del territorio) en beneficio suyo, etc. Lo cual significa que el estado y demás entes públicos prestan a las empresas

un apoyo que en definitiva es de tipo *financiero*. La figura profesional del abogado o gabinete jurídico de empresa, encargado de negociar esta financiación, aparece en esta fase.

> La financiación indirecta de las empresas privadas con cargo al presupuesto público alcanza cotas elevadísimas cuando un estado o una comunidad pretende conseguir la instalación en su territorio de empresas estratégicas, que están en condiciones de elegir la más ventajosa de las ofertas. En estos casos la aportación del capital privado disminuye drásticamente, limitándose a facilitar las tecnologías productivas.

El ahorro forzoso impuesto por vía fiscal a las clases populares contribuye a financiar a las empresas por mediación del estado. Con el consumismo, los capitales «centrales» de las grandes empresas, además de subordinarse los capitales periféricos a ellas mismas, movilizaban ingentes recursos públicos en su propio beneficio. *El pacto keynesiano funcionó globalmente, en definitiva, a favor del capital.* El compromiso social dejó gran libertad de acción a las clases poseedoras; el estado, pese a intervenir en el proceso económico, distaba mucho de controlarlo. Su débil grado de democratización, limitada a las instituciones generales del sistema político, cerró tajantemente el paso a toda posibilidad de cogestión, a fórmulas de conducción empresarial basadas en la participación privada, pública y sindical. Ello a pesar de que la creciente socialización material de las estructuras productivas no sólo legitimaba o hacía coherentes las formas cogestionarias sino que éstas hubieran podido introducir lógicas de superior racionalidad en el conjunto de la producción social.

> El fracaso de los intentos jurídicos de «reforma de las sociedades anónimas» de ese período debe buscarse aquí. La mixtura de lo público y lo privado pedía a voces la participación en la gestión de las distintas *aportaciones* a la *empresa común*: capital privado, trabajadores y aportaciones públicas. La lógica de los «derechos de propiedad», en cambio, se orienta a sobreproteger a las minorías accionariales, naturalmente sin consecuencias al ser éstas por lo común meros prestamistas, desinteresados del proyecto productivo.

El derecho de empresa de la etapa intervencionista experimentó modificaciones en otras zonas, singularmente —como se ha señalado ya— en lo que respecta a quiebras y suspensiones de pagos, que se «politizan» por la intervención de los entes públicos y pueden ser objeto de tratamientos puntuales de tipo político-económico.

También se amplía el derecho del seguro, ya que la producción

masiva multiplica a su vez el riesgo, que las empresas tratan de socializar aunque sea a través de instrumentos como el contrato asegurador privado. También aquí el intervencionismo público juega a favor del capital debido al tratamiento fiscal desgravador de los seguros suscritos por las empresas.

> En ramas empresariales particularmente sensibles, como el sistema financiero, el estado desempeña además un notable papel indirecto en la socialización del riesgo. Las numerosas quiebras bancarias producidas en España en la crisis final del período keynesiano, algunas de ellas fraudulentas, afectaron a los accionistas pero no a los depositantes gracias al previsor Fondo de garantía de depósitos. Las pérdidas se socializaron, en definitiva, entre los contribuyentes.

Hay que mencionar por último el surgimiento, más teórico que real, de un *derecho del consumo*. Se trata de elementos normativos que protegen a los adquirentes de los bienes de la producción masificada por una parte y regulan ciertas modalidades de venta y de propaganda (rebautizada como publicidad) por otra. El *derecho de los consumidores* es una prueba más de la obsolescencia de las categorías nacidas de la compraventa del derecho romano para contemplar los conflictos que surgen en la distribución de bienes masivamente producidos.

> El derecho del consumo aparece en microconflictos que no pueden subsanarse ante órganos jurisdiccionales porque los costos procesales son desmedidos respecto del valor económico de los bienes, o ante conflictos masivos por vicios de los productos o de su propaganda. Las asociaciones de consumidores negocian reglas de comportamiento empresarial normalizado, en el primero de los supuestos, o intervenciones de los entes públicos en el segundo.

6.3.5.2.2. El derecho laboral

El derecho laboral es la creación del estado asistencial que reviste más importancia para las clases subalternas. Aunque ya se ha aludido a esta especificidad jurídica al hablar de los derechos sociales, merece la pena referirse a algunos aspectos del laboralismo que no encontraron acomodo en aquel contexto.

La normativa que especifica las obligaciones derivadas de la relación laboral es en cierta medida fruto de la negociación entre los sindicatos y asociaciones de empresarios y los poderes públicos. Para algunas cuestiones es también una normativa internacional, ya que numerosos convenios reguladores de las actividades laborales, sobre

todo en materia de seguridad en el trabajo, han sido paccionados por la Organización Internacional del Trabajo, con sede en Ginebra.

En numerosos países, entre ellos (y sobre todo) en España, estos elementos democráticos del derecho laboral se combinan con elementos paternalistas previos. Así, la jurisdicción laboral específica (el sistema de las magistraturas de trabajo) es una institución creada por el régimen franquista al dar naturaleza pública a organismos preexistentes de carácter arbitral.

Las jurisdicciones laborales, pese al paternalismo de su origen, se caracterizan por su adecuación a la problemática de los sujetos débiles en las relaciones de trabajo asalariado. Se busca con ellas una solución rápida de los conflictos, preferentemente mediante acuerdo entre las partes. Utilizan fórmulas procesales ágiles y de bajo coste. En cierto modo son un modelo que podría extenderse a otros ámbitos conflictivos. Estas instituciones han sido, en realidad, una aportación positiva al compromiso social en el terreno laboral. La contratación colectiva encuentra un garante en la jurisdicción laboral. La negociación colectiva de los trabajadores es una necesidad para éstos, ya que individualmente no están en condiciones de enfrentarse a sujetos económicamente fuertes.

Con todo, durante mucho tiempo subsistieron zonas del derecho laboral donde el principio de la responsabilidad exclusiva del capital en la gestión de las empresas tendía a inmunizarlas de la intervención pública y sindical. Así, los reglamentos de régimen interior de las empresas determinaban los deberes específicos de los asalariados, fijaban los regímenes disciplinarios, las disponibilidades de los trabajadores, etc., y en general reservaban poderes amplísimos a la dirección empresarial. Las conquistas laborales tuvieron que avanzar, por la vía de la contratación colectiva y muy tardíamente, para tipificar en cada caso las condiciones de trabajo. Los reglamentos de régimen interior de las empresas, por fin, fueron formalmente eliminados y sustituidos en teoría por los contenidos de la contratación colectiva. Sin embargo el poder disciplinario del empresariado[54] sigue siendo muy amplio, y además encuentra medios de legalizarse, al margen del derecho laboral, según la naturaleza de la actividad empresarial.

Una parte de las condiciones de trabajo, la relativa a las cuestiones de higiene y seguridad y a la prestación laboral de sujetos débiles

54. *Vid* J. Aparicio y A. Baylos (eds.), *Autoridad y democracia en la empresa*, Trotta, Madrid, 1992, y M. F. Fernández López, *El poder disciplinario en la empresa*, Civitas, Madrid, 1991.

como mujeres y menores, ha sido objeto de reglamentación pública. Los estados tienen a su cargo la tutela administrativa de estas cuestiones, que realizan a través de funcionarios inspectores. Ello ha creado una situación paradójica: en realidad son infinitos los aspectos de la actividad productiva que están estrictamente reglamentados desde el punto de vista de la higiene y la seguridad en cada una de las ramas de la producción. Se trata de una normativa tan compleja y detallada que en realidad no la conoce nadie: ni los propios inspectores encargados de tutelar su aplicación ni, sobre todo, los trabajadores mismos.

Con la tutela administrativa no se ha generado una cultura acerca de los derechos en materia de higiene y seguridad entre los trabajadores. En muchos casos prefieren cerrar los ojos ante las condiciones reales de trabajo a cambio de asegurar otros aspectos de la relación salarial. Esta debilidad de la cultura acerca de las condiciones de trabajo se volverá contra los trabajadores en la fase siguiente. Además constituye un freno a la formación de una consciencia ecológica en el ámbito productivo: sin producción ecológicamente satisfactoria, el ecologismo de los consumidores es poco más que testimonial.

6.3.5.3. Las transformaciones del derecho penal

La represión penal experimenta numerosas transformaciones en el modelo jurídico-político considerado. En la fase de experimentación e innovación de entreguerras se extendió una ambivalente ideología penal *preventiva*, paternalista en el mejor de los casos, que hacía hincapié en el concepto de «peligrosidad social»; en ella hay fuertes elementos de una concepción penal totalitaria.

La primera fase keynesiana, en la segunda postguerra, reafirma en general los principios garantistas en el ámbito penal y descubre el llamado *delito de cuello blanco*[55].

En la fase consumista el derecho penal hace crisis en varias direcciones: de una parte el humanismo penal emprende una crítica del derecho penitenciario que lleva a poner en cuestión la idea misma de prisión; de otra, se atribuye al derecho penal la represión de las formas aún embrionarias del delito masivo, sobre todo en el ámbito económico, y los nuevos y generalizados «delitos consumistas». Además se recurre a los instrumentos punitivos públicos para hacer

55. *Vid.* A. Bequai, *White-Colar Crime: A 20th-Century Crisis*, Lexington Books, Lexington, 1978.

frente a la crisis cultural de la época, manifestada por la difusión de las drogodependencias.

A finales de los años sesenta resurge un derecho penal «excepcional» que pretende ser sólo una respuesta coyuntural a situaciones extraordinarias; sin embargo la tendencia a una *excepcionalidad normalizada diferencial* se afianzará en casi todos los derechos, y constituye una amenaza seria y permanente al garantismo penal.

> Algo se conquista, con todo, a lo largo de todo el período: una concepción *laica* de la represión penal. Las conductas sociales, cuya determinación causal empieza a comprenderse mejor, son objeto de represión en virtud de criterios cuyo carácter histórico y *convencional* se vuelve manifiesto[56]. Y por otra parte se advierte que la *construcción* como delictivo y punible de un comportamiento concreto y determinado, específico y atribuible a una persona individual, no se realiza por la sola actuación del poder judicial en aplicación de la ley penal, sino que tiene que ver con *políticas represivas determinadas* y con la existencia de posibilidades económicas de persecución de determinados tipos de infracciones por parte de los organismos policiales.

La idea de «peligrosidad social», esto es, de que determinadas personas son predelincuentes aunque jamás hayan delinquido, no es del todo extraña a la cultura jurídica del estado gendarme. En realidad es expresión suya la fantasía lombrosiana del «criminal nato». Las ideas de «prevención especial» y de «peligrosidad» cobran fuerza en el período de entreguerras impulsadas por los dos estatalismos contrapuestos, el socialista y el fascista, en una época de crisis social, por el advenimiento de la sociedad de masas, y de irresolución política.

Surgen legislaciones punitivas especiales basadas en la *peligrosidad* atribuida a los miembros de ciertas categorías sociales —esas categorías son cambiantes: van desde los anarquistas a los parados y mendigos, o desde gentes dedicadas a la prostitución y el proxenetismo a los drogadictos—, que pueden ser objeto de medidas *de policía* o *de seguridad*, tuteladas más o menos judicialmente, que restringen la libertad personal u otros derechos fundamentales[57]. Merece la pena tomarlas en consideración porque son el antecedente directo de las legislaciones penales de excepción que aparecerán con la crisis del estado intervencionista y asistencial en los años setenta.

56. *Vid.* M. Foucault, *Vigilar y castigar* [1975], trad. cast. de A. Garzón, Siglo XXI, México, 1976.

57. *Vid.* L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, [8]2006, cap. 11.

Así, en la URSS, el Código penal de 1923 abandonó el principio ilustrado *nullum crimen, nulla poena sine lege* al permitir la analogía: se autorizó a los tribunales a castigar actos no expresamente prohibidos pero considerados análogos a otros prohibidos, insistiendo más en el «peligro social» y en las «medidas de defensa social» que en los tipos penales como tales. Más tarde se promulgaron *leyes antiparasitarias* contra «personas que eludan el trabajo socialmente útil y se conduzcan de modo antisocial y parasitario»[58]. En esa época la idea de que el estado gozaba de *eticidad*, y podía por tanto *elevar moralmente* a grupos sociales «retardatarios» era un lugar común entre gentes de orientaciones muy diversas[59].

En el mundo castellanohablante las ideas de la *prevención social* y la concepción de las «medidas de seguridad» fueron difundidas por el penalista socialista Luis Jiménez de Asúa. La Ley de Vagos y Maleantes republicana de agosto de 1933 paradójicamente le fue útil al régimen franquista. Las instituciones de reeducación previstas por la República nunca se crearon; el franquismo modificó la ley en 1948 inspirándose en la legislación fascista italiana (el código Rocco de 1930, que sistematizaba y ampliaba legislación excepcional preexistente). Con una vaga tutela judicial esa ley daba amplísimos poderes a la policía, que podía obtener de un juez especial órdenes para confinar o encarcelar por tiempo indeterminado, sin que los afectados por tales «medidas de seguridad» pudieran oponerse jurídicamente a ellas.

Tras la segunda guerra mundial, y con la reafirmación del garantismo penal coherente con el sistema de libertades, cesó al menos momentáneamente el avance por ese camino autoritario, basado en la pretensión paradójica de *prevenir penalmente* (la legislación sobre «peligrosidad social» perduró en España hasta el régimen constitucional[60]).

Ya antes de la guerra se había empezado a hablar de «delincuencia de cuello blanco» para caracterizar la criminalidad específica de las clases acomodadas. Este tipo de delincuencia floreció con las posibilidades de negocio que ofrecía el intervencionismo económico estatal; el análisis sociológico de esta clase de delincuencia no se tradujo en una adecuación de las instituciones jurisdiccionales sino que a lo

58. *Vid.* H. J. Berman, *La justicia en la URSS*, Ariel, Barcelona, 1967, caps. I y XI.

59. La comparte por ejemplo alguien como Simone Weil en *Echar raíces* [1944], Trotta, Madrid, 1996, completamente entregada a la defensa de los desdichados.

60. La *Ley de Vagos y Maleantes* estuvo en vigor hasta 1970, cuando la derogó una *Ley de Peligrosidad Social* que atenuaba la arbitrariedad anterior pero se inspiraba en los mismos principios preventivos.

sumo puso de manifiesto el carácter clasista de la represión penal. Resulta normal que los «delincuentes de cuello blanco» eludan la persecución penal y la prisión. El poder judicial dispone de muy pocos medios para perseguir los delitos de cuello blanco; en realidad ni siquiera dispone de una auténtica policía judicial, pues no merece este nombre la policía de orden público funcionalmente a disposición de los tribunales aunque sin dependencia orgánica de éstos. Menos aún dispone de los auditores y demás expertos necesarios para perseguir una delincuencia económica que suele estar muy bien organizada.

El consumismo supuso la aparición de nuevas actividades ilícitas. Algunas de ellas eran de importancia menor; así, hubo que inventar el «hurto de uso de vehículos a motor» para suavizar la represión penal: si hasta entonces la sustracción de vehículos tenía normalmente el móvil del lucro, con los primeros impulsos del nuevo hedonismo social se hizo común la práctica de sustraerlos para usarlos durante breve tiempo, realizada por personas sin capacidad adquisitiva suficiente. Esta suavización de la represión penal para acciones antijurídicas ciertamente de menor impacto sobre el orden público avanzó en algunos países por la vía jurisdiccional de una calibración más medida de las circunstancias de la acción y en otros por un ensanchamiento de la gama de sanciones no consistentes en penas de privación de libertad.

La reflexión jurídico-penal de la etapa consumista afrontó dos temáticas diferenciadas de gran calado. De una parte, se intentó frenar los daños de masas característicos de la producción masiva dándoles un tratamiento penal. Ciertamente, esos daños —adulteraciones tóxicas, por ejemplo—, eran objetivamente en muchos casos delitos de imprudencia con infracción de reglamentos, y sus responsables podían ser perseguidos penalmente. Sin embargo hubo de transcurrir cierto tiempo para que se percibiera que una cosa es la persecución penal de comportamientos criminales y otra muy distinta que la represión penal sea el instrumento más adecuado para frenar la proliferación de este tipo de daños.

Por otra parte, a finales de los años sesenta y principios de los setenta, se produjo un movimiento de fuerte crítica a las penas de privación de libertad. Un mejor conocimiento criminológico y médico de las consecuencias de estas penas revelaba que los principios de la Ilustración no habían conseguido traspasar los muros de las prisiones. Por eso surgió un movimiento intelectual favorable a derribarlos cuyas razones no se puede ignorar[61]. Sin embargo no se ha sabido

61. *Vid.* A. Baratta, «Criminologia liberale e ideologia della difesa sociale»: *La Questione Criminale* 1 (1975), pp. 7-65.

hallar alternativas a la prisión adecuadas y suficientes ni suscitar una consciencia pública lo bastante intensa para que la población acepte financiar la ruptura del círculo vicioso que lleva de la marginación social a la delincuencia.

La existencia de prisiones no es la mayor tragedia del siglo XX, pero sigue siendo una tragedia. Revela una sociedad poco integrada, que se tapa los ojos ante la descarga de las tensiones de los fuertes sobre los débiles, hasta incidir sobre sectores poblacionales con recursos crecientemente escasos para soportar modos de vida que sólo saben eludir antijurídicamente, y que componen el grueso de la población carcelaria.

Tras los movimientos sociales de 1968 y con los primeros indicios de una nueva etapa socialmente crítica resucitan las legislaciones de excepción, referidas a comportamientos «terroristas» reales o supuestos, en Alemania —siempre pionera—, Italia e Irlanda del Norte. La España franquista había contado siempre con legislación excepcional; y, aunque ya en los márgenes del modelo político-jurídico analizado, es preciso decir que el primer desgarrón del tejido jurídico constitucional español recién creado en 1978 lo constituyó justamente una legislación de excepción no adaptada a la constitución. Diversos poderes harían entrar en crisis nuevamente al garantismo penal, una de las conquistas ilustradas que son comunes a todos y merecen conservarse por eso.

6.4. LOS JURISTAS DEL INTERVENCIONISMO

El intervencionismo modula las funciones de los juristas. En el ámbito de la actividad del estado y demás entes públicos la función de los juristas de estado tiende a dejar de ser meramente arbitral, de guardianes o vigilantes de los diversos «órdenes públicos», para pasar a una función de intervención, gestión y *decisión* activas.

Esta tendencia general en las funciones de los juristas de estado va acompañada de cambios organizativo-profesionales y de un desplazamiento de relieves importante. El magistrado deja de ser la figura característica de jurista público en beneficio de la figura del *jurista funcionario*, que tiene a su cargo tareas de ajuste social realizadas por la vía gubernativa al margen de la actividad jurisdiccional.

El magistrado no es visto ya como la mera «boca de la ley» (que nunca fue). La ley, ni general, ni estable ni duradera, no puede ser su único punto de referencia. Probablemente por razones histórico-culturales, por causa de las apariencias legitimadoras del poder que en este

mundo cambiado se despliega aún en parte según las pautas del estado gendarme, la magistratura conserva un importante relieve social, y además es un reducto del garantismo jurídico en el ámbito público. Pese a ello, se encuentra funcionalmente en decadencia: la actividad procesal es demasiado lenta y seguramente demasiado imparcial para los nuevos y expeditivos poderes del capitalismo organizado, que empiezan a arbitrar sus diferencias mediante la ley de la jungla económica.

Por lo demás, cuando los magistrados se ven implicados en la resolución de «externalidades» del mercado —que habitualmente quedan a cargo de árbitros privados o de juristas administradores públicos, como se verá—, se ven obligados a actuar por sí mismos como agentes del ajuste político-económico, inventando hasta cierto punto el derecho. No es ya una mera función judicial la que tienen a su cargo, sino precisamente la función de *ajuste*, o al menos el recubrimiento jurídico-formal de una función de ajuste.

Tampoco en el ámbito penal se mantiene inalterada la función judicial. Son demasiadas las condiciones sociales que han cambiado, excesiva la masividad de los problemas (droga, violencia, abusos personales, delincuencia económica y política) para que los magistrados puedan achicar toda el agua sucia social. En este ámbito la situación de los magistrados es bastante difícil. Son un poder mal visto desde un ejecutivo molesto por las trabas judiciales a su expeditividad, y puestos permanentemente en entredicho por una industria audiovisual que busca su propia supremacía en el derecho a enjuiciarlo todo.

Las funciones de ajuste en la esfera privada se desarrollan en diversos planos: uno es el del ajuste político general, para cuestiones de gran relevancia pública o política. Sin embargo más eficaz que éste es probablemente el ajuste político capilar, microscópico, que tiene lugar simultáneamente en miles de puntos de la actividad productiva y de la vida social. Prácticamente todo el ciclo de la producción y el consumo exige la intervención estatal o pública. El «mercado» existe, ciertamente, pero las condiciones de su funcionamiento son, como se ha señalado, puestas por el estado. No hay seguro, tarifa, salario o precio, cultivo, producción, comercialización o publicitación que no esté regulado por entes públicos. Esta regulación es en lo esencial fruto de una *negociación ininterrumpida*. En ella los juristas de estado han de componer, desde el punto de vista del interés público, arreglos que hagan posible un funcionamiento de coyuntura.

El *jurista de mercado* de la época del intervencionismo no es ya el profesional liberal omniabarcante de antes, sino más bien la con-

trapartida del jurista administrador público. Su actividad no consiste únicamente, como en la etapa anterior, en preparar instrumentos jurídicos para los particulares y secundariamente en litigar. El jurista del intervencionismo es también, y muy fundamentalmente, un gestor-negociador. Pues no es posible edificar, instituir una empresa, obtener un trato fiscal específico, convenir acuerdos laborales o lo que sea sin una negociación a varias bandas, una de las cuales es inexorablemente una administración pública. El ámbito estrictamente «privado» se ha reducido al de las relaciones más personales —derecho de familia en sentido estricto— y a asuntos patrimoniales de contenido tradicional —sucesiones—. Pues en casi todos los campos están implicadas cuestiones «públicas».

Ello ha supuesto un cambio tanto en la formación del jurista como en la organización del trabajo jurídico. El bufete individual no especializado tiende a ser marginal en las grandes aglomeraciones urbanas. Se impone una fuerte tendencia a la especialización profesional. Ésta sigue las diferentes ramas de actividad extrajurídica y no ya sólo las especialidades jurídicas clásicas.

Los servicios de los juristas del mercado administrado —con las salvedades apuntadas— se prestan desde formas de organización profesional que transforman la estructura del clásico «bufete» de abogado o prescinden de ella. Aparecen formas profesionales nuevas: desde la del jurista asalariado de una empresa, a la del jurista de grupo de empresas o de gremio, por una parte, que presta servicios jurídicos a un solo sujeto o a un sujeto principal, hasta la de gabinetes jurídicos en los que trabajan grupos de abogados de especialidades más o menos diversas.

Surgen, por lo demás, nuevas formas de hibridismo profesional distintas de las tradicionales, como la de los juristas que pasan de la actividad «de mercado» a ser contratados por entes públicos para desempeñar cargos de confianza, y viceversa: la asociación de algún antiguo administrador público relevante a un gran gabinete jurídico o su contratación por una gran empresa. Pues en lo esencial la función de ajuste administrativo puede desempeñarse con igual valor técnico tanto si se gestionan intereses de los llamados públicos como los de los grandes sujetos corporativos de la sociedad contemporánea.

Capítulo VII

GLOBALIZACIÓN Y PODER

SUMARIO: 7.1. El cambio de época. 7.1.1. La crisis del modelo keynesiano. 7.1.2. La crisis ecológica: una globalización no querida. 7.2. La *gran transformación*. 7.2.1. Introducción 7.2.2. La tercera revolución industrial. 7.2.2.1. Nuevos materiales e industrias. 7.2.2.2. La informática. 7.2.2.3. Cambios organizativos. 7.2.3. La contrarrevolución neoliberal. 7.2.3.1. Políticas de privatización generalizada. 7.2.3.2. Minoración social de los trabajadores. 7.2.3.3. Políticas fiscales y monetarias regresivas. 7.2.3.4. Políticas desregulatorias. 7.2.3.5. Las modalidades de la ganancia capitalista. 7.2.3.6. La globalización neoliberal materializada. 7.2.3.7. Una vida muy privada. 7.3. El nuevo «campo de poder». 7.3.1. Nueva visita al concepto de soberanía. 7.3.2. Soberano supraestatal difuso y estado abierto. 7.3.3 Las dos legitimaciones del campo de poder.

7.1. EL CAMBIO DE ÉPOCA

El siglo XX puede darse por cerrado hacia la primera mitad de la década de los ochenta. Una serie de factores pone fin al modelo social representado por las políticas económicas keynesianas y por el estado intervencionista y asistencial.

El estado que resulta de la crisis del modelo keynesiano es un poder muy distinto, de soberanía limitada. Se le puede llamar *estado abierto reprivatizador*, pues aunque también socializa, lo que socializa son sobre todo ciertos costes empresariales privados. El estado deja de ser el poder político supremo, pues ha de inclinarse ante un *soberano supraestatal* de carácter difuso o policéntrico. Como es obvio,

todo eso obliga a cuestionar las nociones de poder heredadas, esto es, el relato político moderno. El estado abierto[1] no deja de intervenir en la economía, aunque su modo de operar, como se verá, es casi el inverso del propio del estado intervencionista. La coerción económica directa sobre las personas se intensifica en esta nueva fase. Las novedades más relevantes desde el punto de vista jurídico-político tienen que ver con ello.

Antes de abordar la fenomenología relativa a la sociedad, al estado —o, mejor, al poder— y al derecho (en el capítulo siguiente), sin embargo, es preciso comprender los cambios que configuran la nueva época.

7.1.1. *La crisis del modelo keynesiano*

A principios de los años setenta era perceptible la magnitud de los resultados que habían dado las políticas keynesianas en términos de expansión económica, organización empresarial, impulso científico-técnico, interiorización del sistema sociopolítico por las poblaciones e incluso redistribución del producto social. Pero también era posible percibir síntomas de agotamiento del modelo.

Unos fueron directamente síntomas políticos. En 1968 sectores relativamente amplios de los jóvenes y en menor medida de los trabajadores europeos cuestionaron los sistemas socio-políticos en Francia, Alemania e Italia, principalmente, en la creencia de que era posible superar de inmediato el modo capitalista de producción. El movimiento no pudo vencer el inmovilismo y el corporativismo de amplios grupos de población temerosos de perder las posiciones alcanzadas.

Los norteamericanos, por su parte, se vieron divididos por dos movimientos políticos sucesivos y encadenados: en favor de los derechos civiles de los afroamericanos primero y luego de oposición a la guerra del Vietnam.

Los distintos movimientos tenían en común una crítica de la desigualdad, de la burocracia estatal y del reforzamiento de los poderes estatales. Desde el punto de vista de los poderosos de la Tierra fueron interpretados en el sentido de que las políticas de pleno empleo redundaban en una peligrosa relajación de la disciplina social.

1. Tomo la expresión «estado abierto» del excelente trabajo de P. Mercado Pacheco, «Transformaciones económicas y función de lo político en la fase de la globalización» (*Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 32 [1997]), donde contrapone el nuevo «estado comercial abierto» al estado autárquico fichteano.

> Las gentes de las metrópolis tuteladas por el estado intervencionista y asistencial daban por supuesta la continuidad e intangibilidad de aquel tipo de desarrollo. La seguridad en el pleno empleo era tal que hacia 1970 pudo extenderse la moda cultural de los *hippies*: personas que trabajaban unos pocos meses al año para vivir modestamente el resto de él en algún paraíso vacacional (y en alguno artificial además), seguras de poder encontrar nuevo empleo sin dificultad.

Hubo también síntomas económicos. A principios de la década de 1970, con la derrota de los Estados Unidos en Vietnam, la anómala financiación de la guerra por este país (en realidad no ya financiación sino exportación de su coste gracias al papel desempeñado por el dólar en la economía mundial y a través de una inflación intensa) dio un golpe definitivo el sistema monetario internacional establecido en Bretton Woods. El dólar dejó de ser convertible y las razones de intercambio de las distintas divisas pasaron a basarse directamente en *estimaciones* sobre las economías correspondientes, esto es, en *la confianza* en ellas.

Por otra parte los principales países productores de petróleo, un bien estratrégico para los países del «norte» industrializado, se coaligaron para contingentar la producción y aumentar su precio. Los poderosos de esos países pobres querían compartir los frutos del crecimiento de las metrópolis, al que contribuían con materias primas baratas. Como el petróleo interviene de un modo u otro en todos los procesos productivos del «norte» industrializado, eso incrementó los precios de los bienes.

El aumento de los costes energéticos[2] abrió la espita de la crisis.

> Paradójicamente, ésta fue meramente coyuntural: las clases poseedoras de los países productores de petróleo no buscaban financiar la industrialización de sus países con las ganancias energéticas, pues ello hubiera socavado las bases de su propia posición al modificar el sistema de clases (como le había ocurrido al Sha de Persia), sino que invirtieron sus *petrodólares* (ganancias del petróleo) en las bolsas de valores occidentales. En realidad lo único que se produjo fue un cambio menor en el sistema de reparto de las ganancias. Curiosamente, el desencadenante *cultural* de una crisis general la suministró un problema —la relación metrópolis-periferia— que entonces quedó simplemente aplazado.

2. El gobierno republicano de USA amplificó manipulatoriamente el impacto del aumento de costes en la psique social al racionar innecesariamente la gasolina en ese país.

La «crisis del petróleo» destapó algunos interrogantes sobre los límites de las políticas de estímulo de la demanda. Es célebre la respuesta dada por Keynes acerca de las consecuencias de sus políticas a largo plazo: «En el largo plazo todos estaremos muertos». En 1973 el economista O'Connor[3], al analizar la economía del municipio de Nueva York, crecientemente endeudado para hacer frente a la espiral ascendente de sus gastos, que por otra parte no alcanzaban a financiar todos los servicios requeridos, se interrogaba acerca de los límites de las políticas fiscales y sobre la capacidad estatal para asumir demandas sociales. ¿Puede quebrar el estado asistencial? ¿Cuál es su lógica económica interna? El planteamiento de la cuestión suscitó una polémica intensísima.

> Se debatió el carácter «productivo» o «improductivo» (desde el punto de vista de la apropiación capitalista de sobretrabajo) del gasto público: según unos, la detracción fiscal sustraía producto social al circuito de la reproducción ampliada del capital, mientras que según otros esa detracción carecía de importancia al limitarse el estado a reintroducirla en el proceso económico modificando su lugar de inserción, ciertamente con costos de administración burocrática. El fenómeno del incremento de la burocracia, sin embargo, parece más ligado a factores político-culturales que funcionales.

La polémica puso en primer plano, en todo caso, los límites de las políticas fiscales. Otro autor, Habermas[4], desde un punto de vista precisado por las demandas de los movimientos del 68, hablaba a mediados de los setenta de un *déficit de legitimación del estado social*: el sistema sociopolítico no obtenía adhesión únicamente por ser un sistema representativo, sino fundamentalmente por satisfacer demandas sociales. Desatender las demandas le creaba al sistema un problema de legitimación. La limitación de las políticas keynesianas había quedado planteada en términos de análisis.

> El problema del keynesianismo, en el plano del razonamiento económico, es sencillo: el incremento de demandas sociales suscita un incremento de la presión fiscal para hacerlas frente, el cual se traduce en costes de producción crecientes, descenso de la competitividad y de los beneficios empresariales, y consiguiente caída de la capacidad de contribución fiscal. La lógica de la redistribución puede romperse.

3. J. O'Connor, *The Fiscal Crisis of the State*, St. Martin's Press, New York, 1973 (hay trad. cast.).

4. J. Habermas, *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1973 (hay trad. cast., *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, Cátedra, Madrid, 1999).

La limitación del estado intervencionista que se manifestaba con claridad cada vez mayor era la siguiente: esa política económica trataba de satisfacer demandas sociales en las condiciones determinadas por un sistema de acumulación *privado*. Había dado el fruto histórico —por otra parte envenenado en la configuración que adoptó— del crecimiento económico. *Había creado los derechos sociales e integrado substancialmente a las clases subalternas*. Pero ahora había llegado al límite y se planteaba un dilema, una alternativa política

Una política hubiera podido consistir en mantener y ensanchar la orientación pública de la economía y la redistribución del producto social. Eso habría exigido controlar o desprivatizar al menos parcialmente las grandes corporaciones multinacionales que había alumbrado el keynesianismo y buscar soluciones a determinados problemas colectivos al margen de las oportunidades de lucro privado. Esta alternativa implicaba superar el asistencialismo en un sentido de «más socialismo», sobre supuestos diferentes, y abrir las puertas de las empresas a los principios democráticos de dirección y gobierno, corresponsabilizando a los trabajadores.

La otra alternativa consistía en resolver la crisis del asistencialismo en favor de las clases empresariales. Se podía recurrir a las políticas de *reprivatización* preconizadas por un economista entonces casi desconocido, Milton Friedmann, con su premisa fundamental: la utilización del estado para reprivatizarlo todo, debilitar a las clases trabajadoras y a sus sindicatos y desmontar las instituciones de la política de rentas (escala móvil de salarios, contratos de trabajo permanentes, elevado coste/oportunidad del despido para el empresariado, etc.). Como veremos, las posibilidades tecnológicas y organizativas existentes jugaron en favor de los sujetos más fuertes; dicho en otras palabras: una vez más, ganaron los de siempre.

7.1.2. *La crisis ecológica: una globalización no querida*

A principios de la década de 1970 el Club de Roma, una prestigiosa asociación nacida en torno a altos funcionarios de instituciones culturales internacionales como la UNESCO o gubernamentales relacionadas con la investigación científica, llamó la atención del mundo sobre un problema que hasta entonces prácticamente no había sido objeto de debate público: el problema de *los límites del crecimiento*.

Despertar el interés de la opinión pública sobre esta temática fue difícil y lentísimo en un mundo industrial histéricamente preocupado por el precio de la gasolina y acaso por las demandas de las clases trabajadoras. Se trata sin embargo de un problema general que se habría planteado igualmente aunque el sistema keynesiano hubiera tardado más en agotarse.

La problemática ecológica siempre resulta difícil de aceptar en su plenitud cuando el horizonte intelectual está limitado por dos orejeras *intocables*: el dogma del crecimiento económico y el mito del progreso. Por eso la consideración práctica del tema suele llevar a la beata conciencia del ecorreformismo, pues cualquier perspectiva basada en una redistribución más igualitaria de los bienes y en una selección de las necesidades básicas de los seres humanos —en políticas de contención del crecimiento cuantitativo— se considerará impracticable.

El problema ecológico-cultural se puede enunciar como sigue: la civilización industrial moderna se basa en el crecimiento. En una expansión de la producción en principio indeterminada e ilimitada. Pero vivimos en un planeta finito, en un medio de recursos limitados. Por consiguiente esta civilización no puede mantenerse indefinidamente tal como es.

La civilización industrial tampoco puede extenderse sin más a los pueblos de la Tierra que no la conocen pues estamos alcanzando los límites del crecimiento cuantitativo. El planeta Tierra no puede soportar que las pautas de consumo de las poblaciones japonesa, norteamericana y europea occidental se extiendan a asiáticos, africanos y latinoamericanos sin una agravación considerable de los problemas ecológicos. El modo de vida de las metrópolis occidentales sólo es mundializable en forma de estercolero. En otras palabras: ese modo de vida no es universalizable ni viable salvo degeneración[5].

Este insólito problema «teorético» que es la imposibilidad de supervivencia de la civilización tal como la conocemos cobra cuerpo y se materializa en una multitud de problemas prácticos que los ecólogos ponen igualmente de manifiesto. Se trata de un conjunto de problemas interrelacionados de exceso demográfico, escasez de bienes

5. Además de los estudios de prospectiva auspiciados por el Club de Roma en la década de los setenta, en los ochenta el *Informe Global 2000*, encargado por el presidente norteamericano Carter (trad. cast. de la primera parte con el mismo título, Tecnos, Madrid, 1983; *vid.* también su segunda parte, *Futuro global: tiempo de actuar*, Siglo XXI, Madrid, 1984), confirmó las tendencias generales con la información que tenía a su disposición el centro de poder más importante de la Tierra.

básicos como el agua, agotamiento de bienes-fondo de la humanidad (especialmente petróleo, ciertos materiales y sobre todo ciertas especies vivientes), escasez de energía versátil y deterioro del medio. Estos problemas se manifiestan al principio puntualmente, como fenómenos locales, pero crecen exponencialmente.

> La expansión demográfica parece situar a la especie, en la primera mitad del siglo XXI, ante la finitud de la capacidad alimentaria de la Tierra en términos de cereal. A lo que hay que añadir otras limitaciones de abastecimiento: de energía, principalmente, de agua no salinizada, de materias primas. Es preciso mencionar también el creciente deterioro del medio (polución ambiental, de los mares y acuíferos, lluvias ácidas, etc.), por una parte, y la destrucción de los medios naturales de regeneración (agujeros en la capa de ozono, desaparición de las selvas tropicales —«pulmones» de la atmósfera—, radioactividad no eliminable, etc.).
>
> Conviene destacar el rasgo general de *desigualdad social* que aparece en el síndrome de crisis civilizatoria: los problemas de crecimiento demográfico se originan principalmente en las poblaciones del sur infradotado, mientras que los relacionados con el deterioro del medio y la finitud de energía y materias primas industriales los originan los modos de vida de las poblaciones del norte industrializado, que multiplican incesantemente sus «necesidades». Pero vivimos en el mismo planeta. No es razonable suponer que los minoritarios modos de vida de las poblaciones del «Norte» puedan subsistir a la larga, en un mundo cargado de tensiones, como privilegio permanente.

La problemática ecológica se hace visible desde los años setenta como un problema general de la humanidad. En los años ochenta del siglo XX se vuelve omnipresente, pero sólo es abordada parcial, puntual y coyunturalmente, sin que las instituciones existentes pongan en cuestión la lógica básica que la engendra.

> Como señala Castoriadis[6]: «Se persigue por sí misma la expansión ilimitada de un falso dominio del mundo, separado de todo fin racional o razonablemente discutible. Se inventa todo lo que se puede inventar, se produce todo lo que se puede producir (rentablemente), y luego se suscitan las "necesidades" correspondientes».

Hay que destacar la incapacidad de los instrumentos de agregación de voluntades humanas existentes, el estado y el mercado, para hacer frente a esta problemática. Afrontarla plantea un problema de

6. C. Castoriadis, «Le délabrement de l'Occident», en *La montée de l'insignifiance. Les carrefours du labyrinthe*, IV, Seuil, Paris, 1996, p. 71.

competitividad a las empresas, agravado, como veremos, en la economía globalizada; a los políticos les supone enfrentarse a los contribuyentes-votantes y al mundo empresarial. Por supuesto, el tratamiento de los problemas ecológicos exige soluciones ingeniosas para evitar las dinámicas perversas; dista de ser imposible, pero precisa agentes sociales que lo impongan.

En el plano ético-político la crisis ecológica suscita cuestiones nuevas. Exige una redefinición de la escala de las decisiones admisibles en términos de doctrina de la democracia. Las decisiones democráticas se caracterizan por su reversibilidad: han de ser tomadas por los grupos sociales a los que afectan, y han de ser anulables por esos mismos grupos. Pues bien: ciertas decisiones de las generaciones actuales (por ejemplo, en materia de energía nuclear, residuos, etc.) pueden afectar irreversiblemente a las generaciones futuras. Por eso desde el punto de vista de la democracia los problemas ecológicos obligan a una redefinición de la acción en términos de escala: hay que dejar un mundo habitable a las generaciones futuras.

No toda decisión democrática es legítima desde el punto de vista ecológico. Ello de la misma manera que decisiones adoptadas por autoridades legitimadas democráticamente pueden ser ilegítimas desde otros puntos de vista —por ejemplo, los bombardeos atómicos de Hiroshima y Nagasaki—. Los procedimientos democráticos se han de ver como condiciones *necesarias*, pero no siempre suficientes, para la legitimidad de las decisiones políticas.

La crisis ecológica constituye el medio en que se desarrolla la crisis del modelo político-social intervencionista y asistencial, resuelta con la implantación y materialización de las políticas neoliberales.

El carácter *planetario* de los problemas ecológicos y sus manifestaciones *locales* significan que es en este ámbito donde se da una fundamental y nada buscada *globalización* objetiva. Esta globalización ecológica va a coincidir, mediando una revolución tecnológica —la tercera revolución industrial— con las políticas neoliberales globalizadoras, esto es, con el proyecto, crecientemente materializado, de imponer en todo el planeta unas prácticas político-económicas homogéneas.

7.2. LA *GRAN TRANSFORMACIÓN*

7.2.1. *Introducción*

La crisis del estado intervencionista y asistencial se resuelve en la *gran transformación*[7] que se produce aceleradamente desde finales de la década de 1970, y que en veinte años da de sí un mundo nuevo, con características propias y antitéticas de las del período anterior.

La influyente Comisión Trilateral —un organismo integrado por grandes financieros, políticos e intelectuales orgánicos del capital— hizo suyo el informe de M. Crozier y otros acerca de la *gobernabilidad de las democracias*[8]. Este informe destacaba la ya conocida dificultad de las políticas redistributivas para satisfacer el aumento de las demandas sociales, pero además, dibujando una perspectiva de tensión creciente, proponía el reforzamiento de los poderes *autoritarios* del estado *y de las empresas* y medidas tendentes a *despolitizar a las poblaciones*.

Reforzar los poderes del estado significaba cosas tales como el incremento del poder de los gobiernos frente a los parlamentos y de los partidos frente a los ciudadanos; ampliar los poderes de las diversas policías, doblegar o subordinar a los sindicatos, imponer nuevas leyes en las universidades. Los medios de masas de la sociedad del espectáculo debían despolitizar a las poblaciones; el deporte y el sexo serían los iconos de los nuevos tiempos.

Para los rasgos del proceso de cambio resultó decisiva la posición de predominio social en que se encontraba el capital transnacional. No en vano, por otra parte, el intervencionismo estatal se había instrumentado mediante funcionarios públicos, esto es, sin intervención de las poblaciones, siendo siempre «administración»: la despolitización de grandes grupos sociales que confiaban en una «seguridad en el empleo» que creían conquistada para siempre convirtió a las instituciones de las clases trabajadoras en poco más que organismos burocráticos. Los poderes públicos, en los que a veces aparecían «insertados» partidos de izquierda en los sistemas «representativos», no estaban precisamente a disposición de las clases trabajadoras en sus núcleos resolutivos efectivos.

7. Siguiendo a P. Mercado (*loc. cit.*), se toma la expresión del título del notable libro de K. Polanyi, *La gran transformación* [1944], trad. cast. de J. Varela y F. Álvarez Uría, La Piqueta, Madrid, 1989, referido obviamente a la anterior etapa de cambio sustantivo.

8. M. Crozier, S. P. Huntington, J. Watanuki, *The Crisis of Democracy. Report on the Governability of Democracies to the Trilateral Commission*, New York University Press, 1975.

La *gran transformación*, sobre el trasfondo de la crisis ecológica, que en adelante será un elemento permanente en el escenario social, la componen dos grandes series de fenómenos: una tercera revolución industrial, por una parte, y la victoria política de las políticas neoliberales y su progresiva materialización en todo el mundo.

Muchas de las condiciones de las políticas neoliberales las suministra esa tercera revolución industrial. Como no se puede explicar todo a la vez, en la intensa comunicación entre un fenómeno y el otro y su adaptación recíproca, aquí se examinará primero el lado tecnológico de la *gran transformación* —la tercera revolución industrial— y luego la materialización de las políticas neoliberales.

> Éstas son las líneas maestras que permiten explicar el fenómeno del cambio contemporáneo, pero sería equivocado no advertir que la *gran transformación* ha suscitado una mutación en muchísimos ámbitos de la vida, desde los éticos y religiosos a los más convencionales y efímeros. No es posible considerar todos los aspectos de la *gran transformación*, con sus tendencias a veces enfrentadas, en el espacio de este libro[9].

7.2.2. *La tercera revolución industrial*

Como cuestión previa, es preciso recordar que los cambios tecnológicos en puridad no son solamente eso, pues necesitan el apoyo de las instituciones políticas para materializarse. Aquí se hará referencia ocasional a este punto, pero el lector ha de tomarlo en consideración en relación con lo que se expondrá más adelante[10].

Los elementos materiales e intelectuales que al ser introducidos en el proceso productivo han supuesto una tercera revolución industrial estaban disponibles desde hacía años[11]. La tercera revolución industrial consiste esencialmente (de menor a mayor):

a) en el empleo de nuevos materiales de origen químico o incluso bioquímico;

9. *Vid.* Juan-Ramón Capella, *Entrada en la Barbarie*, Trotta, Madrid, 2007, o B. Sousa Santos, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, trad. de C. Lema Añón, Trotta, Madrid, en prensa.

10. *Vid. infra*, 7.2.3.

11. El sociólogo R. Richta, vinculado a lo que se llamó «la Primavera de Praga», en *La civilización en la encrucijada* (1968; hay trad. cast., Siglo XXI, México, 1970), había teorizado lo que podía suponer la introducción de la informática en los procesos productivos, por ejemplo en términos de capacitación de la mano de obra, bastante antes de que la informática se empezara a emplear generalizadamente en la producción. Las computadoras existían ya a mediados de la década de 1950, y se utilizaron con fines no meramente experimentales en los proyectos espaciales.

b) en la introducción generalizada de la informática en la producción y en el consumo privado;

c) en la adopción de nuevas formas organizativas para desarrollar los procesos productivos y económicos.

Las compañías transnacionales, estructuras gigantescas de recursos humanos y materiales surgidas con el crecimiento económico de la etapa keynesiana, fueron los agentes sociales que, en las condiciones de agotamiento del modelo anterior, optaron por emprender una renovación a fondo de su capital fijo y de sus formas organizativas para resolver a su manera la crisis del sistema intervencionista.

Disponían de gran poder económico y social, y fueron apoyadas políticamente por gobiernos de derechas en los Estados Unidos, Japón, Reino Unido y Alemania, principalmente, esto es, por los gobiernos metropolitanos más importantes.

7.2.2.1. Nuevos materiales e industrias

Los nuevos materiales obtenidos por procedimientos químicos (desde la fibra óptica a todo tipo de plásticos, tejidos, simientes y otros bienes tratados química, bioquímica o genéticamente) permiten una diferenciación y especificación productiva inimaginable hasta entonces: se dota a la industria contemporánea de una flexibilidad y una capacidad de adaptación a las exigencias técnicas y a las demandas sociales imposible en la etapa anterior. El desarrollo de los nuevos materiales y de las nuevas industrias tiene que entenderse en relación con los efectos de la introducción de la informática en los procesos productivos, que se verán más adelante.

Las nuevas industrias son fundamentalmente la biotecnología, la publicidad de masas y la propia informática.

La biotecnología, aplicada a la agricultura y a la ganadería, convertidas rápidamente en agroindustria, ha modificado sensiblemente estas actividades en los países opulentos. Ahí se han modificado los hábitos alimentarios; se dispone de todo tipo de bienes con independencia del ciclo estacional. En los países pobres, en cambio, las simientes modificadas industrialmente incrementan la dependencia respecto de las metrópolis[12], pues hay que importarlas.

La biotecnología animal y humana ha suscitado numerosas indus-

12. La esencia del negocio consiste en suministrar simientes muy productivas, de alto rendimiento, pero sin cualidades reproductivas, con lo que el agricultor pasa a depender del suministrador. En varios países de África, sin capacidad para comprar de nuevo, las explotaciones agrarias se han hundido debido al progreso tecnológico.

trias biomédicas peligrosas prácticamente incontrolables, ya que son las propias empresas quienes financian en amplia medida, directa o indirectamente, los «observatorios» de las universidades y quienes promocionan a personas afines para formar parte de los «comités de ética» institucionales. La biotecnología comparte con las ciencias más recientes un «exceso de potencia» que debería imponer su control público (como se hace, aunque débilmente, con la industria nuclear) en cualquier república bien ordenada. Pues bien, en su estado actual, ese control público es prácticamente inexistente: las autoridades políticas están tan ocupadas en mantenerse en el poder que no tienen tiempo material para controlar estas cosas concretas salvo cuando suscitan preocupación inmediata de la opinión pública; ahí están las alarmas sanitarias internacionales para confirmarlo.

La mixtura de nueva tecnología y afán de lucro puede producir no sólo importantes aportaciones sanitarias en el caso de enfermedades de origen genético, sino también, en combinación con las condiciones políticas, lacras sociales[13]: por ejemplo, la difusión del virus del sida entre poblaciones africanas que no pueden pagar los medicamentos ni los profilácticos, o un «mercado negro» monstruoso de órganos humanos obtenidos criminalmente, o un mercado de «preferencias» genéticas lleno de riesgos. La posibilidad de nuevas pandemias originadas en accidentes de esta nueva rama industrial es evidente, aunque se silencia la discusión sobre ella. La necesidad de proteger a las generaciones futuras de posibles excesos de esta rentabilísima industria es igualmente evidente.

La industria publicitaria de masas, por su parte, ha experimentado una notable expansión también en relación con la informática. Puede multiplicar y asignar millones de veces contenidos de consciencia a costes bajísimos, costes que además sus clientes (anunciantes) pueden trasladar a los compradores. Por eso los contenidos publicitarios llenan de mensajes el ágora pública volviendo casi imposible el debate político e intelectual real. La industria de producción de contenidos de consciencia se ha convertido en el principal medio de educación manipulatoria de masas, trivializando la instrucción pública. Gracias a ella se ha conseguido congelar la imaginación social instituyente

13. Las enfermedades más extendidas tienen en el sur empobrecido distinto grado de incidencia que en el norte opulento. La malaria o paludismo afecta sólo al sur; la tuberculosis trece veces más a las poblaciones del sur que del norte; el sida afecta sobre todo al sur, pero como también es una enfermedad temida en el norte se invierte en la investigación sobre ella siete veces más que en la búsqueda de una vacuna contra la malaria.

—esto es, la capacidad de imaginar mundos sociales distintos o alternativos, y de implantarlos—, y en la práctica mermar acusadamente la autonomía de las poblaciones.

7.2.2.2. La informática

La informática permite confiar a máquinas el manejo de máquinas disminuyendo así drásticamente la intervención directa de las personas en los procesos productivos y en general de actividad. Es una novedad importante, de las que hacen época en la historia de la humanidad, como la invención de la agricultura o de la escritura. Aún no sabemos calibrar bien, pese a que se ha introducido en nuestra vida cotidiana, todas sus potencialidades, tanto para bien como para mal.

La informática volvió obsoletas muchas máquinas y también muchas actividades humanas. La *socialización objetiva* de los procesos sociales —resultados sólo posibles gracias a la intervención de gran número de personas en su producción— se ha incrementado con ella. La información y su tratamiento se han convertido en los elementos fundamentales —obviamente privatizables— de los procesos productivos. Además se ha creado un ámbito comunicativo nuevo y muy rápido, internet, que además de eliminar jerarquías en las condiciones de la comunicación favorece también las posibilidades de control autoritario de las poblaciones.

La informática creó las condiciones en que fue posible, durante las dos últimas décadas del siglo XX, el licenciamiento masivo de los trabajadores industriales, la ruptura de los pactos sociales de la etapa keynesiana y la derrota política general de las clases trabajadoras y de sus instituciones. El tiempo de trabajo liberado por la nueva tecnología no se tradujo en tiempo de ocio para las personas sino en un acentuado reajuste de las jerarquías sociales de todo orden[14].

7.2.2.3. Cambios organizativos

La tercera revolución industrial consiste también en las novedades económico-organizativas que la informática hace posibles. Esta mutación organizativa suele ser infravalorada. Los principales cambios de este orden son los siguientes:

a) Cambios de escala.
b) Cambios en la financiación empresarial.
c) Funcionamiento en red.

14. *Vid. infra*, 7.2.3.2, en relación con este asunto.

d) Externalización de actividades.
e) Deslocalización de industrias.
f) Integración empresarial indirecta.
g) Desmaterialización de mercados.

Cambios de escala

La principal novedad consiste en la multiplicación del carácter transnacional de las grandes empresas. El capital no conoce patria; la nueva forma-modelo empresarial salta por encima de las fronteras estatales al operar en numerosos países a la vez. En los años setenta las empresas multinacionales eran sólo unos pocos centenares. En 1997 eran más de 40.000, elevadas a 60.000 tres años más tarde, de las que dependían 690.000 filiales. Las doscientas transnacionales más importantes tienen un volumen de negocios superior a la cuarta parte de la actividad económica mundial, aunque emplean sólo a 18,8 millones de asalariados, o sea, a menos del 0,75% de la mano de obra del planeta[15]. Y unas setenta compañías intervenían en 1992 en la mitad de las ventas del mundo[16].

Las compañías transnacionales representan una concentración de capital, de poder y de capacidad de decisión inmensos. Son en sí mismas una importantísima novedad organizativa, pero se pueden mencionar otras. Así, muchas de las compañías transnacionales son lo que a veces se llama *conglomerados*, es decir, se ocupan de la producción de diferentes tipos de bienes y servicios (se extienden por distintas ramas de la industria o por distintos sectores productivos, abarcando por ejemplo de la alimentación a la industria farmacéutica). Algunas compañías —sobre todo las japonesas— tienen un centro de decisión metropolitano; otras son policéntricas, esto es, las sedes de los diferentes países siguen directrices muy amplias elaboradas en algún centro metropolitano o consensuadas entre diversos centros; otras tienen una estructura gerencial geocéntrica, con directivos que se desplazan continuamente de un punto a otro del planeta.

Cambios en la financiación

Las empresas encuentran nuevas formas de financiación a través de instituciones que concentran el ahorro privado, incluso de muy pequeños ahorradores, gracias a instrumentos como los *fondos de inversión* y los *planes de pensiones*. El pequeño ahorro se agrega o suma en instituciones sobre las que los ahorradores carecen de control. Estas instituciones nuevas pueden llegar a convertirse en accionistas importantes de ciertas empresas multinacionales, complementando el poder de alguno de los principales titulares del capital; también pueden servir para enjugar las pérdidas de éstos, pues los *fondos* son los compradores ideales de acciones cuyo valor de mercado es superior al real; por último, las instituciones financieras pueden a su vez prestar simplemente ese ahorro a empresas efectivamente productivas o a acreedores sin garantía suficiente. Cuando estallan las *burbujas financieras*, los ahorradores de *planes* y *fondos* no tienen más derecho que el de vender sus participaciones; en los planes de pensiones, siempre asociados a fondos, ni siquiera eso: a lo sumo pueden cambiar de *fondo* asociado al *plan*. La financiación se convierte así en el arte de vender por efectivo unos *papelitos* (títulos, apuntes bancarios) cuyo valor de mercado es incontrolable e inaferrable.

Además se cuenta con la invención de un conjunto de artificios de ingeniería bursátil y financiera —se verán en el contexto de la *desmaterialización*, poco más adelante—, que son algo así como «entes de razón» que cotizan en bolsa.

Funcionamiento en red

Las compañías transnacionales cuentan con una flexibilidad organizativa de la que carecían las empresas del período anterior. En general el tipo de empresas que nos ocupa segmenta acentuadamente el proceso productivo de las diferentes especies de bienes, lo que permite operar en *red*. Operar en red significa disponer de un conjunto de unidades productivas y empresariales diferentes, en distintos países. Cada una de las unidades o plantas realiza un fragmento del proceso productivo segmentado que se compone finalmente en un producto final (que, obviamente, no puede ser realizado por uno o unos pocos de los segmentos).

> La red europea de Ford —un ejemplo significativo del aspecto organizativo de la *gran transformación*, ya que este fabricante de automóviles dio nombre al fordismo en los años veinte— produce carburadores y distribuidores en Belfast; instrumentos e indicadores de niveles en Enfield, radiadores, componentes y bombas de agua en Basildon, fundición de componentes de motores en Leamington (siempre en el Reino Unido), engranajes y cajas de cambio en Colonia, transmisiones y otros componentes en Wülfrath, carrocerías en Genk y en Valencia,

15. Datos de I. Ramonet, «Régimes globalitaires»: *Le Monde Diplomatique*, enero de 1997.
16. A. Giddens, *Sociología*, Alianza, Madrid, 1996, p. 577.

transmisiones en Burdeos, y montajes finales en Valencia y en Saarlouis, donde también se producen carrocerías, depósitos de gasolina y acabado interior[17]. Muchas de las empresas automovilísticas usan este modelo, que permite presionar a los trabajadores de las distintas unidades segmentadas con la amenaza de trasladar la actividad a otro centro, y vanificar además las consecuencias de las huelgas obreras.

Deslocalización de industrias

Operar en red posibilita además la *deslocalización* de los procesos productivos, que pueden ser trasladados de una sede a otra, de un país a otro, en busca de las mejores condiciones posibles (legislaciones laborales, fiscales o medioambientales, capacitación de la mano de obra, facilidades estatales de financiación, condiciones de estabilidad política o económica, mano dura de la policía, etc.). Las nuevas unidades productivas con tecnología de punta pueden ser desmanteladas y reubicadas rápidamente (como sabe cualquier lector de periódicos: las multinacionales se desplazan dejando tras de sí una estela de conflictos sociales para que los resuelvan las instituciones públicas). La flexibilidad organizativa —producto a su vez, obviamente, de adecuadas condiciones no sólo técnicas sino políticas, como la eliminación de barreras a los desplazamientos de capital, entre otras— es enorme.

Integración empresarial indirecta

Surgen asociaciones empresariales innovadoras. Un ejemplo son las «marcas». La «marca», un símbolo impuesto en el mercado por la industria de producción de contenidos de conciencia o mediante agentes de la comercialización, opera la simbiosis de la producción-publicitación-comercialización de los productos de numerosísimas empresas, que renuncian a ser conocidas como tales en el mercado a cambio de asociarse a otras a través de una «marca» que las beneficia a todas y también a la propia empresa-«marca». Hay marcas que se imponen mundialmente, pero la asociación de empresas en torno a una marca también puede operar local o microscópicamente, por vinculación de fabricantes de tamaño menor; éstos y su ubicación territorial se vuelven anónimos, desconocidas incluso para los vendedores detallistas, que obtienen las mercancías de representantes de la «marca».

17. La fuente es P. Dicken, *Global Shift*, London, 1992, *apud* A. Giddens, *Sociología*, cit.

Desmaterialización de mercados

Otro rasgo importante del capitalismo tercio-industrializado es que opera una notable *desmaterialización de ciertos mercados*. La tercera revolución industrial crea mercancías inmateriales, aunque en algunos casos sólo por mediación de las políticas económicas que se han impuesto hasta ahora.

Para empezar por ahí, aparecen *productos inmateriales en los mercados financieros*. Hay productos financieros nuevos en buena medida ideados por economistas neoliberales de la Escuela de Chicago. Así, es posible comprar bienes futuros, como por ejemplo cantidades de la cosecha de café del año 2030 a un precio determinado N; u *opciones* sobre esos *futuros*; y también es posible contratar un *seguro* para la eventualidad de que el *futuro* (la cosecha de café del año 2030 en nuestro ejemplo) se venda por debajo del precio esperado N. También se negocian *futuros* puramente financieros, por ejemplo, sobre el crecimiento de determinados índices bursátiles, lo que viene a ser una *apuesta directa* en la especulación en bolsa. Todas estas mercancías, obviamente, son inmateriales. El capital financiero se convierte en espíritu puro, por retomar la ironía de P. Barcellona a este propósito[18]. Obviamente, quien tiene una *opción* sobre un *futuro* determinado y un *seguro* sobre ese *futuro* no arriesga nada; sin embargo todos esos productos inmateriales se pueden vender, hipotecar, prestar, pueden ser usados como garantía, etc., *en el presente*, e intercambiarse por dinero efectivo del presente. Los mercados financieros se convierten así en una especie de casino donde sólo puede perder la economía productiva, o más precisamente, las personas situadas en el lado peor de la desigualdad en la economía productiva real. De vez en cuando, las *burbujas financieras* estallan.

Otros bienes de naturaleza inmaterial son los *productos de la industria cultural*. El mercado masivo y la mercadotecnia alcanzan ahora a los bienes de cultura: libros, música, artes plásticas, cine e incluso las titulaciones educativas son producidos masivamente y publicitados como cualesquiera otros bienes. La propia industria cultural experimenta una concentración en torno a grandes oligopolios transnacionales, cada uno de los cuales posee editoriales, periódicos, emisoras de radio y televisión, productoras cinematográficas y discográficas, satélites e incluso centros educativos propios. La

18. P. Barcellona, *Il capitale come puro spirito*, Riuniti, Roma, 1990.

industria de producción de contenidos de conciencia adquiere así un carácter totalizante, o más precisamente *softotalitario*, mediante la autorreferencia sistemática —para las radios, televisiones, diarios y revistas de un grupo empresarial sólo cuentan los libros o autores editados por el grupo, por ejemplo—. La perversión masiva del gusto estético por las estrategias de ventas de la industria cultural es ya una realidad[19].

Se mercantilizan además los *bienes de la nueva sociedad de la información*: desde programas informáticos a datos personales, listados, preferencias grupales, perfiles de compradores e informaciones en general[20]. Los tribunales norteamericanos han aceptado la patente *de una ecuación matemática* (en relación con programas de ordenador), lo que significa extender la protección jurídica de la propiedad privada no ya sólo al ámbito intelectual en general, como se hizo forzadamente en el pasado[21], sino al saber puramente formal (a fin de cuentas, una ecuación matemática no es más que una expresión bien formada de un lenguaje especializado, lo que significa, dicho llanamente, que los tribunales norteamericanos aceptan patentar *parrafadas*). En el mismo orden de cosas hay que situar la diferenciación y jerarquización mediante estrategias de mercadotecnia de bienes materialmente semejantes: ciertos bienes se diferencian por rasgos nimios, aleatorios; al atribuir a esos rasgos diferencias de precio se vuelven significativos del *status* del comprador (así opera la industria relojera, por ejemplo); o bien se modifican gradual y sucesivamente los detalles secundarios de las mercancías para dar lugar a *modelos* diversos de un bien (la industria automovilística prevé una dilatada permutación y combinación de características de cada tipo básico de automóvil a lo largo del tiempo); la obsolescencia planificada de los productos mismos forma parte de tales estrategias mercadotécnicas.

La *gran transformación* no se explica sólo por los cambios tecnológicos. El uso dado a éstos aparece modulado por las políticas neoliberales de la contrarrevolución conservadora, de la que es preciso ocuparse ahora.

19. El cineasta Orson Welles se ocupó hace ya años (en el film *Fake. Question Marc*, 1975) de la ambigüedad que adquiría la obra de arte en las condiciones del mercado contemporáneo.

20. P. Mercado, «Transformaciones económicas y función de lo político en la fase de la globalización», cit.

21. *Vid.* B. Edelman, *Le droit saisi par la photographie*, Maspero, Paris, 1973.

7.2.3. *La contrarrevolución neoliberal*

Las políticas adoptadas por los poderes políticos conservadores de las dos últimas décadas del pasado siglo han consistido en la liquidación del sector público de la economía de los estados, con políticas de privatización generalizada; en la minoración social de los trabajadores y la neutralización de amplias capas de intelectuales afines a ellos en el período anterior; en políticas fiscales regresivas y en políticas desregulatorias.

El proyecto político de la contrarrevolución neoliberal ha consistido en implantar la libre circulación global de capitales, la circulación «regulada» de ciertas mercancías en función de los intereses de los países ricos, y en la contención de la circulación interestatal de la mano de obra. Ello ha materializado un mundo en el que los distintos países del planeta pueden ser clasificados en categorías muy diferentes entre sí[22]. Pues la «libre circulación» de mercancías consiste en la contingentación y en ciertos casos la exclusión de las mercancías de los países pobres, y en cambio la ausencia de limitaciones a la circulación de mercancías de los países ricos.

Por otra parte el tráfico de bienes entre países pobres y países ricos no siempre es de carácter mercantil: no son mercancías los bienes producidos en países pobres por empresas de los países ricos y comercializadas en éstos, sino simplemente bienes que sólo adquieren la forma de mercancías en los países ricos. Intercambio mercantil, propiamente hablando, no hay.

Si el desplazamiento de los capitales es constante, todo lo contrario ocurre con el desplazamiento de las poblaciones. Éstas intentan emigrar de los países sin perspectivas de prosperar, pero tropiezan con vallas y alambradas al intentar entrar en la sociedad de la opulencia, donde a lo sumo es admitida «sin papeles» una ínfima parte de ellas para constituir una mano de obra sobre la que es posible descargar todo el peso de la sobreexplotación.

> En este proceso de cambios se hunden casi todas las burocracias industrializadoras (paradigmáticamente, la URSS), carentes de flexibilidad para adaptarse a la nueva situación[23]. Eso contribuirá al descrédito de las organizaciones políticas más vinculadas a los trabajadores, los cuales pierden además poder de negociación: las burocracias industrializadoras, vistas como alternativas al capitalismo privado en

22. *Vid. infra*, 7.2.3.6

23. *Vid.*, en el mismo sentido, C. Castoriadis, «La crise des sociétés occidentales», en *La montée de l'insignifiance. Les carrefours du labyrinthe*, IV, cit.

la etapa keynesiana, y por ello temidas, habían ocupado un asiento invisible en las mesas de negociación entre sindicatos, empresarios y estado.

7.2.3.1. Políticas de privatización generalizada

Las políticas de los gobiernos conservadores anglo-americanos en la fase final del siglo XX consistieron en privatizar casi todo lo que era público. Privatizaron, en primer lugar, todas las empresas públicas construidas durante el período anterior y que eran un primer instrumento de intervención estatal en la economía productiva: privatizaron astilleros, minas, industrias siderúrgicas, fábricas de armas y explosivos, líneas aéreas, ferrocarriles, autopistas, correos, edificios públicos, bolsas de valores y un sin fin de bienes hasta entonces titularizados por los estados, dando el disparo de salida a un auténtico *movimiento de privatización*.

Pero ésta no quedó limitada a eso: un conjunto de bienes hasta entonces no mercantiles pasaron a serlo, y fueron inventados o simplemente autorizados otros, como un conjunto de medios financieros inmateriales que fomentaban la mercantilización del mundo, desde las simples tarjetas de crédito a los «futuros» y otros conceptuales que sin embargo tenían la particularidad de ser vendidos en mercados *ad hoc*.

Entre lo privatizado hay también *cárceles*[24] y *ejércitos*[25] privados.

7.2.3.2. Minoración social de los trabajadores

La *gran transformación* echa por tierra las *posiciones* conquistadas por los trabajadores en la etapa anterior, cada una resultado de un combate social intenso y prolongado. Los trabajadores pierden tales posiciones bajo el asalto combinado de varias tendencias coincidentes, aunque es preciso señalar, ante todo, que esas fuerzas operan materialmente en este sentido gracias a las políticas económicas desreguladoras[26]. La consigna de la *premier* británica Margaret Thatcher, «Romperles la columna vertebral a los sindicatos», expresa bien la radicalidad con que se emprendió esta política.

Por una parte, el lado informático de la tercera revolución industrial afecta decisivamente al trabajo. La tecnología informática sustituye cantidades ingentes de trabajo de operarios vivientes por cantidades de trabajo sensiblemente inferiores materializadas en artilugios informáticos y en su funcionamiento.

24. *Vid.* Loïc Wacquant, *Las cárceles de la miseria*, Alianza, Madrid, 2000, y, del mismo autor, *Castigar a los pobres*, Eudeba, Buenos Aires, 2003.
25. *Vid.* Jeremy Scahill, *Blackwater*, Paidós, Barcelona, 2008.
26. *Vid. infra*.

Esta innovación técnica, que en otras condiciones sociopolíticas hubiera podido ser utilizada para disminuir el tiempo de trabajo de todos los seres humanos[27], fue empleada por el empresariado para licenciar a una parte importante de la mano de obra y endurecer en adelante las condiciones laborales de la mano de obra empleada. Las políticas neoliberales hacen posible orientar la informática hacia la minoración del trabajo.

Si el capitalismo, en las revoluciones industriales anteriores, incorporaba a cada vez más y más personas al trabajo asalariado —y por efecto de esta tendencia diluyó los vínculos personales precapitalistas, liquidó el trabajo artesanal y desplazó a cantidades ingentes de seres humanos de la agricultura o el vagabundeo a los centros fabriles urbanos—, la conjunción de la nueva tecnología informática con las políticas de desregulación laboral permiten al empresariado operar en sentido contrario y sustituir a más y más trabajadores por máquinas automáticas. La informatización hace de la innovación tecnológica (y organizativa) el motor de la ganancia en los grandes centros metropolitanos del «norte».

Las innovaciones organizativas empresariales ya mencionadas (externalización, funcionamiento en red) también han contribuido a debilitar las posiciones negociadoras de los trabajadores.

La globalización material, por su parte, es una fuerza de fondo que mina las posiciones de los trabajadores en los centros metropolitanos del «norte». En ciertas zonas del planeta se producen bienes en condiciones de semiesclavitud (Pakistán) o según el modelo laboral «coreano», en el que los trabajadores perciben remuneración exclusivamente en función del tiempo de trabajo efectivamente prestado, carecen de seguridad social y de períodos festivos, y tienen en cambio horarios prolongados y niveles salariales ínfimos (esto es, les faltan totalmente los derechos que aún subsisten recortados en el «norte»). Con eso, en una economía de intercambios mundiales, una hora de trabajo media en la Unión Europea puede valer entre 30 y 60 horas de trabajo en Tailandia, Vietnam, Singapur, China o Corea de personas de idéntica capacitación. La importación a las opulentas metrópolis del norte de bienes producidos en estas condiciones es puro *dumping social*.

27. *Vid.* la obra de R. Richta citada anteriormente.

> Es obvio que los trabajadores del «norte» podrían beneficiarse objetivamente de hipotéticas conquistas de derechos laborales por los trabajadores del «sur», de la misma manera que hoy perjudica a los trabajadores del «norte» la falta de derechos de los del «sur». Obviamente, los más intensa y directamente lesionados por esta falta de derechos son los trabajadores del «sur».

En los países opulentos del «norte», esta *gran transformación* globalizadora operada en condiciones de adormecimiento y debilidad política de las capas populares supone una novedad para las relaciones laborales. El trabajo sigue siendo central en la vida de las personas: en las que no tienen trabajo porque no lo tienen, y en las que lo tienen porque lo tienen; sin embargo, social o sistémicamente el trabajo vivo directo ha perdido buena parte del valor que había llegado a poseer tras las luchas sociales del período de las dos revoluciones industriales anteriores.

Si el patrón de medida es la utilización de trabajo «vivo» (prestado por trabajadores vivientes en cada proceso productivo, a diferencia del trabajo «muerto» u objetivado en la maquinaria y los materiales del mismo proceso) la tercera revolución industrial implica *paro estructural permanente*.

El trabajo, en la *gran transformación*, ha sido objeto de las políticas que desde el punto de vista empresarial se denominan de *flexibilización* y de *desregulación*. Por *flexibilización* hay que entender las que supeditan el mantenimiento del empleo a las contingentes conveniencias de los empleadores, frente a la estabilidad de los puestos de trabajo y el crecimiento constante de su número en el período anterior. Por *desregulación* en el ámbito laboral (llamada oficialmente «fomento del empleo») hay que entender la eliminación de las obligaciones antes impuestas a los empresarios respecto de los trabajadores empleados por ellos.

En la Unión Europea la desregulación no es total. Se conservan ciertos niveles de asistencialismo, que al propio tiempo también mantienen el nivel del consumo de masas (nivel de demanda) que necesita el sistema.

Los procedimientos empleados para *flexibilizar* el empleo han sido muy variados. Así, las empresas han *externalizado* numerosas operaciones o tareas que se consideraban parte integrante de su proceso productivo: el transporte de elementos de la producción o de productos acabados, la producción de componentes menores, la realización de operaciones de montaje o de servicios de reparaciones y en general ciertas operaciones difíciles de informatizar pueden segregarse

del proceso productivo principal de una empresa, que a continuación prescinde de los trabajadores que las realizaban. Estas tareas se compran luego a empresas externas, a menudo integradas en realidad por los mismos trabajadores que las realizaban antes, constituidos en autopatronos que ahora cargan con impuestos, cuotas de la seguridad social y costos de material (medios de transporte, máquinas) necesarios. En esta transformación organizativa se percibe claramente el desplazamiento de cargas de la empresa a sus antiguos trabajadores.

El empresariado ha obtenido del estado una substancial *minoración legal del coste/oportunidad del despido* de los trabajadores. Por coste/oportunidad hay que entender el nivel de costes en el que el despido resulta rentable para la empresa.

> Normalmente no se suele caer en la cuenta de lo que significa el descenso del coste/oportunidad del despido en términos de pérdida de valor de la fuerza de trabajo. Por ello quizá convenga examinar la cuestión construyendo un ejemplo totalmente imaginario. Supóngase un funcionario público, que en España goza legalmente de una seguridad en el empleo casi absoluta de acuerdo con la legislación vigente. Se halla en una situación laboral parecida a la de los trabajadores anteriores a las políticas de desregulación y flexibilización. Supóngase que ese funcionario tiene un salario anual de N millares de euros anuales. *Para él*, el coste/oportunidad del despido, esto es, la situación en que perder la seguridad en el empleo le sería indiferente, es a lo sumo igual a una cantidad M de indemnización por despido que capitalizada rinda un interés anual N. Dicho de otro modo: el valor de cada puesto de trabajo estable equivale a lo sumo a la cantidad que capitalizada rinde el equivalente del sueldo del asalariado que lo ocupa (puede ser algo inferior, ya que el trabajador puede preferir dejar de percibir parte de la renta a cambio de no trabajar). Éste es el *valor de mercado ideal* del coste/oportunidad del despido: el nivel en que a un sujeto le puede ser objetivamente indiferente tener seguridad en el empleo o carecer de ella. Si mediante intervenciones político-estatales se determina una indemnización por despido inferior a M, el coste/oportunidad del despido deja de ser un valor de mercado para convertirse en un *precio político* que perjudica al trabajador —el cual ve disminuir el valor teórico de su puesto de trabajo— exactamente en la misma medida en que beneficia al empleador. Pues bien: las políticas de *flexibilización* laboral han consistido simplemente en reducir al máximo el coste/oportunidad del despido de los trabajadores y atribuir a la solidaridad obligada entre éstos (la seguridad social) el pago de rentas a los parados durante cierto tiempo. El coste/oportunidad jamás fue ni remotamente tan elevado como el señalado en este ejemplo, pues el *precio de mercado* nunca ha regido para los trabajadores. La indemnización por despido, como *precio político*, se computaba

generalmente a razón de un mes de salario por año trabajado en la empresa; hoy se reduce a unos días por año, cuando existe, lo que sólo es el caso para los empleos fijos.

Gracias a las políticas desreguladoras el sistema empresarial pudo proceder a despidos masivos, para a lo sumo readmitir o recontratar a los trabajadores en condiciones de trabajo a tiempo parcial, con contratos temporales o precarios, y ahondar en las diferencias entre el trabajo de los hombres y de las mujeres, de los jóvenes o de los trabajadores mayores de cuarenta años.

Los trabajadores tienen ahora estatutos laborales muy distintos: con variantes por razón de sexo en el que salen perjudicadas las mujeres; hay «trabajadores en busca del primer empleo», parados con o sin subsidio; trabajadores a tiempo parcial, trabajadores con contratos precarios —en algunas ramas de la industria cultural, incluso *becarios*—; autopatronos (que jurídicamente parecen empresarios, e incluso hasta pueden desarrollar consciencia de tales); o trabajadores con contratos «coreanos» (con contratos mercantiles de servicios que enmascaran la relación salarial real), muy frecuentes sobre todo para trabajadores con titulaciones superiores. Hay además otra variante que puede conjugarse con la anterior, debida a la nacionalidad: hay trabajadores extranjeros originarios de la Unión Europea o extracomunitarios, en régimen legal, ilegal o clandestino. No es fácil saber cuál es realmente la última categoría de parias de la Unión Europea.

Un tipo de relación laboral como la del *prestamismo* (empresas que aportaban trabajadores a otras para tareas determinadas, sobre todo en el sector de la construcción), que en el período anterior era *perseguido*, es ahora sacralizado por la nueva política desreguladora: ahí están las llamadas *empresas de trabajo temporal*, publicitadas por los medios de comunicación de masas y presentadas como *instrumentos de creación de empleo* (precario por supuesto), y las *uniones temporales de empresas*, que vienen a ser en la práctica, a efectos laborales, lo mismo.

El impacto de las políticas desreguladoras sobre el empleo redunda en un reforzado *disciplinamiento laboral y social*. La capacidad de coerción económica del empresariado se ha fortalecido. Ello echa por tierra otras conquistas de los trabajadores del período anterior, relativas a la seguridad en el trabajo, a la higiene y sobre todo a la dignidad personal. En condiciones de trabajo precarias se hace difícil e incluso arriesgado protestar para defender los propios derechos legalmente reconocidos (sobre todo cuando el trabajador ocupado tiene a su cargo a otras personas, o en situaciones de enfermedad, etc.).

El sindicalismo también ha perdido, obviamente, fuerza y capacidad negociadora. En el período anterior los sindicatos se transformaron objetivamente en agencias de gestión dirigidas por una burocracia profesionalizada, con poco espacio para la solidaridad subjetiva y voluntaria, y eran financiados crecientemente por el erario público. Ello acentuó las tendencias al coporativismo que siempre tuvieron. Pues bien: en el período de la desregulación, los sindicatos, con pérdida de afiliación (ni parados ni precarizados suelen afiliarse y menos cotizar), se convierten sobre todo en representantes de la nueva (por exclusión) aristocracia obrera: los trabajadores con empleo fijo. Éstos ya sólo se hallan casi exclusivamente, al menos en gran número, en la administración pública y en los extensos servicios públicos relacionados con la salud y la educación.

Los sindicatos, pese a su obvia pérdida de capacidad de movilización y negociadora, tratan de cogestionar las políticas de empleo para aminorar o dosificar su impacto. El «sur» que hay en el «norte» no está sindicado ni mucho menos. El sindicalismo originario nació de los excluidos; el terminal casi prescinde de ellos. La asamblea obrera en los lugares de trabajo se ha eclipsado.

Con la derrota estratégica de las clases trabajadoras se vinieron abajo también las alianzas de esas clases con ciertos sectores de los trabajadores intelectuales, alianza característica del período anterior. La activa política estatal y empresarial de captación de intelectuales hizo el resto para desdotar de influencia social a las organizaciones obreras tradicionales.

7.2.3.3. Políticas fiscales y monetarias regresivas

Si el período anterior había presenciado la implantación de políticas fiscales progresivas, al objeto de que contribuyeran más los que más podían hacerlo, ahora la política fiscal se invierte acusadamente. En primer lugar, la carga fiscal personal dejó de ser progresiva: los gobiernos, con propaganda política de reducción de impuestos, los disminuyeron sobre todo a las gentes de altos ingresos: el impuesto sobre la renta perdió sus rasgos redistributivos. En segundo lugar se decretaron amnistías fiscales u oportunidades de legalización para el «dinero negro». Además se creó un impuesto nuevo, parecido a las antiguas alcabalas del Reino de Castilla, enormemente regresivas: el «impuesto sobre el valor añadido» o IVA, que obliga a las personas a tributar por cualquier gasto de su dinero. Este impuesto se ha convertido en el más rentable para los estados europeos.

Por si las políticas fiscales regresivas fueran poco, las políticas monetarias no les van a la zaga. Con la creación del Banco Central Europeo, en teoría una «autoridad económica independiente», el empresariado privaba a los estados miembros de la Unión de un instrumento de política económica tan importante como la política monetaria, poniéndola en manos del poder financiero privado y de sus necesidades. Lo mismo ocurre con otros organismos económicos internacionales.

7.2.3.4. Políticas desregulatorias

La *desregulación* es uno de los núcleos centrales de la contrarrevolución neoliberal. Consiste en la eliminación de obligaciones al empresariado, por una parte, y en la atribución a éste de la consiguiente facultad de *regular* por la vía del derecho privado las relaciones entre los agentes económicos.

La desregulación ha consistido de hecho en atribuir capacidades normativas a las empresas, retirando las normativas estatales o adaptándolas a las exigencias empresariales. El estado, desde luego, no desaparece.

El proyecto completo de desregulación aún no ha sido llevado a la práctica. Incluiría la autorización a las empresas para utilizar «banderas de conveniencia», por decirlo así: las empresas podrían adoptar *nacionalizarse* en el estado con legislación fiscal, laboral, ambiental, etc., más favorable para sus intereses, y utilizar la legislación de éste incluso cuando realizaran actividades fuera del estado elegido. La directiva europea que trataba de crear este aspecto de la desregulación hubo de ser retirada ante las protestas generalizadas.

7.2.3.5. Las modalidades de la ganancia capitalista

Las novedades tecnológicas y organizativas de la *gran transformación* posibilitan una variación sensible en la apropiación y el aprovechamiento privados de las energías sociales. El capitalismo ha alcanzado una posición que le permite compatibilizar diversos sistemas de explotación.

El modelo «coreano» revela por sus mismas características que en determinadas condiciones de la «periferia» y del «sur» la ganancia del capital se obtiene a base de arrancar plusvalía o sobretrabajo de los trabajadores en términos absolutos, esto es, con salarios ínfimos que a lo sumo permiten comprar bienes en los que hay incorporada una cantidad de tiempo de trabajo muy inferior a la cantidad de tiempo de trabajo prestado a cambio.

En otros casos la ganancia del capital opera sobre la base de la llamada *plusvalía relativa*, esto es, con *innovaciones técnicas*, las cuales hacen posible la ganancia al producirse cada vez más bienes en menos tiempo pese a crecer simultáneamente los salarios en términos reales, como ocurría en general en las metrópolis en la fase de la segunda revolución industrial. Pero lo característico para la ganancia capitalista en la *gran transformación* contemporánea no es esto, sino una importante novedad sistémica.

Se trata de lo siguiente: en el «norte», y en las ramas industriales «avanzadas», se ha alcanzado ya un estadio en el que la obtención de bienes depende cada vez menos del tiempo y la cantidad de trabajo de las personas empleadas en la producción, y en cambio es función cada vez más de otros factores que el trabajo de las personas introduce en el proceso productivo.

Estos factores son el nivel general, social, de la comprensión científica del mundo, de la aplicación de la ciencia al proceso productivo y de la tecnología misma; así como un grado muy elevado de instrucción en ciertos sectores de la sociedad.

El trabajo de los seres humanos tiene en las metrópolis una eficacia que hace muy pocas décadas hubiera parecido mítica. Pues el proceso industrial de producción se basa menos en el trabajo inmediato de hombres y mujeres que en su *fuerza productiva general*: son los logros *de la especie* en su comprensión de la naturaleza, en su capacidad para utilizarla como organismo social (ya no individualmente), lo que se ha convertido en el fundamento de la producción contemporánea.

Tanto la comprensión científica del mundo, en expansión, como la innovación tecnológica de base científica y el mantenimiento de un grado elevado de instrucción en grupos sociales amplios exigen trabajo humano. Sin él no existirían. Llevar estos factores al proceso productivo desde el lugar social en que se originan o en que se hallan exige igualmente trabajo humano. Pero se trata de factores con una eficacia productiva que no guarda relación alguna con el tiempo de trabajo que ha costado obtenerlos ni con el que cuesta introducirlos en la producción[28].

> En este punto es conveniente un excurso, por mucho que nos aleje del argumento principal. Hoy se cuenta, efectivamente, con un grado

28. Esta situación fue contemplada anticipatoriamente por K. Marx en los borradores de trabajo que se han publicado con el título de *Líneas fundamentales de la crítica de la economía política*, trad. cast. de J. Pérez Royo, OME 21 y 22, Crítica, Barcelona, 1978.

muy elevado de comprensión científica del mundo. Hay que añadir inmediatamente que se trata sin embargo de una comprensión científica abstracta y parcial, «predialéctica», por decirlo así, del mundo. Cada tecnociencia puede ser productiva en su propio ámbito abstracto, pero destructiva o simplemente menos efectiva en el concreto mundo real. Este rasgo *particularista* de las ciencias —y de las técnicas basadas en ellas— origina a menudo resultados en el fondo contrafinalísticos (así, la industria nuclear resuelve a corto plazo un problema energético pero crea riesgos, y problemas enormes a largo plazo por los residuos radioactivos que genera). No es ocioso insistir en que el actual estadio de comprensión científica del mundo ha de ser superado, probablemente mediante instancias que compongan los resultados de cada tecnociencia particular en un esquema interactivo a partir del cual sea posible establecer opciones de política científica y tecnocientífica razonables.

El ensanchamiento de la comprensión científica y su proyección tecnológica se sostiene, en las sociedades metropolitanas, sobre la base de un grado elevado de instrucción en sectores sociales relativamente amplios. Hay que ver estos fenómenos contemporáneos como un incremento de la capacidad social general de intervención en el mundo (por mucho que en el interior de la sociedad esa capacidad esté desigualmente distribuida), como conquistas de la humanidad.

Pues bien: las innovaciones tecnocientíficas *resultan privatizables y son privatizadas en las condiciones del orden sociopolítico existente*. Son aprovechadas en términos del beneficio capitalista privado, aunque no tienen que ver con la inversión de uno u otro bloque de capital.

En conclusión: sobre la base de la acumulación previa, de la explotación de las poblaciones del «sur», etc., el «norte» ha alcanzado un estadio productivo en el que la supervivencia en la concurrencia económica y el orden capitalista como tal empiezan a basarse crecientemente en *la apropiación privada de la innovación social* y cada vez menos en acrecentar el número de asalariados.

Las condiciones en que la innovación social puede ser privatizada no se dan naturalmente. Son creadas por procesos políticos de ajuste, aplicados capilarmente a la sociedad. Estos procesos incluyen el mantenimiento de sistemas educativos complejos, institutos y proyectos públicos de investigación (a veces interestatales, como los programas de investigación de la Unión Europea) que ponen a disposición del capital privado capacitación personal, resultados científicos y medios técnicos cuya financiación es fundamentalmente pública, esto es: ha sido socializada, sufragada por el conjunto de los contribuyentes. Las condiciones de privatización de la innovación realizada gracias al gas-

to público dependen también de la instauración política de sistemas privados de apropiación.

Así, por ejemplo, la innovación realizada por los ingenieros químicos de una empresa pasa a ser propiedad de la empresa como consecuencia de la relación salarial, ignorando por completo (hasta el punto de que este ejemplo puede parecer poco natural) la participación social, colectiva, en el asunto, que viene dada por el coste que significa para el erario público convertir a unos bachilleres en ingenieros químicos, esto es, en personas capaces de innovar técnicamente. De la misma manera, la innovación obtenida por un equipo médico en las condiciones de equipamiento de un gran centro público de salud (financiado públicamente) son utilizadas luego *sin coste alguno* por todo centro clínico establecido en forma de empresa lucrativa privada, etc. El proceso inverso, en cambio, no se da: las *patentes* protegen sistemáticamente la innovación de la que se han apropiado las empresas privadas, que no puede ser utilizada públicamente sin pagar los derechos correspondientes.

No es éste el lugar adecuado para describir los procesos por los cuales se privatiza la innovación social. Basta señalar que las compañías transnacionales instaladas en la expansión productiva y el cambio tecnológico tienen en la apropiación de la innovación una de las fuentes de ganancia —no la única, desde luego—, y que esta fuente es característica de la época abierta por la *gran transformación*. El capital, sin embargo, necesita seguir revalorizándose como tal. Para ello ha de impedir que las fuerzas sociales obtenidas —incluido el trabajo— pierdan la forma de mercancías, dejen de ser vistas socialmente como tales.

7.2.3.6. La globalización neoliberal materializada

La globalización crea relaciones de interdependencia entre las distintas poblaciones del planeta. Se ha materializado en muy pocos años. Deja de haber fronteras para los flujos financieros, y estos flujos son incesantes. Se establece también la globalización de las comunicaciones, tanto en el sentido de la circulación mundial de los contenidos de conciencia como, más básicamente, en el de la eliminación de reductos inmunes a la acción social externa. 'Globalización' significa ante todo 'interdependencia'. La acción social se entrelaza globalmente y las consecuencias de la intervención humana resultan crecientemente distantes y laberínticas.

La globalización impone una nueva estructuración del espacio y de las distancias, por una parte, y del tiempo, por otra. Ciertos pro-

cesos son ahora, paradójicamente, *simultáneos* en todos los rincones del planeta: en todos producen efectos a la vez[29].

La globalización es «deforme», o desigual; no uniforme. El «sistema-mundo» —por emplear una expresión de Wallerstein[30]—, examinado desde el punto de vista de la división internacional del trabajo, ha producido cuatro tipos de sociedades profundamente diferenciadas:

a) Países «maduros» o «centrales», que tienden a expulsar o «externalizar» de sí las industrias de la segunda revolución industrial, manteniendo las que procuran mayor valor añadido. Estas sociedades conservan algunas prestaciones sociales, pero también burocracias inmensas; los complejos de intereses militar-industriales se localizan en estos países.

b) Una «periferia económica» del centro (China, India, Brasil y algunos países asiáticos) cuyas industrias tienen escasas perspectivas de mejorar su productividad; y cuya localización está determinada por salarios bajos combinados con formación suficiente y acaso un fuerte control social, además de débiles presiones fiscales —y en general estatales— sobre el capital. La legislación medioambiental, si existe, prácticamente no se aplica en estos países. La combinación de estos factores explica el bajo coste relativo de lo producido allí.

c) El mundo «dejado de la mano de Dios» o «periferia extrema»: países en los que no hay inversión, como ciertas partes de África y de la América latina.

d) Países intermedios entre las dos categorías anteriores, como son muchos grandes países árabes: con fuerte cohesión social, con densidad histórica y cultural, pero en los que no se dan condiciones que hagan atractivas las inversiones de capital, y cuya situación es insostenible a medio plazo en el interior de la lógica mercantil de la globalización.

Se ha creado una nueva bipolaridad[31]. El «norte» cuenta con un entorno que intenta aproximarse a su nivel de desarrollo, pero que tardará muchos años en alcanzarlo. En el otro polo están algunos países que aún dependen de sí mismos, con escasas posibilidades, y finalmente la periferia del «sur», lo que se ha llamado a veces un «escenario externo»: países no sólo de miseria sino de miseria atroz y en aumento.

29. *Vid.* A. Giddens, *Sociología*, cit., cap. XVI, «La mundialización de la vida social».

30. I. Wallerstein, *The Modern World System*, Academic Press, New York, 1976. Una obra clásica.

31. *Vid.* J.-Ch. Rufin, *L'Empire et les nouveaux barbares*, Lattès, Paris, 1991; también «Subcomandante Marcos», del EZLN, «La 4e guerre mondiale a commencé»: *Le Monde Diplomatique*, agosto de 1997, pp. 1, 4 y 5.

En términos históricos el «sur» fue colonizado política o económicamente por el capitalismo del «norte»; en casos significativos (la India, el Congo y otros países africanos, el Magreb) la descolonización política es recientísima. La colonización es una importante causa del empobrecimiento del «sur» (aunque la colonización capitalista no es la única causa). La riqueza del «norte» tiene además otras causas; la acumulación de medios en términos de potencia productiva y militar convierte al «norte» en una «fortaleza» aparentemente inexpugnable pese a sus relaciones de interdependencia bidireccional con el «sur». El «norte», con el 20% de la población del planeta, consume el 80% de la producción mundial; no obstante, hay también una especie de «sur» en el «norte»: así, la Unión Europea, cuya población forma parte de ese 20%, cuenta con más de 50 millones de pobres[32]. La interrelación mundializadora no beneficia al «sur»; antes el «sur» exportaba fundamentalmente materias primas, pero *produce* sobre todo bienes manufacturados, y la gran mayoría de países especializados en productos primarios —agrícolas o minerales— sufren las consecuencias de un descenso en el valor de sus exportaciones[33].

La degradación de las condiciones de intercambio sólo puede medirse en términos relativos; Sutcliffe cuantificaba las «pérdidas» del «sur» en 1987 en el triple del total de la «ayuda» oficial recibida. Las inversiones en los países pobres están en declive; esos países tienen una enorme deuda externa, que se ha convertido en el principal mecanismo de transferencia de recursos al «norte».

En el «norte» la globalización se hace visible en la gran superficie comercial: allí los productos agrícolas no conocen ya las estaciones del año ni la localización; se ofrecen prendas de vestir de marca producidas por niños esclavizados en algún confín del universo; y en los televisores expuestos acaso aparezcan escenas de matanzas o de hambre o algún espectáculo deportivo, todo igualmente en directo. En el «sur» gran parte de las gentes no está siquiera en condiciones físicas de rebelarse; allí un tercio de la población en edad laboral carece de empleo, y el número de pobres aumentaba semanalmente (en 1997) en medio millón de personas[34].

Los metropolitanos viven como normalidad esta exclusión hasta la muerte de los *otros*, que no pueden ignorar aunque la integren en su *normalidad* cotidiana. La globalización acentúa la crisis de la cultura

32. Datos tomados de I. Ramonet, *Un mundo sin rumbo*, Debate, Madrid, 1997, pp. 8 y 25.

33. B. Sutcliffe, «Nuevas formas de imperialismo en los años 80», en C. Berzosa (ed.), *Nuevas tendencias de la economía mundial hacia el 2000*, IEPLA, Madrid, 1990.

34. El número de pobres en América Latina y el Caribe descendió en 2007 de 194 a 190 millones de personas.

social como tal: implica una hipersocialización que en las metrópolis se vive subjetivamente en forma de rechazo de la vida social. Los metropolitanos contemporáneos no quieren la sociedad mundializada en la que viven; en su gran mayoría tampoco quieren *otra* sociedad, ni son capaces de imaginar su posibilidad: son individuos privatizados, *disociados* subjetivamente de los demás. Este tipo de globalización compone objetivamente, sin embargo, un nuevo universo económico y cultural; forma parte, como condición de fondo, de los procesos desencadenados por la tercera revolución industrial. El destino metropolitano, el periférico y el de los pobres es recíprocamente dependiente.

7.2.3.7 Una vida muy privada

La *gran transformación* ha impuesto también cambios culturales y de modos de vida. No es posible dejar de mencionarlos aquí, aunque sea esquemáticamente.

El consumismo fue tempranamente percibido por P. P. Pasolini como una «revolución antropológica». Como el fin de las (sub)culturas populares autónomas. La *gran transformación* alienta además tendencias privatizadoras en el mundo de la vida.

Las grandes fábricas de tipo fordista, en la que trabajaban a la vez millares de obreros, casi no existen ya en el «norte». Con ellas desaparecen los centros privilegiados de generación y transmisión de la subcultura propia de las clases trabajadoras. La cultura campesina ha quedado liquidada con la industrialización del campo[35]; el viejo saber agrícola transmitido de generación en generación se halla en trance de desaparecer. Las que fueron ciudades fabriles cambian incluso de aspecto físico: las instalaciones productivas obsoletas desaparecen y los espacios se dedican a otros usos; las ciudades se caracterizan ante todo como lugares de consumo, como «multicentros» (!) de servicios. La consciencia socio-política de las clases trabajadoras ha sido aplastada por la ideología consumista. El ágora pública —la sede de la opinión pública, que desde la Ilustración era el *locus* intersubjetivo de la democratización moderna— ha sido ocupada por empresas transnacionales multimedia que trivializan todas las significaciones. Las voces discordantes o críticas no son acalladas por la censura ni

35. Una parte importante de la excelente obra novelística de John Berger —por ejemplo *Puerca tierra* (trad. cast. de P. Vázquez, Alfaguara, Madrid, 1989), *Una vez en Europa* (misma traductora y editorial, 1992) y *Lila y Flag* (*ibid.*, 1993)— tiene como telón de fondo la desaparición del campesinado en Europa.

tampoco del todo excluidas por diarios o editores conformistas: quedan simplemente ahogadas, integradas en la barahúnda general[36].

Las metrópolis del norte no componen aún una sociedad estancada, pues en ellas surgen acciones sociales de algún calado, puntuales o reiteradas. El movimiento de emancipación femenina puede ser mencionado en este contexto; su impulso también ha contribuido indirectamente, junto con el movimiento *gay*, a poner en crisis el sistema de géneros y la masculinidad tradicional. Ésta sin embargo, aunque en crisis, se mantiene con fuerza. Ahí está como muestra la persistente violencia de género. Por otra parte subsisten o renacen corrientes y grupos de intervención de tipo ilustrado: de defensa de los derechos humanos, de ayuda a los escenarios de miseria del «sur», de solidaridad con los inmigrantes de raíces culturales no occidentales, etc. En las metrópolis numerosas organizaciones y grupos ecologistas obtienen fuerte apoyo. Y ocasionalmente se desatan, por otra parte, protestas sociales —sobre todo por razones laborales— de cierta envergadura. Pero en las metrópolis el *movimiento social* en sentido fuerte prácticamente se ha desvanecido[37]. Los grupos y movimientos existentes tienden a ser monotemáticos, o *movimientos de un solo asunto*, y carecen de objetivos y alcance generales. Ello equivale a la desaparición de la *capacidad de proyección finalística general* de las sociedades del «norte», impotentes para crear nuevas perspectivas colectivas. La situación del movimiento ecologista lo ejemplifica a la perfección: ciertamente, se recicla crecientemente la basura, el vidrio, el papel y las pilas usadas se recogen como es debido. *Pero en la cuestión ecológica está implicado el conjunto de la vida social.* Salvar el entorno exige un cambio radical de los modos de vida; esto es, fundamentalmente: de los modos de producir, por una parte; de la expansión incesante de las «necesidades» creada industrialmente que está en la base del sistema económico realmente existente, por otra, y muy probablemente de la cultura que naturaliza la fuerza y la solución violenta de los conflictos en tercer lugar. *Todo esto se halla fuera de la perspectiva de las sociedades del «norte».* Está —como suele decirse— más allá de su «imaginario social».

Las poblaciones de las metrópolis experimentan en realidad una apatía política profunda, no se sabe si duradera. La propia noción

36. *Vid.* el cap. VII de *Entrada en la barbarie*, del autor de este libro, cit.

37. Con la notable excepción del movimiento de oposición a la guerra, por otra parte de breve duración, que alcanzó acciones masivas en vísperas de la guerra de agresión norteamericana a Iraq. *Vid.* J. L. Gordillo, *Nostalgia de otro futuro*, Trotta, Madrid, 2008.

de intervención personal en los asuntos públicos se vuelve forzada, sobre todo debido al justificado desprestigio de la política profesionalizada del sistema. Las personas, conscientes de vivir una época de cambio —que se manifiesta en la rara problemática del trabajo, en la introducción de los ordenadores en la vida cotidiana, en las novedades de la comunicación electrónica, etc.—, tienden a privatizar sus perspectivas vitales, a vivir *una vida muy privada* (según el significativo título de una novela de Freyn). Acaso subliminalmente, perciben que los cambios operados por la *gran transformación* en la esfera del poder vuelven crecientemente infecundos los modos de participación política establecidos por el sistema.

7.3. EL NUEVO «CAMPO DE PODER»

La mundialización impone una nueva estructura o *campo de poder*: la forma estado pierde su primacía al subordinarse a un *soberano supraestatal* de carácter difuso, con una asignación de funciones nueva en este *campo* interrelacionado.

El sistema de legitimación tiende a cambiar también, y el derecho se adapta y adquiere rasgos apropiados a la nueva situación, que se verán en el capítulo siguiente. La problemática ecológica sigue ahí. Una nueva cultura presencia el enfrentamiento de tendencias contrarias: el impulso a la barbarización de todas las relaciones sociales, que puede desembocar en tiranías integrales y catástrofes sociales duraderas, y la debilitada tendencia a un ulterior afianzamiento, contra las desigualdades estructurales, del proceso de democratización.

Parece inevitable iniciar la reflexión sobre el poder contemporáneo con una observación de tipo metodológico.

Hasta ahora la acción del poder político podía ser tratada según la metáfora física de las *causas*. A condición de introducir cada vez más complejidad —dada la naturaleza socializada del poder en el estado moderno, funcionalmente «dividido» entre instituciones pluripersonales distintas—, podía afirmarse verosímilmente que ciertos hechos sociales eran *causados* por *el* poder público. La eficacia cognitiva de la metáfora de *un* poder (político) *agente*, de una fuerza *causal* puesta en movimiento por *voluntad* de ese agente, se daba por supuesta, e incluso no es infrecuente hallar en el discurso político metáforas derivadas —como las de *la correlación de fuerzas políticas*, *el cuadrado de fuerzas*, *la distancia política*, etc.— insertas en el mismo horizonte de referencias de tipo causal tomado de la física clásica.

Con la *gran transformación* comprender los fenómenos de poder *general* (lo que hasta ahora llamábamos *poder público*) deja de ser asequible en esos sencillos términos. Si se quiere conservar de algún modo la idea de determinación de la vida social por entidades dotadas de poder es preciso recurrir a una metáfora más compleja, como puede ser la noción de la física moderna del *campo de fuerzas*. Esto es: hay que prescindir de la idea de un único agente causal y pasar a hablar de un ámbito en el que se suscitan determinaciones, aunque éstas no puedan ser atribuidas linealmente a un solo agente generador o incluso aunque en una situación concreta la determinación del generador quede *oscurecida* o resulte imposible dentro del *campo*. Se trata de determinaciones interrelacionadas.

El poder «político» ha modificado su estructura profunda con la *gran transformación*; por vez primera desde el nacimiento de la modernidad no puede ser descrito en términos de soberanía y legitimidad simples. El *campo de poder* contemporáneo —se sostendrá aquí— está constituido por la *interrelación* de un *soberano supraestatal difuso*, *con componentes privados*, y —puesto que se mantiene la base territorial de asentamiento del poder— *un «estado permeable» o unas «asociaciones estatales» permeables*, *abiertas o porosas* (como puede ser la Unión Europea).

Análogamente, deja de ser cierto que el sistema de legitimación reconocido en el relato político aceptado —en las metrópolis occidentales, el relato democrático-representativo— sea el único operante: el *campo de poder* admite la copresencia de distintos sistemas de legitimación.

La existencia del nuevo *campo de poder* bipolar —por un lado, soberano supraestatal policéntrico; por otro, sistema de estados permeables— falsa ahora todo discurso político limitado al «estado soberano». Lo falsa en el sentido de hacerlo ideológico, representación no veraz de lo que se da en el mundo de la experiencia.

7.3.1. *Segunda visita al concepto de soberanía*

Como se ha visto anteriormente[38], el concepto de «soberanía», acuñado en el siglo XVI como atributo de las entidades estatal-'nacionales' entonces nuevas, pertenece a un universo intelectual precapitalista. Fue elaborado a partir de la experiencia de la «superioridad» del poder de los monarcas absolutos sobre cualquier otro poder en sus reinos. En la medida en que el poder de esos monarcas era de naturaleza

38. *Vid. supra*, cap. IV, 4.3.4.

feudal, esto es, económico-político-ideológico en una única entidad indiferenciada, el concepto reflejaba una cualidad de hecho de ese poder: su posición de supremacía respecto de cualesquiera otros poderes en su ámbito de asentamiento. Con 'soberanía' se expresaba a la vez una situación de hecho y la pretensión de mantenerla. El concepto permitía además configurar «un mundo de soberanos»: los distintos poderes soberanos se relacionaban o bien mediante acuerdos no dirimibles por un poder superior o bien por medio de la fuerza.

En el plano conceptual la identificación del monarca con la monarquía y de ésta con el estado permitió hablar, finalmente, de *estados* soberanos. Las revoluciones burguesas, más tarde, atribuyeron jurídico-formalmente a los «pueblos» regidos por los estados la titularidad de la soberanía —la *soberanía popular*—, es decir, la fuente última de legitimación del poder estatal y de configuración (al menos formalmente) de las políticas estatales.

El proceso por el que el atributo de «soberanía» llega a predicarse del estado moderno y se asigna su titularidad al pueblo discurre paralelamente al proceso histórico de afianzamiento del capitalismo concurrencial como forma económica y del mercado como mecanismo suyo. Pero se trata de procesos distintos: el primero lo impulsan las luchas sociales por ponerle límites al poder.

El tránsito del feudalismo al capitalismo como modo de producción dominante suscitó la diferenciación de las estructuras de poder. El poder *indiferenciado* precedente se escindió con la modernidad en dos esferas distintas. Apareció de un lado el poder político estatal en la *esfera pública*; de otro lado, el poder económico en la *esfera privada*. El poder económico se presentó como *irrelevante políticamente*; se distribuía entre multitud de agentes concurrentes (capitales, empresas). La soberanía quedó teóricamente encapsulada en la esfera pública.

Este encapsulamiento —siempre más discursivo que real, que expresivo de hechos reales— es lo que, manifiestamente, ha roto la *gran transformación* de nuestros días. Si se vuelve a considerar el concepto originario de *soberanía* como poder indiferenciado —que integraba lo que para los modernos son naturalezas distintas: poder político, poder económico, poder ideológico, cuando menos— resultará plausible la idea de una nueva soberanía *de naturaleza plural*, *semiprivada*, sobrepuesta al poder de los estados[39]. Ello, naturalmente, obliga

39. *Vid.* L. Ferrajoli, *La sovranità nel mondo moderno*, Laterza, Bari, 1997 (trad. cast., «La soberanía en el mundo moderno», en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, ^{5}2006, y mi trabajo «Una visita al concepto de soberanía», en *Los ciudadanos siervos*, cit.

a cuestionar el axioma del discurso político moderno según el cual la *esfera privada* carece de relevancia pública o política. Pues esto es justamente lo que es preciso rectificar en el plano teorético para conservar un mínimo de realismo en el análisis del poder.

La actual crisis explicativa de la «teoría» política tradicional[40] se debe a que los poderes estatales encuentran limitaciones externas y superiores en ciertos ámbitos de su actuación. Imponen estos límites la progresiva concentración y la actual transnacionalización del poder económico, en el pasado enormemente fragmentario, y su necesidad de apoyo militar para garantizar ciertos suministros básicos, como el petróleo.

La globalización subvierte el mercado «nacional», uno de los fundamentos del poder del estado-'nación', y lo penetra. El capitalismo industrial, sin embargo, no se ha liberado por completo de sus rasgos de origen históricos, que lo hacen regionalmente diverso[41]; así, por ejemplo, hay diferencias substanciales entre las empresas japonesas y las norteamericanas, o entre el capitalismo norteamericano y el europeo, que se traducen en sus prácticas productivas, culturales y sociales. También por esta razón los rasgos de la nueva barbarie son aún imprecisos[42].

7.3.2. *Soberano supraestatal difuso y estado abierto*

La denominación de *soberano supraestatal difuso* se atribuye a los titulares, públicos, internacionales y privados, de un poder supraestatal que produce efectos de naturaleza pública o política.

Hay, efectivamente, un nuevo poder que impone a los estados determinadas políticas, sobre todo en el ámbito económico; ese poder posee un carácter supraestatal. Al favorecer el monetarismo, la desregulación, el flujo de capitales sin trabas y las privatizaciones masivas los responsables políticos han posibilitado el traspaso de decisiones capitales de la esfera pública a la esfera privada. La transferencia de financiación a los entes de la esfera privada de la etapa anterior ya

40. Así, por ejemplo, las obras de G. Sartori, *Democrazia* (Rizzoli, Milano, 1993) o R. A. Dahl, *La democracia y sus críticos* [1989] (trad. cast. de L. Wolfson, Paidós, Barcelona, 1992) ejemplifican bien la situación del pensamiento político en la actual encrucijada: ambos optan por ignorar el problema de la limitación de la soberanía estatal.

41. *Vid.* B. Amoroso, *Della globalizzazione*, La Meridiana, Molfeta, 1996.

42. Se dan además fenómenos de regionalización económica que a veces se interpretan en términos de formación de nuevas agregaciones de poder. *Vid.*, p. ej., K. Ohmae, *The End of the Nation State. The Rise of Regional Economics*, McKinsey, Chicago, 1995.

les había hecho inmensamente poderosos. La formación del *soberano difuso* supraestatalmente impuesto ha sido gradual.

El presidente norteamericano Eisenhower, al abandonar el cargo, habló de un *complejo militar-industrial* que atenazaba las instituciones políticas de su país; el presidente Clinton, antes de tomar posesión de ese mismo cargo más de treinta años después, aludía claramente a la existencia de un poder supraestatal que orienta las decisiones del gobierno más poderoso de la Tierra.

El *soberano privado supraestatal* de carácter *difuso* no es sin embargo un poder totalmente independiente: actúa interrelacionadamente con los *estados permeables* integrando un *campo de poder*.

Ese poder, en parte *privado*, como se verá, tiene efectos de naturaleza *pública* precisamente porque determina las políticas estatales. El *soberano difuso* no sólo es capaz de imponer sus propias políticas a los estados penetrando la voluntad de las instituciones de éstos y creando otras nuevas sino que además impide llevar a la práctica las políticas decididas por las instituciones estatales cuando son incoherentes con las suyas propias.

El origen y la naturaleza del *titular complejo* de ese poder soberano supraestatal expresan una mixtura, una mezcla o una alianza *difusa* de poderes.

En primer lugar, o como primer *polo* de poder, el *soberano supraestatal* está constituido por el poder estratégico conjunto de las grandes compañías transnacionales y conglomerados financieros. Que está comunicado interiormente a través de acuerdos privados, de *lex mercatoria*. Desde el punto de vista de la distinción de *esferas* propia del discurso político moderno tradicional se trata de un poder *privado*: ese *polo* del soberano supraestatal no es un producto de acuerdos interestatales, ni una institución de derecho internacional, ni ha sido establecido por voluntad deliberada de los ciudadanos. Todo lo contrario: como cuestión de hecho es un poder de naturaleza objetiva, estructural; y es difuso al no tener una sede determinada.

Pero, por otra parte, también forman parte del soberano supraestatal, como otro *polo* suyo, instancias convencionales interestatales, como el G7 (conferencias de los gobiernos de los siete países más industrializados), fundamental para la regulación del comercio mundial; de instituciones como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, que proceden de los acuerdos de Bretton Woods, o de la OCDE.

Este polo de poder, que por su naturaleza institucional internacional es la cara visible del soberano supraestatal, actúa obligando a los estados-'nación' a la adopción de políticas —y de legislaciones— acordes con los intereses conciliados por el primer polo de poder.

El tercer *polo* de poder supraestatal es el constituido por su instrumento *militar*, consistente esencialmente en el ejército comandado por el gobierno norteamericano y subalternamente en los ejércitos de los adheridos a las alianzas militares del gobierno mencionado.

Esos tres polos, actuando coherentemente, componen el soberano supraestatal. Como se puede ver, su ubicación es *difusa*, pues obra por uno o más de sus varios polos. Su naturaleza resulta de difícil clasificación: pesa en ella su parte privada, pero tiene también elementos públicos.

El soberano privado supraestatal ha asumido la función de imponer el marco de condiciones generales necesario para el funcionamiento de las compañías transnacionales: para facilitar los flujos del capital financiero, eliminar o graduar fronteras tecnológicas, políticas, arancelarias y de cualquier tipo puestas al tráfico de bienes y servicios, y acordar la distribución de los ámbitos de actuación de los diferentes grupos económicos. También ha asumido la orientación estratégica general de la economía globalizada.

Las decisiones de la soberanía supraestatal han de ser instrumentadas sin embargo por los poderes estatal-permeables subalternos.

El soberano privado supraestatal señala —a través de instrumentos como el G7, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, los acuerdos del GATT o la OMC y la OCDE— el tipo y las condiciones de la política económica aceptable para él en cada área del globo, así como las condiciones del sistema monetario; a él se debe el establecimiento de instituciones *independientes*, como el Banco Central Europeo y otras, sustraídas a la influencia directa de los gobiernos legitimados por el sufragio popular. El soberano privado supraestatal establece las principales opciones del crecimiento económico y exige del sistema de estados permeables la puesta en práctica de las decisiones políticas requeridas.

Eso abarca: las políticas económicas propiamente dichas; ciertas políticas sociales, como las educativas —el Banco Mundial ha dispuesto la conversión de la enseñanza pública en instituciones de venta de servicios educativos—; y las decisiones de política militar necesarias para el mantenimiento del *statu quo* mundial.

El estado (estado-'nación') abierto, por su parte, la antigua instancia que asume el poder público *explícito* y manifiesto de la sociedad, ha de *instrumentar* las políticas que le vienen señaladas por la instancia supraordenada del soberano difuso.

A pesar de que el agigantamiento de los aparatos estatales de gestión y la intervención político-administrativa de la actividad económica solían considerarse ligadas a las políticas de estado interven-

cionista y asistencial, lo cierto es que, en las nuevas condiciones, tras el abandono de esas políticas, no se han redimensionado los aparatos estatales de gestión ni ha desaparecido la intervención político-administrativa de la actividad económica y social, con la salvedad de la privatización de empresas públicas. La actividad económica sigue intervenida, aunque la intervención se ha invertido de un modo general. El análisis de las funciones del estado abierto explica estos fenómenos. La gestión estatal y la intervención político-administrativa de la actividad económica se mantienen limitándose a cambiar de signo. En línea de principio puede decirse que donde antes el estado velaba por el cumplimiento de los deberes impuestos al empresariado vela ahora por el pacífico disfrute de los privilegios concedidos a éste.

El estado permeable o abierto, que experimenta una clara pérdida de soberanía en su capacidad para determinar la política económica, o en otros ámbitos conexos, como la capacidad de regulación del mercado laboral, tiene sin embargo que instrumentar con decisiones propias las políticas que le vienen impuestas.

El estado permeable o subalterno interviene en la economía con las políticas de desregulación —y de ajuste de la desregulación—. A las empresas transnacionales les da garantías jurídico-políticas de no intervención, así como de socialización, en el ámbito de la esfera pública, de los costes del ajuste laboral. El estado ha desregulado el mercado de trabajo (y eliminado obligaciones empresariales al respecto). Crea o acepta nuevos espacios económicos o mercados para la actividad privada: por eso privatizó el antiguo sector público y ahora *mercantiliza los servicios públicos* en una medida compatible a la vez con la paz social y las exigencias del soberano difuso.

Muy especialmente: crea las condiciones en que es posible privatizar directamente cualquier innovación social, ya se produzca en la esfera privada o en la pública. Al propio tiempo el estado concurre a suministrar financiación a las empresas, compitiendo en este punto con otros estados, al objeto de que las compañías transnacionales instalen segmentos de su red productiva en el territorio sobre el que el estado asienta su poder.

El estado invierte en innovación tecnológica susceptible de ser privatizada (de ahí los programas estatales o interestatales de investigación, espacial, en física de punta, biotecnología, etc.), o facilita la innovación tecnológica a las empresas. Todo ello sin abandonar las funciones tradicionales, compatibles con la mundialización económica en unos casos y en otros doblemente exigidos por la mundialización misma.

Al estado abierto le corresponden las cargas de atender a los excluidos, de asegurar un sistema de *circenses* como medio de escape

para la tensión social; de reparar daños ecológicos, y lo que queda de sus antiguas tareas.

Las políticas económica, fiscal[43] y laboral de los estados abiertos no son las únicas moduladas por el *campo de poder* en que las instituciones estatales interactúan con el soberano difuso. Otros ámbitos se ven igualmente afectados.

Por una parte están las políticas ecológicas, cuyo alcance limita seriamente el soberano difuso. De ahí el fracaso de las sucesivas conferencias internacionales sobre el tema auspiciadas por las Naciones Unidas, en las que los únicos acuerdos adoptados por los estados permeables consisten siempre en aplazar la toma de decisiones limitadores de la agresión del medio o la puesta en práctica de las escasas resoluciones adoptadas, con concesiones de detalle que no alteran el modelo de desarrollo en nada esencial.

El protocolo de Kioto (acordado en 1997 que entró en vigor en 2005) ha mercantilizado incluso la contaminación, al atribuir cuotas a los distintos países y permitir acuerdos entre estados para la compraventa de parte de esas cuotas: dentro de las concepciones neoliberales, el mercado debería ser útil para contener el incremento de las emisiones de dióxido de carbono a la atmósfera, causantes del calentamiento global. Los resultados de este sistema son hasta la fecha penosos.

Por otra parte aparecen, muy señaladamente, las políticas militares impuestas a los estados de las metrópolis del «norte» por el soberano difuso, encaminadas a mantener coercitivamente el actual *statu quo* de la globalización mediante unas fuerzas armadas dirigidas a sofocar cualquier intento de la periferia o del sur por protegerse de las condiciones de funcionamiento del mercado mundializado. Esos ejércitos predispuestos contra un enemigo desfalleciente, el «sur», cuyas poblaciones en muchos casos —por hambre, en África— no están siquiera en condiciones físicas de rebelarse, se legitiman ante una opinión pública crecientemente desinteresada como instrumentos para *intervenciones* calificadas de *humanitarias*.

En ámbitos como el de la educación, además de lo señalado anteriormente, las exigencias impuestas a los estados abiertos por el soberano difuso permiten mayor capacidad de adaptación a los rasgos

43. P. Mercado señala (en «Transformaciones económicas y función de lo político en la fase de la globalización», cit.) que hoy es la riqueza la que elige dónde cumple sus obligaciones fiscales. Esto es en gran parte cierto, aunque por otra parte la mundialización crea una fuerte tendencia a la homogeneización *a la baja* de las normativas fiscales.

históricos de las sociedades gobernadas—, aunque las políticas públicas se ven directamente condicionadas por la influencia de las compañías transnacionales de la industria cultural, con un impacto en la consciencia social superior al de las propias instituciones educativas. Hoy los grandes productos de turno de la industria audiovisual —los seriales, los deportes y las estrellas televisivas, por señalar ejemplos por otra parte obsolescentes— resultan mucho más vivos y actuantes en la consciencia colectiva que las grandes creaciones históricas de la cultura occidental, de *Edipo* a *Hamlet*, del *Quijote* a *La Pasión según san Mateo*.

La limitación de la soberanía del estado abierto crea un conflicto en su sistema de legitimación que erosiona el grado de democracia alcanzado en su caso. También son *abiertos*, al menos en la instancia económica, los estados cuyo sistema de legitimación no es democrático, como aquellos cuyas autoridades políticas se legitiman mediante fundamentalismos religiosos u otros.

El estado abierto regido por un sistema democrático-representativo se basa, obviamente, en la «soberanía popular». Al estar limitada *esta* soberanía, quien tiene limitada objetivamente su capacidad de decisión es la población misma.

Las instancias centrales del polo estatal del sistema político —el gobierno, que es el poder estatal por antonomasia, y el parlamento— se hallan sometidas a tensiones contradictorias: de un lado, las exigencias de la soberanía supraestatal difusa, que para imponerse han de alcanzar justamente al núcleo central de los estados y estar presentes en él; de otro, las exigencias de las poblaciones —materialización del pueblo— «soberanas», que pueden —y suelen— estar en contradicción con las primeras.

La crisis de la representación política pública —de las instancias parlamentarias en primer lugar— y de los partidos, las instituticiones de intermediación política, resulta entonces inevitable, aunque la burocratización y oligarquización del sistema de partidos profesionalizados también contribuye decisivamente a esa crisis. En ciertas materias la representación política está condenada a perder, junto con su capacidad decisoria, todo crédito ante la población. Ello refuerza, en una lógica perversa autoalimentada, la tendencia a la despolitización y a la pasividad poblacional (o «popular») que ha hecho posible el surgimiento de una soberanía supraestatal al margen de los principios y las instituciones democráticas.

La política democrática, entendida como una actividad explícita y lúcida de la colectividad relativa a la instauración de sus instituciones y a su funcionamiento, tiende a quedar bloqueada.

7.3.3. *Las dos legitimaciones del campo de poder*

Los dos ámbitos principales del campo de poder —soberano supraestatal difuso y estados permeables— cuentan con sistemas de legitimación distintos.

La naturaleza del soberano supraestatal le impide hacer suyos los sistemas legitimatorios adoptados por las entidades estatales. No puede recurrir a sistemas de legitimación de tipo comunitario, como los de los nacionalismos o los fundamentalismos, pues le es imposible presentarse como comunidad ya que es excluyente de las poblaciones como tales. Y no puede presentarse como un poder democrático (ni siquiera en una concepción degradada y pervertida de la democracia como es la procedimental o formalista) precisamente por contraponerse a los poderes incoativamente democráticos (de algunos estados); tampoco puede hacerlo por razones estructurales: por ser difuso y por manifestarse casi siempre espectralmente en la esfera pública.

La legitimidad que pretende el soberano privado supraestatal es la de la *eficacia*. Ese poder estratégico de los grandes agentes económicos, que comparece en el escenario mundial y dicta las condiciones de la vida colectiva sin haber sido llamado a ello por nadie, cuenta con un discurso acerca de la *eficacia técnico-productiva* que empieza a ser interiorizado no sólo por las instancias públicas subalternas sino también por las sociedades dominadas[44].

El discurso de la eficacia «productiva» cobra verosimilitud y se instala paulatinamente en la imaginería colectiva del «norte»; sobre todo en la medida en que trata de coexistir con las instituciones representativas bajo las cuales ha surgido el soberano difuso. El discurso de la eficacia —con sus corolarios acerca del *crecimiento económico* y el *progreso*— resulta connatural a las personas que en vez de participar como ciudadanos contemplan el espectáculo político desde su nicho consumista; es adecuado para quienes llevan «una vida muy privada» y se atienen a sus relaciones particulares desentendidos de las cosas públicas. La «eficacia» es una cualidad del «sistema», el *tirano benévolo* al que se atribuye la procuración indefinida de un 2 o 3% anual de crecimiento del producto social en las metrópolis del «norte».

La eficacia transformadora del industrialismo, entendida como capacidad para expandir las fuerzas productivas, es innegable. Por mucho que, vista así, 'eficacia' sea el nombre de un conjunto complejo. Pero no es la capacidad transformadora real lo que legitima al sobe-

44. *Vid.* mi trabajo «Democratización y neonaturalismo», en *Grandes esperanzas*, Trotta, Madrid, 1996, pp. 161 ss.

rano difuso. Ésta también es responsable de las *catástrofes* sociales y ecológicas generadas por la expansión productivista. La *eficacia* legitimadora es una versión platónica, ideologizada, de la capacidad de transformación tecnocientífica: una versión depurada de sus aspectos perversos, pragmáticos o intrínsecos.

El discurso de la eficacia trata de presentar la política económica adecuada a la máxima expansión de las grandes empresas multinacionales y a la mayor ganancia del capital especulador como la única lógica posible. La lógica de *una* modernización como la lógica de la modernización. Presenta al mercado como independiente de sus condiciones políticas de existencia y a las «leyes del mercado», esto es, a las condiciones que aseguran el beneficio pese a la concurrencia de los diversos capitales, como la *única* legalidad posible («La democracia no es el estado natural de la sociedad. El mercado sí», dice Alain Minc). Habla, en fin, de *concurrencia* cuando la realidad está llena de acuerdos oligopolistas en todos y cada uno de los segmentos relevantes del mercado. Ese discurso presenta los proyectos del soberano supraestatal como los *únicos* dotados de racionalidad. Por eso I. Ramonet le dio el nombre, que ha hecho fortuna, de «pensamiento único»[45]. Es un discurso excluyente (o sea, que no se aviene a razones, que no dialoga con otras lógicas). Se trata en realidad de un discurso *softotalitario* aunque incapaz, como se verá, de totalizar.

Tiene a su servicio numerosos departamentos universitarios, centros de investigación y fundaciones financiadas por los grandes intereses multinacionales. El «pensamiento único» es asumido como dogma por los principales órganos de opinión económica mundiales. Le sirve una policía del pensamiento omnipresente: son agentes suyos desde decanos de facultad, catedráticos y directores de departamentos universitarios hasta directores de medios de masas y ejecutivos de la industria editorial y de la publicidad (todos ellos resultan más útiles como policía del pensamiento cuando pueden aportar un pasado o una falsa consciencia «de izquierdas», ecologista, pacifista, etc.).

No vale la pena detenerse en la pretensión de universalidad de este «discurso de la eficacia». Según su lógica la única electricidad posible es la generada por grandes instalaciones centralizadas —pues de otro modo el poder económico relacionado con esta energía quedaría desconcentrado—, lo que hace irracionales las fuentes energéticas alternativas. Según su lógica el único automóvil posible es el basado en prestaciones de potencia y velocidad —hoy fácilmente vendible— y

45. I. Ramonet, «El pensamiento único», trad. cast. en *mientras tanto*, 61 (1995), pp. 17 ss.

no uno ecológicamente sostenible y seguro. Según su lógica la única televisión posible es la de «entretenimiento», etc. Todas las alternativas al discurso único se publicitan como irracionales o se sepultan como rarezas en el ágora audiovisual.

El discurso de la «eficacia» o «único» expresa en realidad *la ley del más fuerte* no ya individual sino económico-social. Es la ley de los grandes conglomerados de agentes económicos, capaces de subordinarse a los más pequeños. La ley de la «eficacia» que garantiza la ganancia de los grandes poderes (los cuales, a su vez, no son ya personales, sino estructuras de intereses organizados) por encima de los proyectos políticos públicos incompatibles con ella.

Por ello cabe calificar este discurso, legitimador del soberano difuso, de iusnaturalista. Es el mismo discurso que dirigieron los embajadores atenienses a los melios, los habitantes de una pequeña isla que habían tenido la desventurada idea de alinearse con los enemigos de Atenas: «En adelante —establecieron los embajadores atenienses— las relaciones entre nosotros no se regirán por la convención, que es ley entre iguales, sino por la Ley de la Naturaleza». Y al preguntarles los isleños a los embajadores cuál es esa Ley de la Naturaleza, respondieron: «Lo sabéis muy bien: es Ley de la Naturaleza que el cordero sea devorado por el lobo»[46].

La ley del más fuerte no admite réplica. No admite, en otras palabras, que aparezca *la duda acerca de la ley*.

Sin embargo esa duda ha sido, en la Atenas del siglo V a.C. y en la Europa moderna, la característica de las únicas culturas de la historia capaces de poner como fundamento suyo la autonomía de los seres humanos y de la comunidad misma.

46. El episodio está en Tucídides, *Historia de la Guerra del Peloponeso*, Libro V, 84-113.

Capítulo VIII

EL DERECHO EN EL CAMPO DE PODER GLOBALIZADO

SUMARIO: 8.1. Las nuevas fuentes del derecho. 8.2. La desregulación jurídica del estado abierto. 8.2.1. Excepciones intervencionistas y otros aspectos. 8.3. El derecho del soberano supraestatal. 8.3.1. El derecho de las instituciones internacionales. 8.3.2 *Lex mercatoria* y mediación privada. 8.3.3. Poder militar y crisis del derecho internacional público. 8.4. Crisis de otros aspectos del derecho. 8.4.1. Crisis del derecho penal. 8.4.2. El derecho privado entre crisis y cambio. 8.4.3. El derecho laboral. 8.4.4. Otros aspectos jurídicos de la *gran transformación*. 8.4.4.1. Derecho constitucional. 8.4.4.2. Derecho y ecología. 8.4.4.3. El derecho referido a las nuevas tecnologías. 8.5. Fuentes jurídicas alternativas. 8.6. Los juristas en la barbarie. 8.7. Un mundo de injusticias. 8.7.1. Globalización y democratización. 8.7.2. La injusticia.

8.1. LAS NUEVAS FUENTES DEL DERECHO

Si el poder de la modernidad ha cambiado y se ha vuelto plural con la *gran transformación*, eso no ha dejado de tener consecuencias de gran calado en el mundo del derecho.

El derecho que se conocía hasta ahora estaba basado en el estado, en la institución organizativa pública más visible, y ésta, a su vez, en la territorialidad. Las fuentes del derecho eran las definidas por el estado-'nación', y su sistema de jueces, jurisdicciones y competencias, para el cual es básica la territorialidad, era su garantía principal. La forma habitual de creación del derecho era la imperativa, y a la con-

travención le correspondía, en último término, una actuación coercitiva del estado.

Todo esto cambia en el mundo de la globalización, cuando las relaciones sociales reales interactúan mundialmente y entran en crisis numerosos aspectos del derecho.

Además hay problemas ecológicos. Para hacerles frente no bastan las normas jurídicas de alcance local.

Cambia, pues, en primer lugar, el sistema de *fuentes reales de la juridicidad*. Sigue visible, en primer lugar *a*), la fuente estatal, esto es, el sistema de fuentes tradicional estatalmente definido[1]. A este derecho se le debe añadir hoy *b*) el derecho supraestatal de la Unión Europea para sus estados miembros, que, con algunas variantes —no es la menor la discutible naturaleza democrática de su poder legislativo— es derecho que acaba afectando al derecho estatal. En tercer lugar hay que contar con *c*) las fuentes normativas multilaterales del soberano supraestatal en su vertiente de instituciones públicas internacionales (el derecho impuesto por el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y otras organizaciones internacionales). Además existe *d*) el derecho (y el paraderecho informal) convencional de la *nueva lex mercatoria*, establecida privadamente por los grandes agentes económicos. A eso se le debe añadir *e*) el derecho que impone *manu militari* la potencia armada que sostiene las políticas neoliberales globalizadas. E incluso cabe añadir *f*) un hipotético —teorizado por algunos autores— derecho informal alternativo, establecido por grupos o comunidades *resistentes*, que hace frente al *derecho* de las instituciones más poderosas; se le podría llamar *el derecho alternativo*.

Esta mutación de las *fuentes* reales del derecho difícilmente puede ser reconocida desde el interior de las concepciones formales, internalistas, del derecho, que son las más corrientes en los centros de enseñanza y en amplios sectores del pensamiento jurídico. No obstante, sin aceptar tal mutación es imposible enfrentarse a la crisis que vive contemporáneamente el campo jurídico.

Naturalmente, es difícil que, con los cambios reales, puedan sobrevivir sin grandes esfuerzos de adaptación algunas de las orientaciones jurídicas que, como la kelseniana, más habían hecho por ordenar y simplificar los conceptos usados por los juristas y al mismo tiempo, también, más por someter a *limitaciones jurídicas* al poder[2]. El *monismo* conceptual kelseniano poco puede hacer para modelizar un

1. En España y otros países, en el Código Civil correspondiente.

2. De ello dan prueba algunas monografías recientes sobre el control del poder que no se han enterado, al parecer, de los cambios de época.

derecho efectivamente *pluralizado*, con acusado debilitamiento de su sistema de garantías.

Y, por otra parte, las dos *grandes esferas* teorizadas para encajar en ellas todas las relaciones sociales y jurídicas, la *esfera pública* y la *esfera privada*, se interpenetran o desdibujan, de modo que también es preciso abandonar —o al menos poner en tela de juicio— este concepto fundamental del relato político-jurídico moderno.

No es fácil observar con orden el conjunto de las novedades jurídicas materializadas. Y toda conceptualización puede tener un acusado elemento de provisionalidad. Porque el neoliberalismo globalizado sólo ahora empieza a enfrentarse a las crisis, a los *icebergs* que hasta el momento no había tomado en consideración.

8.2. LA DESREGULACIÓN JURÍDICA DEL ESTADO ABIERTO

El derecho del estado abierto pierde ante todo su carácter excluyente[3], esto es, se ve obligado a convivir ante todo con las disposiciones del soberano difuso. Y uno de los primeros imperativos de este último dirigido a los estados abiertos como tales es la imposición de las políticas jurídicas de *desregulación*.

«Desregulación» no significa *ausencia de normas*. Todo lo contrario. Las normas subsisten, y para la mayoría de las poblaciones resultan mucho más gravosas que en la etapa anterior.

Pues en el plano del derecho de los estados abiertos (o de las asociaciones regionales de estados abiertos como la Unión Europea) la desregulación tiene el significado general de un desplazamiento de la capacidad de normar de la esfera pública a la esfera privada. El derecho se *desformaliza* al ser atribuida parte de la regulación a entidades privadas. Con la previsible consecuencia de traslado del peso de las obligaciones hacia los sujetos más débiles (cargando finalmente con ese peso quienes no están en condiciones de transferirlo a otros), y de liberación de cargas o deberes al empresariado y más en general a los capitales.

Por su parte el derecho estatal *pierde imperatividad*: funciona en algunos ámbitos, cada vez más, con la técnica del *compromiso condicionado*, es decir, obligándose la autoridad a hacer o no hacer algo a condición de que el destinatario de la norma haga o no haga algo. Ve-

3. «El ordenamiento jurídico estatal tiende a perder su carácter central y sobre todo su exclusividad», escribe Eduardo Campos de O. Faría, en *Dereito e conjuntura*, Saraiva, São Paulo, 2008.

remos que este tipo de técnica o juego jurídico es también usada por el derecho de uno de los componentes del soberano supraestatal: las instituciones económicas internacionales[4].

Se debe entender que hoy la función esencial del derecho del estado abierto es ante todo garantizar la apropiación privada de la innovación social y la socialización de las cargas privadas.

El derecho se ocupa pues de *desregular*, es decir, de eliminar o derogar regulaciones públicas, o de transferir la regulación a la esfera privada o a agencias supuestamente independientes. Se ocupa de eliminar deberes impuestos a los sujetos empresariales en la actividad económica, y de atribuir *cargas* a otros sujetos, vistos como trabajadores, como ciudadanos o como consumidores. Las personas, como trabajadores, pierden derechos sociales o los ven disminuidos; como ciudadanos, se reduce el alcance de sus libertades y garantías y el peso efectivo de su voto; como consumidores, las personas son vistas por el derecho como contribuyentes, como objetos potenciales de exacción fiscal.

Secundariamente corresponden al derecho del estado abierto, desde un punto de vista material, las cuestiones que no resultan afectadas por los fenómenos de la mundialización y las implicadas por el incremento selectivo de coerción que impone la globalización neoliberal.

El derecho económico de los estados abiertos, aun siendo muy extenso, pasa a una posición de segundo orden: una parte del nuevo derecho económico y tecnológico es impuesto por el soberano difuso en forma de nueva legalidad supraestatal, cuyas formas serán examinadas más adelante. El derecho estatal recibe esa *legalidad supraestatal* y la instrumenta localmente mediante normas propias cuando es necesario.

Por otra parte los estados abiertos o porosos han aceptado entregar parte de su poder normativo en materia económica a unas «instituciones públicas independientes», esto es, a entes presentados como «técnicos»[5] o neutrales, pero en realidad muy sensibles a los requerimientos del sistema financiero. Se trata de instituciones cuya actuación ha sido colocada fuera del alcance de las soberanías populares incluso formalmente.

La desregulación, por otra parte, tiene el significado general de una mengua del ámbito de lo público. No sólo decrece la consciencia

4. *Vid.* mi trabajo *Elementos de análisis jurídico*, Trotta, Madrid, ⁴2006, pp. 120-122, para la técnica del compromiso público condicionado.

5. En realidad lo que hacen los estados al crear este tipo de instituciones es garantizar de algún modo la independencia de la actuación de éstas respecto de las políticas gubernamentales. Ejemplos de «instituciones independientes» pueden ser el Banco de España o el Banco Central Europeo.

cultural relativa a los intereses generales o públicos: decrece también el ámbito jurídico público mismo. Ello no siempre se materializa a través de una privatización formal del *espacio público* o de los bienes de titularidad pública, sino que a menudo opera implícitamente, por medio de la atribución a sujetos privados de la capacidad de decisión determinante para la configuración del ámbito público.

La desregulación o eliminación de obligaciones estatalmente impuestas a los sujetos sociales fuertes deja espacio para nuevas normativas o regulaciones; pero, en la lógica de la desregulación, en realidad, las nuevas normativas jurídicas públicas han de ser el resultado de una *negociación entre partes*. Ello da impulso a la privatización de las fuentes materiales del derecho no sólo privado[6] sino también público[7]. La desregulación conduce a una definición *contractual* de lo público. Los principales ámbitos públicos han de ser acordados, en su extensión y en su configuración, mediante negociaciones entre los representantes públicos del estado y agentes del soberano privado supraestatal.

La *mezcla* de lo privado y lo público en los espacios antes públicos es un rasgo propio del derecho contemporáneo. La colonización y parasitación de lo público por sujetos particulares, así como la cesión de capacidad de decisión de la esfera pública a la esfera privada, son características de la legalidad adoptada por la nueva política económica, en condiciones de debilidad de determinados sujetos sociales (como queda dicho, las personas en su calidad de ciudadanos, de trabajadores o de consumidores).

> Esta mezcla de lo privado y lo público se manifiesta ya prácticamente en todos los ámbitos administrativos, de los estatales a los locales. Si en etapas anteriores las instituciones públicas organizaban y en muchos casos tomaban directamente a su cargo la prestación de servicios públicos, ahora contratan esa prestación con empresas privadas constituidas casi siempre en parte con dinero público, pero que se convierten también en una fuente de lucro privado. Los servicios públicos de salud o de enseñanza se atribuyen ahora a gestores privados o se conciertan con ellos y pasan a ser, total o parcialmente, actividades lucrativas legitimadas ante la opinión pública con el argumento —casi siempre directamente contrafáctico— de que se logra así menor coste y mejor servicio al público.

6. *Vid.* J. E. Faría, *El derecho en la economía globalizada*, Trotta, Madrid, 2001.

7. *Vid.* J. Robelin, «Formalité juridique et rapports sociaux»: *Actuel Marx*, 21 (1997), pp. 53 ss.

También se contratan determinadas prestaciones de servicios públicos, como algunos de policía y de inspección (por ejemplo, en aeropuertos, en seguridad de vehículos) a empresas privadas cuya finalidad, por encima del interés público, es su lucro particular. Otras actividades públicas quedan prácticamente en abandono, como el *control* de la prestación de servicios públicos esenciales (electricidad, agua) o la seguridad laboral, al desaparecer o ser descaradamente mínimos o simbólicos los servicios de inspección pública correspondientes.

Una cuestión que para el pensamiento jurídico-político clásico era estrictamente privada, la cuestión del género —y los problemas, de género—, se convierte hoy en un elemento central de las políticas públicas y de la esfera pública. Las políticas públicas de *discriminación positiva* introducen en la teoría de la ciudadanía una singular distorsión[8].

8.2.1. *Excepciones intervencionistas y otros aspectos*

El neoliberalismo no llega al extremo de considerar realmente al mercado como el único regulador social. Por el contrario, en ciertas zonas de las relaciones mercantiles es abiertamente intervencionista.

Así, parte del derecho estatal tiene por objeto, como en la etapa anterior, cierto control básico de la producción: ahí están, por ejemplo, las normas regionales de la Unión Europea que determinan los cultivos admisibles, las cuotas de captura pesqueras, la capacidad de la producción láctea, etc., y los precios de intervención o las modalidades de subvención a determinadas producciones o también a reducciones en la producción.

> El estado es un importante factor de privatización de la enseñanza en España al subvencionar el sistema lucrativo de enseñanza mediante la concertación del pago parcial de los salarios del profesorado, o, dicho de otro modo, al hacer viable ese mercado educativo.

Como se verá más adelante, ciertos campos, como el del derecho penal y el derecho laboral, en los que se da una fortísima intervención estatal, merecen ser examinados específicamente.

8. Las clases trabajadoras, bastante curiosamente, nunca fueron objeto de discriminación positiva: nunca hubo una discriminación que garantizara a miembros de las clases trabajadoras una cuota de participación en los gobiernos o en los consejos de administración de las empresas. Tampoco la hay hoy para otras categorías sociales manifiestamente discriminadas, como homosexuales, inmigrantes y gitanos. Ese tema de las discriminaciones positivas indica que el pensamiento políticamente correcto en ocasiones debe ir al oftalmólogo.

Las tendencias a la barbarización jurídica del presente hacen que del derecho legal y sistemático —el viejo derecho de los códigos, ya atenuado y desbordado en la etapa intervencionista, como se ha visto, aunque sin dejar de ser público— se pase ahora, en general, a un derecho *procedimental*, normalmente *contractual* y sólo excepcionalmente y en el mejor de los casos jurisprudencial. Se procede a sustituir la regulación material de la vida social por *procedimientos* a seguir para la regulación material de esa misma vida social; los campos antes regimentados por las normativas estatales o en general públicas se abren así a reglamentaciones pactadas entre sujetos privados o entidades corporativas, más o menos al margen de las instituciones públicas propiamente dichas.

El derecho estatal que regulaba tradicionalmente el *marco* de las actividades privadas, que establecía el *orden público* de la esfera privada, sufre, además del impulso desregulador, el impacto de dos fenómenos ligados a la *gran transformación*. Estos fenómenos son la *instantaneidad* de ciertos intercambios y la generalización de lo que se ha llamado *ingeniería financiera*. Los dos tienden a convertir el orden jurídico público estatal, hasta ahora determinante, en un mero condicionante, soslayable para algunos sujetos en circunstancias determinadas. El orden público económico de la esfera privada, pues, queda en parte sustraído al derecho estatal.

La globalización de los intercambios ha impuesto la realización de algunas actividades económicas mundiales *en tiempo real*. Así, las actividades financieras: las principales bolsas de valores del mundo se hallan intercomunicadas electrónicamente entre sí y con los operadores bursátiles, de modo que los desplazamientos de capital operan mundialmente en tiempo real (sin dilaciones operativas) y efectivamente. Los instrumentos estatales de mediación, y fundamentalmente la jurisdicción, que exigen *tiempo y formas* —condición de las garantías— para conocer y decidir, resultan inoperantes y obsoletos para los grandes agentes económicos actuales, los cuales recurren a instancias de mediación privadas, y desaparecen las garantías de los sujetos económicos menores (ahorradores, pequeños inversionistas)[9].

Una parte de este contradictorio derecho contemporáneo se ha vuelto muy *ruidosa*, produce constantemente ruido que amplifican los

9. La inseguridad jurídica que se crea ahora es grande: basta pensar en el hipermaquillaje de las cuentas de la multinacional norteamericana Enron Corporation, auditadas por la principal empresa mundial de certificación, Arthur Andersen. Entre las dos ocasionaron una crisis de cierta magnitud en la economía norteamericana. A. Andersen fue condenada por obstrucción a la justicia.

medios de masas. Así, el derecho penal, las actuaciones de los jueces y ciertos hechos jurídicos relacionados directa o indirectamente con cuestiones de sexo y género, altamente rentables para la industria publicitaria, hacen ruido constantemente y atraen la atención de lo que tal vez se pueda llamar aún *la opinión pública*. Pero otra parte del derecho contemporáneo se ha vuelto extraordinariamente *silenciosa*, sigilosa, hasta el punto de que puede llegar a ser difícil de observar: se trata de los ajustes y compromisos entre el empresariado y el estado, entre el estado y el soberano supraestatal, y, sobre todo, la nueva *lex mercatoria*, que se crea y se obedece sin ruido alguno. Como si no quisiera despertar a nadie.

8.3. EL DERECHO DEL SOBERANO SUPRAESTATAL

Los distintos polos del soberano difuso producen *derecho*. Conviene examinar diferenciadamente algunos de los productos jurídicos del soberano supraestatal.

8.3.1. *El derecho de las instituciones internacionales*

Organizaciones internacionales como el Banco Mundial (BM) y el Fondo Monetario Internacional (FMI) producen derecho. También lo hacen con menos publicidad el Grupo de los siete países más industrializados y la Organización Mundial del Comercio. Producen normas jurídicas *de motu propio* o cada vez que los estados necesitan de su actuación. Ésta consiste, en el caso del BM, el mejor conocido ya que su actividad es pública[10], en la concesión de préstamos, ya sea para proyectos de desarrollo determinados o simplemente para que los estados puedan atender a su deuda externa. En general los préstamos van asociados a programas de reforma económica. Y la condición para la concesión de esos préstamos es la adopción de determinadas normas jurídicas. El BM y otras instituciones condicionan sus servicios al compromiso de los estados a dictar determinadas normas jurídicas.

El lenguaje empleado por las instituciones supraestatales para exigir cambios normativos puede inducir a error respecto de sus finalidades. Solicitan, por ejemplo, que los estados adopten determinadas legislaciones fiscales, destinadas a asegurar la recaudación pública:

10. En general soy deudor del estudio de Germán Palacios, «El Banco Mundial como agente de la globalización jurídico-política», 2008, inédito al escribir estas líneas, para todo lo referente al BM. Pero mis simplificaciones no se le pueden atribuir al autor de este excelente trabajo.

en realidad buscan gobiernos lo bastante fuertes para proteger los derechos de propiedad, pero también para recaudar o confiscar. O imponen la creación de cuerpos de magistrados profesionalizados si no los hay, en realidad para asegurar su disposición a aceptar decisiones judiciales extraterritoriales a los estados mismos. Se les exige a los estados que garanticen la separación de poderes, para evitar el incumplimiento de los compromisos de los gobiernos con el Banco Mundial, o que implanten lo que éste llama *rule of law* —que poco tiene que ver con lo que habitualmente se llama *estado de derecho*, pues los derechos políticos y el imperio de la ley le traen al fresco al BM, que busca, más bien, garantías de que la propiedad no sea objeto de interferencias por parte de los estados, también garantías contra la corrupción, y que los gobiernos aseguren, en una palabra, la devolución de los préstamos[11].

Las obligaciones impuestas por el BM no son inocentes. El BM indujo a varios países asiáticos a crear «instituciones independientes»[12] de los gobiernos locales, y, naturalmente, siempre condicionó sus préstamos a políticas de ajuste estructural de las economías de los estados-'nación'. Que obviamente pagan los estratos débiles de las poblaciones en forma de carestía e inflación, o, en el caso de mala administración o de exigencias supraestatales excesivas, toda la población. La de la República Argentina debe ser una experta en supervivencia a la superinflación generada en relación con las políticas del Banco Mundial.

Los ámbitos en que se puede hallar directivas dadas a los gobiernos por parte del Banco Mundial son: eliminación de obstáculos a la movilidad del capital; reforma de la legislación laboral (contra *operaio*); modernización de la legislación sobre quiebras; protección de los derechos de propiedad, con particular atención a la propiedad intelectual[13]; formulación de leyes sobre impuestos y mercados financieros; medidas para reducir las prácticas monopolistas —o sea, apertura de mercados con operador dominante.

Esto no agota sus ámbitos de intervención: las definiciones políticas del Banco Mundial relativas a la enseñanza, que concibe no ya como un servicio público —es decir, como satisfacción de un derecho

11. Son muchos las países que han recibido préstamos del Banco Mundial, empezando por Zambia, Kenia y Tanzania.

12. *Vid.* supra, 8.2; una institución «independiente» es la Corporación Nacional de Energía Técnica de la India. También obedece al BM la creación de la Junta de Inversiones del Departamento de Desarrollo Económico y social de Tailandia.

13. La Organización Mundial del Comercio (OMC) es particularmente sensible a la propiedad intelectual. *Vid.* J. A. Estévez Araújo, *El revés del derecho*, Universidad Externado de Colombia, 2006, especialmente pp. 139-145.

de los ciudadanos— sino como un mercado de servicios educativos, que es algo completamente distinto, han inducido a los gobiernos de la Unión Europea a convertir las instituciones de enseñanza superior y de investigación en productoras de servicios que suministren a las empresas por una parte mano de obra experta, cualificada en cambiantes especializaciones a veces obsoletas al llegar al mercado laboral, y, por otra parte, investigación y legitimación-publicitación[14], financiada públicamente pero titularizada privadamente.

La mejor conclusión teorética que se puede extraer de todo eso es que los mercados no pueden funcionar al margen de las regulaciones jurídicas. Lo que supone un mentís no sólo a las pretensiones de autonomía de los mercados sino también a la pretendida neutralidad o apoliticismo del derecho y al desprecio hacia esta institución social de algunos investigadores sociales pseudomarxistas.

8.3.2. Lex mercatoria *y mediación privada*

La expresión *lex mercatoria* se vuelve a usar contemporáneamente para designar un conjunto de prácticas jurídicas de los grandes agentes económicos. La expresión procede de los antiguos usos comerciales de la Baja Edad Media. Pero en la doctrina jurídica contemporánea el empleo de esta denominación es ambiguo. Para evitar equívocos merece la pena estipular aquí un uso convencional.

Se entenderá por *lex mercatoria* el conjunto de normas acordadas por los grandes agentes económicos, con independencia de los poderes públicos, para regular sus relaciones recíprocas, para reglar sus relaciones con los estados abiertos y para determinar las políticas de éstos.

La *lex mercatoria*, en este sentido, es derecho creado directamente por el polo exclusivamente privado del soberano supraestatal.

La *lex mercatoria* contemporánea se elabora en grandes gabinetes jurídicos[15] al servicio de las empresas multinacionales. Incluye una tupida red de reglas encaminadas a evitar enfrentamientos graves entre estas últimas.

Las normas de la nueva *lex mercatoria* se establecen por procedimientos informales, puntuales, pero susceptibles de descripción genérica.

Hay foros donde se debaten las cuestiones que afectan en general o sectorialmente a los principales agentes económicos y conglomerados de intereses financieros. Las más generales —por ejemplo, las políticas económicas y monetarias que deben ser impuestas a los estados abiertos, las políticas laborales, las grandes opciones de política fiscal o de desarrollo regional— son aceptadas y consensuadas por las entidades significativas del polo privado del soberano supraestatal, y encaminadas luego hacia las instituciones económicas internacionales: el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, el G7, la OMC, donde esos agentes económicos dejan sentir poderosamente su influencia.

14. Sobre todo en campos donde la bioética se relaciona con la industria farmacéutica.

15. *Vid. infra*, 8.4.4.3.

En algunos casos los poderes políticos más importantes —la presidencia de los Estados Unidos, los gobiernos del Japón o de Alemania, o autoridades de la Unión Europea— respaldan la adopción de políticas generales determinadas, esto es, apoyan las directrices de *lex mercatoria* del soberano supraestatal difuso. En ocasiones los estados que se apartan de tales políticas son sancionados con el ostracismo económico y con la denegación de préstamos.

Otras cuestiones se debaten, negocian y deciden de distinta manera. Hay, desde luego, conferencias mundiales que afectan a cuestiones particulares, relacionadas con las tecnologías, por ejemplo. Así, la problemática tecnológica de las comunicaciones es objeto de análisis y debate en foros internacionales públicos. En ellos, y en publicaciones especializadas, es posible seguir el estado de las cuestiones tecnológicas abiertas. Pero los pactos concretos sobre cuestiones particulares, como los acuerdos de distribución de mercados, las normas de implantación de productos o los pactos sobre compatibilidades tecnológicas, son elaborados por gabinetes que son auténticas multinacionales del derecho, donde se atiende a las exigencias de los distintos grupos de poder y se establecen las líneas generales de acuerdo que componen la microfísica de la *lex mercatoria* universal.

En la *lex mercatoria*, como señaló oportunamente Dezalay, «mientras se está al margen de la justicia oficial todo es negociable»[16].

En lo que se refiere a las instancias de mediación privadas, a menudo se supone que realizan operaciones de enjuiciamiento y decisión igual que las instancias públicas, neutras, de los estados, pero más eficaz y rápidamente. Si así fuera, nada habría que oponer. Pero esta imagen es con toda seguridad demasiado ingenua, y no toma en consideración la función de garantía que tienen, justamente, las instituciones públicas.

Pues las nuevas instancias privadas de mediación no están concebidas, como las públicas, para conocer y decidir según el derecho

16. Y. Dezalay, *Marchands de droit. La restructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du droit*, Fayard, Paris, 1992, p. 214.

públicamente establecido, sino para evitar pérdidas a las partes intervinientes. Aunque ocasionalmente conocen y deciden sólo entre las partes en conflicto, más frecuentemente su función consiste en arbitrar mecanismos que trasladen los costes en litigio a sujetos débiles no presentes en la supuesta *mediación*.

El *derecho de la ingeniería financiera*, el aspecto menos invisible de la *lex mercatoria*, se construye mediante una mezcla de saberes de derecho internacional privado y derecho comparado en materia fiscal, derecho privado, procesal y secundariamente derecho penal y administrativo.

Mediante redes de sociedades, cada una de las cuales tiene actividades nominales en diferentes estados, es posible eludir los principales condicionantes de cualquier orden público económico y fiscal, laboral, ecológico y otros, con la autoproducción de auténticas patentes de corso económicas ingeniadas jurídicamente.

> Son muy corrientes las estructuras jurídicas destinadas a eludir las tasas fiscales: ciertos «paraísos fiscales» con soberanía jurídico-formal, como las Islas Caimán o Gibraltar, prestan una nacionalidad de conveniencia a personas jurídicas en número varias veces superior al de sus propios habitantes. La defraudación fiscal no es el único objetivo de la ingeniería financiera: esos entramados jurídicos también han sido usados para descapitalizar sociedades que cotizan en Bolsa, esto es, para defraudar a inversores anónimos desprevenidos, tratando de eludir no ya sólo el derecho fiscal del territorio estatal donde se produce realmente el fraude sino también el derecho penal correspondiente. La extensión de la corrupción, por otra parte, en la época de la globalización, es manifiesta, y posiblemente una necesidad del sistema mismo.

En sí misma, la ingeniería financiera es una *necesidad* de la actividad económica transnacional, en la que cada operador trata concurrencialmente de eludir sus deberes deslocalizándolos: para las grandes empresas los costes fiscales y transaccionales en relación con las administraciones de los estados en que se desarrollan las actividades productivas han de ser calculados, contabilizados y minimizados, como un coste de producción más.

Al menos en los ámbitos relacionados con la producción aparecen pues tendencias objetivas contrarias a la juridicidad pública que venía existiendo desde los orígenes del modo de producción capitalista[17].

17. J. E. Faría, *El derecho en la economía globalizada*, cit., llega a hablar en el contexto de la interpenetración de las esferas pública y privada de «neofeudalismo jurídico», referido a la fragmentación del principio de legalidad, atendiendo sobre todo a fenómenos como la desregulación, las exenciones fiscales a título de incentivo a los inversores, las delegaciones competenciales y procedimentales a la esfera privada, etc.

Los grandes agentes económicos y conglomerados de intereses optan por la deslocalización normativa en lo que les concierne a sí mismos. Y, también *privadamente*, construyen la normativa que rige sus relaciones.

Una particularidad notable de este nuevo «derecho metaestatal» que es la *lex mercatoria* consiste justamente en ser un *derecho extrajurisdiccional*.

Los derechos estatales se caracterizan por contar con instituciones jurisdiccionales ante las cuales dirimir los conflictos. La jurisdicción se supraordena, por decirlo así, a las partes. La propia existencia de instancias de tipo no ya jurisdiccional sino arbitral se basa en la posibilidad de recurrir a una instancia «superior» capaz de enjuiciar la corrección de la actuación de las instancias arbitrales. Se puede decir que hasta ahora todo el derecho estatal se ha basado en la idea de jurisdicción, hasta el punto de que a un sector importante del pensamiento jurídico la falta de jurisdicción le parece significativa de ausencia de derecho propiamente dicho.

Una excepción, sin embargo, ayuda a entender la *lex mercatoria* del soberano privado supraestatal. En el ámbito del derecho internacional en sentido estricto, tradicional, el principio jurisdiccional se ha dado sólo muy imperfectamente por tratarse, justamente, de un *derecho entre soberanos*. Recuérdese que los distintos poderes soberanos se relacionan o bien mediante acuerdos no enjuiciables por un poder superior o bien por medio de la fuerza. La ausencia de jurisdicción obligatoria en el derecho internacional histórico llevaba a dirimir los conflictos interestatales mediante la negociación o la guerra.

Con la *lex mercatoria* ocurre algo parecido *en lo que respecta a los sujetos empresariales transnacionales*. Éstos carecen de medios propios para hacerse la guerra en sentido estricto. Para ellos la *lex mercatoria* compone un *derecho extrajurisdiccional de negociación continuada o permanente*. Se opera del modo siguiente: la violación de una norma pactada no da lugar a procedimientos sancionadores sistemáticos contra la parte infractora, sino que se resuelve mediante negociaciones que redundan en el establecimiento de nuevos pactos, esto es, en la renovación de la normativa. La *lex mercatoria* es un derecho cambiante, efímero, permanentemente renovado: un *juego jurídico* innovador, que se apoya en las lógicas contrapuestas de la expansión económica y del control de la innovación a que están sometidos los principales jugadores. Sitúa *la negociación* en un plano central del análisis jurídico-doctrinal.

A veces la *lex mercatoria* deja incluso de ser *lex*, y se transforma en un conjunto de relaciones de confianza entre sujetos privados y funcionarios públicos, como ocurre con el llamado *guanxi* en China, donde estas redes de confianza son aceptadas por el estado como medio para aceptar y controlar inversiones extranjeras sin recurrir a normas jurídicas.

El contenido de la *lex mercatoria* no está determinado de antemano. Pero sus principales materias son:

a) Acuerdos sobre políticas públicas

Este tipo de acuerdos son los que revisten mayor importancia respecto de la minoración de la soberanía de los estados abiertos. Se trata de acuerdos por los cuales se diseñan ante todo los marcos mundiales y regionales de política económica adecuados para la expansión de las empresas transnacionales.

También se forman en esta zona de la *lex mercatoria* las decisiones acerca de las dimensiones del ámbito de actuación de los poderes estatales abiertos. En cualquier caso, las principales decisiones en materia de política económica, laboral, militar, ecológica y de educación del soberano difuso deben ser incluidas aquí.

b) Acuerdos de «normalización» técnica

La cuestión de la normalización o uniformación de patrones, que originalmente fue tomada a su cargo por los estados modernos —el sistema métrico decimal, por ejemplo, el más importante ejemplo de normalización, es producto de la modernización originada por la Revolución francesa—, es asumida ahora por entes privados de acuerdo con la lógica de la política económica dominante. Ello, sobre todo, por el nuevo papel económico que desempeña la innovación tecnológica.

Pues las fronteras más relevantes del mundo contemporáneo no son ya —salvo en lo que respecta a las migraciones de trabajadores— las de naturaleza política, sino sobre todo las tecnológicas.

En las industrias tradicionales la normalización no tiene gran importancia: así, por ejemplo, las normas DIN relativas al formato del papel de escribir son patrones impuestos por la industria alemana que en Europa han arrinconado a otros patrones preexistentes (como las equilibradas *cuartillas holandesas*, hoy inencontrables); esas normas son útiles para el uso de cierta maquinaria o tecnología de artes grá-

ficas, pero carecen de importancia general y coexisten en el mundo con otros patrones.

En cambio la normalización relativa a la industria informática, a la nueva industria biogenética, a ciertos instrumentos o señaladamente a las telecomunicaciones crea *fronteras*, *dependencias* y *enfeudamientos*, o bien *autopistas* tecnológicas, según convenga, de la mayor importancia económica global. Una parte de la nueva *lex mercatoria* se refiere a acuerdos para establecer compatibilidades tecnológicas durante períodos prolongados, en el discutible sentido que pueda tener hoy esta expresión.

La normativa sobre tecnología que asume la forma de acuerdos privados de *lex mercatoria* se traslada luego a los poderes públicos para imponerla también a sujetos que no han participado en su elaboración, los cuales, obviamente, pueden tener intereses divergentes de quienes sí han participado.

c) Acuerdos de producción

La *innovación* tecnológica constante es una amenaza para la normalización. En el campo de la industria audiovisual la innovación es tal que los oligopolios operantes en esta rama industrial establecen acuerdos para producir y comercializar las nuevas invenciones escalonadamente, por pasos. Así pueden rentabilizar mercancías que incorporan avances intermedios, incluso obsoletos antes de ser producidos y comercializados, pero susceptibles de ser rentabilizados, estableciendo plazos temporales para introducir la innovación en los mercados de bienes y servicios.

Cada innovación, por otra parte, supone una amenaza para los distintos conglomerados productivos, que pueden perder su posición estratégica si adoptan decisiones erróneas; la previsión del largo plazo se convierte en una necesidad: decisiones muy rentables a corto plazo pueden resultar catastróficas en el plazo largo.

La necesidad de acuerdos productivos y asociaciones que tengan en cuenta la innovación es fundamental en esta fase de acelerado cambio tecnológico, pues un solo error grave en este campo puede resultarles fatal a las grandes multinacionales.

> Es conocido el error estratégico cometido por IBM, titular de las principales patentes de ordenador, que durante años pudo producir este tipo de artefactos prácticamente en condiciones de monopolio. Pero el león IBM había concebido los ordenadores como máquinas cuyo manejo debía correr a cargo de personal técnicamente adiestra-

do (también la industria automovilística concibió en sus orígenes los coches como destinados a ser manejados por mecánicos especializados). Unos jóvenes inventores, sin embargo, produjeron un ordenador que podía manejar cualquiera, incluidos los niños. Nació así la empresa Apple-Macintosh, que penetró imparablemente en el mercado de los ordenadores personales. IBM, para no ser expulsada de ese mercado, hubo de permitir a numerosas empresas rivales la clonación de sus productos hasta entonces protegidos por patentes. Ordenadores con la estructuración de IBM se empezaron a producir a bajo precio y por distintas marcas en el sudeste asiático para oponer barreras múltiples a la expansión del competidor, con su producto conceptualmente más avanzado. Así y todo, IBM hubo de llegar a acuerdos con Apple, intercambiando propiedad por tecnología, en la década de 1990.

La empresa europea Philips también ha cometido errores estratégicos que la han relegado en el orden de picoteo en varias ramas de la microelectrónica contemporánea pese a disponer en su momento de importantísimas patentes tecnológicamente avanzadas.

Las normas de contingentación, planificación y obsolescencia establecidas en el plano de la *lex mercatoria* hacen ridículas las afirmaciones sobre la libertad de mercado, en el sentido de que estimula la concurrencia. La *lex mercatoria* sustituye tal concurrencia por acuerdos sobre la producción y su planeamiento.

d) Acuerdos de distribución de mercados

Se trata de normas que distribuyen entre las empresas segmentos de la capacidad de producción y consumo. Las transnacionales establecen sus respectivas zonas de influencia, sus principales bases regionales de asentamiento. Estas normas de *lex mercatoria* evitan esfuerzos inversores; cada uno de los pactantes puede perder una parte de su mercado potencial, pero obtiene en cambio seguridad de recuperarse con ganancia del esfuerzo productivo. Los acuerdos de distribución de mercados con frecuencia han de ser impuestos a los estados, y por tanto pasan a formar parte de otro aspecto material de la *lex mercatoria*: los acuerdos de política económica.

Los acuerdos de distribución de mercados son esencialmente perjudiciales para los países pobres. Se traducen también en normas de derecho público —por ejemplo, en los acuerdos del GATT—, normalmente desiguales para los países productores de materias primas y para aquéllos en los que los monocultivos agrícolas tienen gran peso.

Algunos de los pactos característicos de las nuevas prácticas de la globalización han empezado a conocerse como figuras jurídicas

específicas: ahí están las *joint ventures* (pactos para el establecimiento de una filial común de grupos económicos distintos), los contratos de *franquicia*, contrato parecido a una comisión, de *factoring* (una especie de cesión de créditos generalizada a un factor de cobro); también cabe citar el *performance bond* (garantías dadas por un concesionario a su principal); los contratos sobre *futuros*, ya mencionados, etc.

8.3.3. *Poder militar y crisis del derecho internacional público*

El polo militar del soberano supraestatal —vinculado a los Estados Unidos y a la Alianza Atlántica, lo que viene a ser decisionalmente casi lo mismo— tiene a su cargo el apoyo de las armas a las necesidades básicas del sistema económico neoliberal global. Y una de estas necesidades la constituye señaladamente el petróleo, la fuente de energía más versátil de que se dispone, que ha permitido dar a la civilización del norte industrializado su forma actual, y que al mismo tiempo es una energía crecientemente escasa y también crecientemente costosa. El poder militar trata de asegurar su suministro a Occidente, estableciendo bases militares por diversos medios en las zonas de los yacimientos actuales y futuros y en las rutas de transporte del petróleo y del gas hasta los países ricos; también se busca asegurar militarmente la prioridad de estos países en el suministro frente a cualquier otra potencia.

El resultado de estas acciones militares ha sido una crisis de primera magnitud en el campo del derecho internacional público[18], falsamente paliada con la creación de un Tribunal Penal Internacional.

El derecho internacional había salido muy reforzado de la segunda guerra mundial. Los crímenes de guerra de los derrotados fueron juzgados y condenados por tribunales internacionales (no así los de los vencedores, de modo que los bombardeos masivos sobre la población civil en Alemania y el Japón quedaron sin castigo). A la fundación de la Organización de las Naciones Unidas le siguió la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Todos estos pasos expresaban claramente la victoria sobre el nazismo y el expansionismo colonial nipón.

La Carta de las Naciones Unidas se basa en principios muy simples y razonables. Su artículo primero prohíbe las guerras de agre-

18. *Vid.* A. J. Rodríguez Carrión, «El nuevo derecho internacional: la cuestión de la autodeterminación y la cuestión de la injerencia», en J.-R. Capella (coord.), *Transformaciones del derecho en la mundialización*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999. El derecho internacional económico, en cambio, se ha fortalecido con la globalización.

sión; el cuarto, las amenazas de guerra. El artículo 7.º prescribe la no interferencia en los asuntos internos de los estados, y el artículo 51.º permite responder a una agresión. Este conjunto de normas hacía pensable que las guerras de agresión quedaban proscritas, y que los casos dudosos —como las guerras internas, por ejemplo, la que estallaría en Corea— serían resueltos por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, en el que las grandes potencias pueden ejercer un derecho de veto. Por otra parte la Declaración de los Derechos Humanos prohíbe los tratos crueles, inhumanos o degradantes a los seres humanos.

Curiosamente, este sistema no experimentó modificaciones substanciales durante la «guerra fría». Los Estados Unidos y la Unión Soviética libraron varios enfrentamientos indirectos, principalmente en Corea y Vietnam, en escenarios bélicos localizados, sin que llegaran a usar armas atómicas.

De modo que la guerra estaba prohibida, pero de todos modos había guerras, enfrentamientos armados. Surgió así el llamado «Derecho Internacional Humanitario», que afirmaba proteger a las poblaciones civiles, a los prisioneros, limitar los modos de hacer la guerra y evitar algunas de sus consecuencias[19].

Pero al lado de este «Derecho Internacional Humanitario» de eficacia limitada ha surgido algo completamente distinto: lo que se ha llamado *el derecho de intervención humanitaria*, el paso inmediatamente anterior a la *guerra preventiva*, que ha hecho entrar en crisis el derecho internacional.

El *derecho de intervención humanitaria* fue elaborado en relación con violaciones masivas de los derechos humanos y en el caso de hambrunas, que suelen acompañar a las guerras. La no ingerencia en los asuntos internos de los estados fue así objeto de una *excepción* por razones humanitarias. Pero no fue en principio un derecho a la intervención armada, sino a la asistencia externa a una población desasistida. Como es natural, las potencias recurrieron en seguida al uso de la fuerza militar para *garantizar* la asistencia externa, y se dio el primer paso sustantivo para tratar de presentar como legítima la *guerra humanitaria* basándose en la falta de protección de los derechos humanos por parte del estado *intervenido*.

19. El «derecho internacional humanitario» tiene sus principales fuentes en cuatro *Convenios de Ginebra* de 1949, con *Protocolos Adicionales* de 1977. Además son relevantes la Convención de 1972 para la protección contra armas bacteriológicas, y la *Convención de La Haya* de 1954 para proteger los bienes culturales en caso de conflicto armado.

Un paso significativo hacia la voladura del derecho internacional fue la primera guerra del Golfo (1990-1991) librada contra Iraq, que había pretendido anexionarse Kuwait. Es preciso decir que la creación de este último estado, en espacio que los iraquíes consideraban propio, había sido una decisión de la potencia colonial ocupante, la Gran Bretaña, tras venirse abajo el Imperio otomano que había colonizado anteriormente esos territorios. Sea como fuere, con discutible mandato de la ONU, una amplia coalición de países ejerció la fuerza contra Iraq logrando la rendición iraquí. Iraq fue condenado a embargos e indemnizaciones, y posteriormente sufrió reiterados ataques aéreos anglo-americanos, con pretextos diversos, pero totalmente al margen de la ley internacional.

Finalmente llegó la guerra de los Balcanes. Ésta había sido una zona conflictiva durante todo el siglo XX salvo durante el período de gobierno del mariscal Tito en Yugoslavia. A su muerte se produjo un conjunto de guerras civiles, ante la incapacidad para convivir de serbios, croatas, albaneses y bosnios, con ejecuciones sumarias, torturas y crímenes contra la humanidad, a lo que siguió la agresión contra Serbia por parte de la Otan, sin mandato político alguno por parte del Consejo de Seguridad de la ONU. Ésta fue una guerra que se intentó legitimar por razones humanitarias, pero esta vez falsas: se pretendió la existencia en Kosovo de un auténtico genocidio, que nunca existió[20], lo que permitió mantener bombardeos sobre las ciudades serbias durante varios meses[21].

Lo que caracteriza a esta crisis del Derecho Internacional es que la *guerra de agresión* se ha convertido en uso habitual de varios países, en contra de todo el derecho internacional acordado. La han practicado Gran Bretaña y Estados Unidos contra Iraq (en su segunda guerra, de ocupación del país petrolero); estos países trataron de legitimar la *guerra preventiva* argumentando falsamente ante las Naciones Unidas la existencia en Iraq de armas de destrucción masiva, de las que luego ni rastro se halló[22], y contra Afganistán. También Israel ha emprendido acciones de *guerra de agresión preventiva* contra el

20. En Kosovo había más de 1.400 observadores de la OSCE (un número que ningún otro estado ha aceptado), que hubieron de huir al iniciarse los bombardeos. Los falsos pretextos para intervenciones militares norteamericanas se reproducirían en la segunda guerra contra Iraq.

21. *Vid.* J. L. Gordillo, *Nostalgia de otro futuro*, Trotta, Madrid, 2008, para una revisión desde una perspectiva pacifista de las guerras de la postguerra fría.

22. Por supuesto, la posesión de armas de destrucción masiva (atómicas, químicas y biológicas) por parte de las grandes potencias nunca ha sido puesta en cuestión ante las Naciones Unidas.

Líbano y la población de Palestina, así como actos de guerra aislados contra Siria. Además de guerras propiamente dichas se dan acciones armadas puntuales (por ejemplo, bombardeos sobre Libia tratando de asesinar a su dirigente político), y otras transgresiones jurídicas que examinaremos después.

Tenemos, pues, guerras no declaradas como tales —que evitan a los gobiernos someterse a control parlamentario—, que sólo *ex post* aceptan la intervención de las Naciones Unidas, y que exceden de todo marco legal. La intervención en los asuntos internos de otros países por parte de las grandes potencias ha dejado de ser inhabitual (guerras de Estados Unidos contra Granada y contra Panamá, con bombardeos de las zonas pobres de la capital; ayuda a las agresiones contra Cuba). Numerosas han sido las intervenciones en África.

El otro punto de crisis son los derechos humanos mismos, que son una importante base del derecho internacional global.

Esa crisis tiene su origen también en las guerras de agresión *preventivas*. El gobierno de los Estados Unidos elaboró el concepto de *combatientes ilegales* para designar a sus adversarios en Afganistán que no tenían la nacionalidad del país invadido, negándoles la condición de prisioneros de guerra que les corresponde según la Convención de Ginebra; esos prisioneros fueron trasladados a una prisión militar en Guantánamo, base militar de los Estados Unidos en Cuba, para ser objeto de interrogatorios y juicios militares fuera del alcance legal de los jueces civiles norteamericanos, carentes de jurisdicción en la base militar extracontinental. Además, algunos de esos presos fueron torturados no ya en la propia base de Guantánamo sino enviados a países donde es habitual la práctica de la tortura en los interrogatorios. Hay suficientes testimonios sobre eso[23], así como de la complicidad de diversos gobiernos europeos al permitir escalas de aviones con presos en sus aeropuertos.

Por otra parte, en la guerra de Iraq, que persiste por medio de diversos grupos combatientes tras la rendición del ejército iraquí, el gobierno norteamericano califica de «terrorista» a todo combatiente[24], y por ello se permite torturarlos abiertamente tanto si se trata de

23. El lector puede recurrir, para informarse, al Consejo Internacional de Rehabilitación de Víctimas de Tortura, en Copenhague, a través de algún buscador de internet.

24. Según el criterio norteamericano, Albert Camus y toda la resistencia francesa, los partisanos italianos antifascistas y los escasos opositores activos a Hitler en Alemania podrían ser calificados de «terroristas».

combatientes como de altos funcionarios del régimen depuesto por las armas[25]. Las escandalosas fotografías de «la actuación espontánea» nocturna de soldados americanos en la prisión de Abu Ghraib pueden servir de muestra suficiente; se debe añadir que en las torturas «profesionales» participaron científicos y médicos norteamericanos. Esa prisión y Guantánamo han servido, al parecer, para experimentar diversas formas de tortura «cientifica»[26]. El presidente Bush ha admitido públicamente la práctica de ahogamientos simulados negando que ese tipo de acciones constituya la tortura prohibida por las Naciones Unidas.

8.4. CRISIS DE OTROS ASPECTOS DEL DERECHO

8.4.1. *Crisis del derecho penal*

El surgimiento del concepto de «derecho penal del enemigo» es probablemente uno de los síntomas más claros de la crisis del derecho penal en esta etapa de la globalización. Los crímenes contra la humanidad, las torturas y tratos crueles o degradantes de seres humanos han sido asumidos abiertamente por algunos gobernantes e instituciones[27].

> Es cierto que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, finalmente, parece poner freno a la pretensión de la presidencia Bush de saltarse las garantías tanto del derecho federal de los Estados Unidos como de los convenios de Ginebra, pero no es menos cierto que hace décadas el Tribunal Supremo de Israel autorizó la práctica de «interrogatorios reforzados» a presos políticos palestinos, lo que significaba avalar públicamente la práctica de la tortura, sin ninguna reacción sensible de la comunidad internacional.

25. Un sargento norteamericano fue condenado a tres años de cárcel por matar a un general del derrotado ejército iraquí al torturarlo. La pena parece corresponder, más que a un caso de torturas y asesinato, a la destrucción preterintencional de un depósito de información.

26. Para este tipo de miserias son recomendables los informes de Amnistía Internacional. Los técnicos del Instituto de Copenhague sobre la tortura son capaces de reconocer las *modas* de tortura, y también los distintos *centros* de tortura a través de sus prácticas. Desde 2006, D. Rumsfeld, secretario de Defensa norteamericano, y otros cargos, están procesados por el Tribunal Supremo de Karlsruhe como criminales de guerra.

27. *Vid.* L. Gracia Martín, «Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado 'derecho penal del enemigo'»: *Revista electrónica de derecho penal y criminologia*, <criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>, 07/02/2005.

Cierta doctrina jurídica iniciada por G. Jakobs en 1985, siguiendo sugerencias del jurista nazi Carl Schmitt, que contiene importantes derivaciones neo-autoritarias, ha logrado penetrar ampliamente en las concepciones penales de las autoridades pese a ser objeto de crítica por parte de la mayoría de los estudiosos del derecho penal: se trata de la llamada doctrina del *derecho penal del enemigo*. Jakobs propone aplicar diversamente la actividad punitiva del estado —en una época en que las «soluciones represivas» son las más socorridas para las instituciones— por una parte a «ciudadanos» (que pueden delinquir incidentalmente, pero reinsertables a las prácticas sociales normadas) y por otra parte a «enemigos». Jakobs entiende por «enemigos» a gentes que por su actitud, su actividad económica o su adscripción a una organización violan el derecho permanentemente y no de modo ocasional. Dicho a la pata la llana: terroristas y narcotraficantes. La consecuencia que sacan los penalistas de esta escuela es que a los «enemigos» no hay que concederles las garantías individuales del «estado de derecho».

Esta doctrina tiende a desmontar una de las bases del derecho penal teorizado por Beccaria, del siempre inacabado «estado de derecho», y también de la decencia. Su influencia en la política penal real consiste en privar de garantías a las personas calificadas policialmente —no judicialmente, claro es— de «terroristas» (o «narcotraficantes»), y, naturalmente, dejar manos libres a la policía.

Esta imprudencia se ha traducido ya en homicidios policiales de personas inocentes en el Reino Unido, que encabeza la marcha hacia el descontrol de la actividad policial.

Ciertamente, sufrimos guerras terroristas, libradas a veces por los estados y a veces por bandas o grupos que practican el terrorismo. Del terrorismo de estado se ha hablado ya. El abandono de los principios del derecho penal humanista refuerza las hipotéticas razones subjetivas del terrorismo practicado por bandas o grupos armados.

El «derecho penal del enemigo» se traduce en más poderes para la policía sin fiscalización de los jueces, o, dicho de otro modo, sirve para ocultar prácticas de tortura.

El derecho penal clásico admitía la dilación de un plazo máximo de tres días entre el momento de la detención de una persona y su puesta a la disposición de los jueces. Esa dilación se justificaba (hipócritamente) por el estado de los caminos y vías de comunicación. En Francia, donde al parecer los caminos eran mejores, la dilación era sólo de dos días. Y los estados «de excepción» o de «alarma» siempre permitían ampliar ese plazo en circunstancias que los gobiernos calificaban de especiales.

Pues bien: todas las legislaciones antiterroristas de la época de la globalización amplían los plazos en que las personas pueden permanecer sin garantías en manos de la policía. Gran Bretaña, que nunca ha suscrito la Carta europea de Derechos Humanos, es en eso pionera: ha ampliado a 42 días (en 2008) el tiempo en que la policía puede retener a una persona calificada de «terrorista» por ella misma antes de poner sus despojos psíquicos y físicos a disposición de un juez.

Además de ese «derecho penal del enemigo» se dan también prácticas estatales de vigilancia masiva de poblaciones: se obliga a las compañías de comunicaciones a conservar durante mucho tiempo datos de los usuarios, y lo mismo ocurre con las videocámaras de vigilancia instaladas en lugares públicos. En los aeropuertos se practican controles cuyo alcance —lo que se le puede hacer al viajero— ha sido declarado *secreto* por la Unión Europea. En Estados Unidos ya puede la policía intervenir comunicaciones telefónicas sin control o permiso judicial alguno. Parece estar gestándose un «Big Brother» tecnológico que serviría para gestionar la tiranía integral[28].

Eso se complementa con la tendencia de las autoridades a emplear el instrumento del derecho penal aunque no se haya producido resultado lesivo alguno (delitos sin resultado), como es el caso en la transgresión de ciertas reglamentaciones en la conducción de vehículos motorizados, o incluso por violar la prohibición de fumar en lugares públicos en ciertos estados. El neoautoritarismo reaparece en primer lugar en el derecho penal, que con ocasión de las situaciones de crisis es crecientemente aplicado a la criminalización de las conductas de los sujetos sociales más débiles.

Así, el derecho penal es utilizado para reprimir la protesta social generada por la minoración del trabajo. En definitiva se tiende a criminalizar las situaciones de paro laboral (además de culpabilizarlas en otros planos). Ello se hace de forma indirecta, a través de ciertas conductas a que se ven abocados quienes padecen duraderamente la falta de trabajo. La ocupación de viviendas, ciertas modas juveniles o marginales, la propia inmigración ilegal, los alborotos expresivos de tensión social —huelgas que afectan a servicios públicos— o la delincuencia menor (menudeo de droga o de tabaco, juegos ilegales, etc.) son objeto directamente de la represión penal, que en algunos países —aquéllos donde el garantismo jurídico-penal ha penetrado sólo epidérmicamente— puede ser masiva.

28. Llegados a este punto es imposible no recomendar la lectura de *1984* de G. Orwell o su adaptación cinematográfica por Terry Guilliam, en su película *Brazil*.

Una especie de estado de excepción personalizado[29], que se aplica sobre todo a las categorías sociales más pobres, adelgaza el sistema de garantías dejando amplio espacio al arbitrio de la represión gubernativa contra sujetos que no tienen fácil acceso a medios de defensa y sobre todo al ágora pública. La acumulación de cargas sobre el sistema judicial, al que los gobernantes siempre prefieren ver en condiciones de precariedad material, dificulta la protección judicial de los sujetos débiles. Éstos viven en muchos casos en subculturas completamente extrañas a la de los magistrados, lo que les vuelve crecientemente incomprensibles para éstos.

> Por otra parte el mismo sistema judicial ha de hacer frente a la macrodelincuencia de cuello blanco, económica, política o, como es común en esta época de inmixión de lo privado en lo público, ambas cosas a la vez. Estos delincuentes operan mediante técnicas de ingeniería financiera y disponen de medios de defensa hiperabundantes, sobre todo porque están en condiciones de activar todos los dispositivos del garantismo penal y de hallar protectores políticos y mediáticos que supervisen cada paso dado por la magistratura. A este tipo de delincuencia económica, además, le beneficia la *lentitud* relativa de la jurisdicción frente a la celeridad con que actúan las instituciones mercantiles.

8.4.2. *El derecho privado entre crisis y cambio*

La *lex mercatoria* es derecho privado. Por ello es preciso decir que en algunos de sus aspectos el derecho privado experimenta una etapa de auge y de cambio con la globalización. No se discutirá este punto. Sin embargo, en otros aspectos ha entrado en una crisis auténtica y profunda.

Cabe señalar algunos ejemplos:

El derecho privado resulta crecientemente incapaz para establecer la responsabilidad civil en casos de grandes catástrofes (por ejemplo, vertidos contaminantes en mar o en tierra) de las entidades empresariales causantes, con valor de mercado inferior al de los daños que causan, y también a las compañías aseguradoras.

El derecho privado también resulta impotente para exigir responsabilidad por daños ecológicos distantes temporalmente o dispersos espacialmente (así, la contaminación por DDT en mamíferos y peces en la Antártida).

El derecho privado ha sido incapaz para fiscalizar la actividad económica engañosa (paradigmáticamente: caso Enron, donde la responsabilidad se limita a los fraudes contra su accionariado, pero no a los daños generales de la economía norteamericana por pérdida de confianza); por cierto: descapitalizar grandes empresas desde dentro, por sus directivos, en beneficio propio, ha dejado de ser un hecho aislado; el derecho privado ha sido incapaz de controlar la honradez de los auditores contables (el caso de Arthur Andersen respecto a Enron), o de controlar títulos jurídicos dudosos (hipotecas-basura hoy; mañana, tal vez *futuros* o *seguros sobre futuros*).

El derecho privado actual facilita la existencia de lo que conocemos como paraísos fiscales y la ingeniería financiero-fiscal. Además, los tribunales españolas han adoptado decisiones escandalosas en casos de «delitos de cuello blanco», como las llamadas «cesiones de créditos» o los «contratos blindados» con compensaciones para altos directivos empresariales, auténticas evasiones fiscales o lesiones a los accionistas de las empresas.

29. *Vid.* mi trabajo «Un estado de excepción personalizado», en *Grandes esperanzas*, Trotta, Madrid, 1996.

8.4.3. *El derecho laboral*

El derecho laboral y asistencial se ha vuelto selvático. Ha sufrido los efectos de la desregulación, que ha volatilizado elementos substanciales de la protección laboral y ha vaciado notablemente de contenido los derechos sociales. Una parte del trabajo se ha vuelto «coreano», esto es, se presta en régimen «mercantil» o «de derecho privado» sin que se le reconozca la protección específicamente laboral (no sólo en términos económicos sino en los de la seguridad en el trabajo y otros); y una fracción no despreciable del trabajo que se realiza en las metrópolis asume caracteres de ilegalismo tolerado al estar a cargo de inmigrantes extranjeros en situaciones anómalas de clandestinidad o semilegalidad, víctimas de todos los abusos. Entre el derecho laboral que ha perdido hasta su nombre y el trabajo sin derecho alguno hay toda una gama de situaciones intermedias.

Por otra parte, en las fases depresivas de los ciclos económicos se intenta descargar los efectos de la crisis sobre los trabajadores, deteriorando aún más su protección social: así, los intentos de prolongar legalmente la jornada de trabajo, y, al mismo tiempo o paralelamente, el endurecimiento de las normas que afectan a los trabajadores que inmigran a los países ricos desde los países pobres.

La comparación entre las condiciones de la prestación laboral en la última fase, consumista, de la segunda revolución industrial y las que hoy se dan tanto en el periférico mundo del «sur» como en el «sur interior» de las metrópolis obliga a pensar en una profunda involu-

ción moral de las sociedades tercioindustrializadas. Confirma la total desvinculación entre un dominio técnico creciente y *una idealidad moral y política de la sociedad en franca regresión*.

El derecho laboral y asistencial ha experimentado una minoración paralela a la del trabajo mismo.

La informatización genera paro estructural permanente; pero el empresariado mantiene la forma valor y no renuncia a que el trabajo se preste en forma de mercancía. El derecho laboral futuro habrá de atender a las siguientes exigencias fundamentales: establecer un nuevo estatuto laboral público que distribuya socialmente el tiempo de trabajo necesario; contribuir al control de la sostenibilidad ecológica de la producción; garantizar socialmente la subsistencia de las personas cuando queden fuera del sistema salarial, e introducir principios de democratización en la esfera privada.

8.4.4. *Otros aspectos jurídicos de la* gran transformación

8.4.4.1. Derecho constitucional

Se debe aludir muy brevemente a que la *gran transformación* tiene otros efectos en el campo del derecho público. Así, diría que está en crisis el propio derecho constitucional. Al menos en las sociedades europeas parte de este derecho ha sido fagocitado por el derecho de la Unión Europea, lo que no sería grave si no fuera porque el derecho de la UE resulta incontrolable para los ciudadanos. Los intentos de «constitucionalizar» a la Unión Europea misma, en su aspecto actual, como Europa del capital y no de las personas, han cosechado un fracaso tras otro. Los gobiernos europeos no se caracterizan por su aceptación de los resultados de las votaciones, y buscan medios para hacer aceptable una Unión Europea con un notable déficit social.

Ese déficit acaso esté causado porque tanto sobre la UE como sobre los estados miembros planea el soberano supraestatal, en cuyo programa no figura el objetivo de paliar déficits sociales.

8.4.4.2. Derecho y ecología

Bajo la denominación de *derecho ecológico* se compendian las distintas normas jurídicas y las propuestas *de lege ferenda* referidas a la relación de los seres humanos con el entorno natural. La doctrina jurídica impulsada por movimientos ecologistas intenta establecer, para la protección del entorno, un *derecho al medio ambiente* no degradado como derecho fundamental «de tercera generación». Para ello

se recurre, de momento, a la doctrina de los *intereses difusos*— esto es, intereses que no tienen titulares específicos, sino que pueden ser de cualquiera—, de modo que las acciones jurisdiccionales y administrativas, así como las extrajurídicas, para la protección del medio puedan ser ejercidas por quien desee emprenderlas.

Existe la tendencia doctrinal a considerar un «Derecho Ecológico» como nueva rama del derecho. Hay que decir en seguida que el intento de configurar así el derecho medioambiental adolece de falta de claridad. En realidad es necesario considerar el medio ambiente como una materia que ha de ser objeto de tutela jurídica mediante técnicas de todas y cada una de las ramas del derecho, de la misma manera que son objeto de esa tutela, por ejemplo, las personas. Con la expresión 'derecho ecológico' se trata de despertar sensibilidad hacia el medio ambiente en todos los ámbitos de la doctrina y la técnica jurídica[30].

El campo ambiental, llamado a tener una importancia enorme, a convertirse en objeto permanente de la *invención social de formas*, se ha intentado proteger ante todo por medios penales. Aunque tales medios pueden ser útiles para atribuir daños ecológicos dados, y sin que se pueda despreciar una normativa penal que los responsables de contaminación criminal intentan eludir valiéndose de sus posiciones de poder en esferas como la económica, es preciso decir en seguida que los instrumentos jurídicos punitivos no pueden ser los únicos usados, o siquiera los principales, para combatir los daños al medio ambiente. Para empezar, porque el derecho penal actúa cuando los daños ya se han producido; y, en segundo lugar —pero primero conceptualmente—, porque los ataques ilícitos al medio ambiente no son ni mucho menos los únicos relevantes: *la mayor parte de la agresión ecológica es hasta ahora perfectamente lícita*. Hay pues una cuestión previa, también de *lege ferenda*, consistente en la determinación de los bienes ecológicos que necesitan protección jurídica inmediata.

Los medios del derecho administrativo público y en ocasiones los del derecho del seguro privado pueden ser útiles para instrumentar la protección. Se trata de adoptar fórmulas jurídicas que desactiven las conductas antiecológicas convirtiéndolas en contrafinalísticas para sus agentes.

Pero esta cuestión, como casi todos los problemas jurídicos nuevos, afecta a materias que se hallan en *el límite de los derechos*[31]. Aquí

30. *Vid.* J. L. Gordillo (coord.), *La protección de los bienes comunes de la humanidad*, Trotta, Madrid, 2006.

31. *Vid.* para esta cuestión, y en general para las cuestiones jurídicas nuevas, AA. VV., *En el límite de los derechos*, EUB, Barcelona, ²1997.

se señalará únicamente que en cierto modo la problemática ecológica pone en cuestión la antigua noción de *actor* jurídico. Pues hasta ahora el derecho es invocado fundamentalmente por dos tipos de actores: el público, que ejercita la acción pública, y los sujetos privados, que defienden sus intereses o sus derechos como tales sujetos particulares (por completar el cuadro habría que mencionar la posibilidad de *acción popular*, que se da con limitaciones en el ámbito de algún proceso penal moderno, como el español). El derecho ecológico, que protege *intereses difusos*, parece estar pidiendo un nuevo tipo de *actor*, para no limitar el derecho relativo al medio ambiente a la acción de sujetos particulares o de los entes de derecho público como tales. El derecho ecológico reclama *actores sociales* —organizaciones ecologistas, ONGs, asociaciones cívicas en torno a una iniciativa ciudadana, etc.— no encorsetados por los estrechos límites de la *acción popular* sino con capacidad de intervención jurisdiccional, preventiva o reparadora, mucho más amplia.

8.4.4.3. El derecho referido a las nuevas tecnologías

Los problemas jurídicos suscitados por las nuevas tecnologías son muchos. El simple listado de las cuestiones de más relieve se vuelve inacabable. Va desde los delitos cometidos *mediante* las nuevas tecnologías a la protección de la titularidad jurídica de éstas, por poner ejemplos convencionales.

Merece la pena formular algunas observaciones desde el punto de vista de los cambios en el derecho inducidos por las nuevas tecnologías. De una parte, las diversas modalidades de *piratería* tecnológica, como fotocopiar un libro, copiar en soporte magnético u otro una pieza musical, una película o un programa de ordenador, incluso realizado todo ello sin ánimo de lucro en el ámbito doméstico o amistoso, someten a una tensión fortísima a todo el sistema preexistente de remuneración del trabajo intelectual y artístico. Quiere esto decir que el trabajo de músicos, realizadores cinematográficos, actores, escritores y traductores, artistas plásticos, empresarios artísticos y editores es efectivamente saqueado por el gran público gracias a la difusión masiva de artefactos —fotocopiadoras, grabadoras de audio y video, etc.— que posibilitan la ganancia de los sectores empresariales relacionados con la industria electrónica. En el siglo XIX el sistema de la propiedad intelectual fue elaborado a imitación de la propiedad inmueble, aunque con límites temporales; ha quedado anticuado. Una efectiva protección del trabajo intelectual y artístico —y de los empresarios del sector, que salvo las multinacionales y los

grandes grupos multimedia, están prácticamente desamparados también— exige una invención jurídica profundamente innovadora.

Paradójicamente, el derecho de propiedad intelectual parece reforzarse y resultar extraordinariamente útil cuando su objeto son las *patentes industriales*. Ya se ha señalado anteriormente que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha aceptado patentar una ecuación matemática; entre las muchas consideraciones que suscita este hecho sólo se señalará aquí que esa patente supone el principio del fin de una tradición multisecular de libertad científica.

Pues bien: cabe igualmente, por lo visto, patentar *quimeras vivientes*, seres vivos alterados genéticamente mediante ingeniería biológica —bacterias, simientes—, que no son fruto de la evolución natural sino productos industriales, y que en el futuro pueden a su vez *evolucionar naturalmente*. Es de esperar que el sistema de patentes haga fácil la asignación de las responsabilidades por los daños de masas que inevitablemente causarán las empresas de productos biotecnológicos. Hablando más seriamente, este campo exige como pocos *normas de derecho público* que eviten a las poblaciones los riesgos inherentes a tecnologías peligrosas adoptadas sin más fin relevante que el lucro.

Si nos atenemos al campo de las tecnologías y de la investigación de punta, puede decirse que el mundo está entrando en una nueva Edad Media. Ahí está el caso de la investigación sobre el síndrome de inmunodeficiencia adquirida, una auténtica plaga para toda la humanidad: los grandes laboratorios, en vez de colaborar para atajar la epidemia, han emprendido una carrera para la obtención de fármacos protegidos por patentes, al objeto de conquistar el importantísimo *mercado* creado por el mal; en esa carrera todo vale, desde el mantenimiento en secreto de los resultados obtenidos hasta los artículos pseudocientíficos de desinformación para inducir a decisiones erróneas a los competidores. La investigación se vuelve tan secreta que adopta los principios del contraespionaje y la intoxicación informativa. El resultado es que los fármacos anti-sida no pueden ser comprados por demasiado caros en los países pobres, donde más dañina es la pandemia.

La *bionomía jurídica* es una disciplina jurídica que ha nacido en paralelo al crecimiento de la nueva industria biotecnológica. Sus vertientes son muchas. Para empezar, debe —o debería— ilustrar a las instituciones públicas acerca de lo que *puede y no puede hacer* la industria biotecnológica, esto es, acerca de los potenciales peligros que suscita una tecnología muy potente, según el principio de que *no se debe hacer todo lo que se puede hacer*. Pero también ha de ocuparse de cuestiones que nos afectan o nos afectarán a todos: al dere-

cho de la administración de los cuerpos, en los centros hospitalarios —derechos del paciente, obligaciones de los médicos—, y también al derecho a la eutanasia (derecho al suicidio asistido médicamente), todavía no reconocido, o, al menos, al llamado «derecho a morir dignamente».

Por este tipo de razones la medicina, y en particular la medicina hospitalaria, constituye por sí sola una rama en crecimiento de la nueva bionomía jurídica. Cuestiones como el tratamiento del dolor, el encarnizamiento terapéutico, la toma de decisiones informadas con los períodos de reflexión necesarios, etc., son cuestiones vitales en las que todos los mortales nos encontramos aún igualmente desprotegidos. La cuestión del *derecho fundamental a una muerte digna* y otros relacionadas con éste, como el derecho personal a la eutanasia y a ser auxiliado con este fin, son cuestiones urgentes para muchas personas. Pero hay fuerzas sociales, como las confesiones religiosas, que consideran el hecho de morir como un ámbito de su dominio exclusivo, y se oponen a su análisis y reglamentación por el poder civil, que suele retroceder por miedo a perder apoyo electoral.

Otras cuestiones, como las relacionadas con la prolongación indefinida de terapias para mantener sólo la vida vegetativa, y la toma de decisiones al respecto, corresponden también a esta rama de la bionomía en la que el derecho personal pugna con la administración clínica de los cuerpos.

Pero esta rama no es la única que plantea problemas bionómicos importantes. Los trasplantes y donaciones de órganos originan problemas político-jurídicos de primera magnitud casi nunca resueltos en términos democráticos o siquiera éticamente satisfactorios. Los medios disponibles, por ejemplo, no pueden atender a todos los necesitados de trasplante de órganos; los criterios médicos o técnicos —por ejemplo, probabilidades de éxito del trasplante, previsión de supervivencia, etc.— no bastan para decidirlo todo, por lo que las decisiones para establecer las *listas de espera* reales de órganos (en realidad lista de prioridades) son inevitablemente *políticas*.

Llegados a este punto, hay que hacer notar en primer lugar que en torno a decisiones políticas de este tipo se plantean dos problemas: el de determinar quiénes están legitimados para tomar las decisiones, y decidir qué criterios pueden ser empleados para tomarlas. Los propios técnicos (los médicos) *no son quién para decidir* (aunque de hecho son quienes suelen hacerlo); en cuanto a los criterios posibles, algunos, como la edad de las personas, parecen neutros, pero otros, como el grado de formación (o, visto de otra manera, la inversión social realizada en las personas) o la ocupación, pueden resultar pura y simplemente

clasistas. Como se puede advertir, en este delicado campo de interés general (pues todos podemos estar algún día en lista de espera para un trasplante de órganos) se necesitan decisiones políticas públicas.

Eso por no hablar de las posibilidades de *tráfico ilegal de órganos*, que puede suponer secuestros y asesinatos previos. Por otra parte la implantación corporal de mecanismos artificiales, con problemas cuando menos de responsabilidad civil y de asignación de los recursos en la medicina pública, dan lugar a nuevos cuestionamientos jurídico-bionómicos.

La reproducción asistida[32], habida cuenta de los avances tecnológicos y de la importancia económica que como mercancías tienen este tipo de técnicas médicas, presenta muchos problemas al mundo del derecho. Para empezar, el que plantea abandonar este tipo de cuestiones a la lógica de los intereses privados en un mundo donde el número de los niños necesitados de cuidado es probablemente muy superior al de parejas estériles. En ciertos casos puede haber cierto egoísmo en preferir la propia estirpe prolongada artificialmente a la estirpe ajena necesitada de protección.

La reproducción asistida, entre otras cosas, tiende a dinamitar las concepciones jurídicas tradicionales de la filiación[33], que se ven sometidas a fuertes restricciones a la espera de que cambios culturales racionalicen este concepto jurídico partiendo de una relación *social* y no ya biológica.

La reproducción asistida admite ya técnicas muy sofisticadas, que incluyen desde la inseminación artificial, con sus diversas variantes posibles, a la fecundación *in vitro*, a las implantación de embriones y a la posibilidad, acaso realizada cuando estas líneas alcancen al lector, de la clonación humana. La biotecnología a menudo vuelve obsoletas las estipulaciones normativas. La *peligrosidad ontológica* de las nuevas tecnologías de que hablaba Manuel Sacristán Luzón[34] se nos manifiesta aquí muy próximamente. En sociedades democráticas es esencial hallar criterios colectivos para reglar cuestiones como ésta, que en la opinión subjetiva de quien esto escribe *no deben seguir abandonadas* en lo substancial al juego de los intereses mercantiles o simplemente privados.

32. Existe una excelente monografía sobre este asunto debida a C. Lema, *Reproducción, poder y derecho*, Trotta, Madrid, 1999.

33. *Vid.* E. Roca i Trías, «El derecho perplejo: los misterios de los embriones»: *Revista Derecho y Genoma Humano* 1 (1994), pp. 121-151.

34. *Vid.* M. Sacristán, «Sobre los problemas presentemente percibidos en la relación entre sociedad y naturaleza y sus consecuencias en la filosofía de las ciencias sociales» [1981], en *Papeles de Filosofía*, Icaria, Barcelona, 1984.

El *proyecto genoma* y en general toda novedad en el ámbito de las biotecnologías origina necesidades reguladoras que, por falta de aliento del impulso democrático, quedan creciente e injustificadamente en manos de técnicos, empresas y burócratas.

Algunos autores intentan configurar una bionomía animal[35], en el contexto de la defensa ecológica de la biodiversidad, y también contra el maltrato a los animales. Sin embargo el camino elegido técnicamente es muy dudoso: trata de atribuir personalidad jurídica a los animales en vez de emplear mecanismos jurídicos menos ingenuos. Hay que decir de todos modos, cuando ese «derecho de los animales» suscita burlas entre los juristas, que al menos es una puesta en cuestión de la relación entre seres humanos y otros seres animados tal como la ha configurado la historia. En la naturaleza los vivientes se matan los unos a los otros para apoderarse de sus proteínas, y nosotros, sin estar fuera de este círculo, maltratamos a los demás vivientes con perversa indiferencia.

8.5. FUENTES JURÍDICAS ALTERNATIVAS

Algunos juristas, y muy señaladamente Boaventura S. Santos, han teorizado la existencia de fuentes jurídicas alternativas. Muy tempranamente Santos estudió las normas por las que se rigen las *favelas* brasileñas, auténticas poblaciones de chabolas a las que no llega el poder de las instituciones públicas, pero que, sin embargo, han creado un derecho propio, en forma de normas por las que regirse —por ejemplo, en el trazado de las calles, o en *principios* que hay que observar para proceder al robo de electricidad, etc.—, con autoridades propias capaces de hacer cumplir ese «derecho sin estado».

La globalización, según Santos, ha creado las condiciones para que ese tipo de «derechos sin estado»[36] se extienda de muchas maneras. Sería el derecho de los campesinos de Chiapas, enfrentados a las instituciones públicas mexicanas, o el derecho de distintos grupos o poblaciones que se resisten en Asia y América Latina, o en África, a las consecuencias de unas políticas en cuya definición ni siquiera les ha sido dada voz. En este *campo* estaría también el derecho de las gentes que migran: conservan normas de su cultura de origen y las sostienen

35. *Vid.* J. Mosterín y J. Riechmann, *Animales y ciudadanos. Indagación sobre el lugar de los animales en la moral y en el derecho de las sociedades industriales*, Thalassa, Madrid, 1995.

36. B. S. Santos y C. A. Rodríguez Garavito (eds.), *El derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita*, Anthropos, Barcelona, 2007.

incluso contra el derecho del lugar donde se establecen; y poseen, por otra parte, según el derecho oficial, en su calidad de personas, derechos, como el derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad y a un juicio justo[37].

Y existiría también el «derecho ideal», contrapuesto al derecho material, de quienes se oponen a los designios neoliberales de la globalización y buscan la creación de un mundo alternativo posible. En una palabra: hay un magma jurídico alternativo del derecho institucional, reconocido. Ese magma jurídico ha de ser contemplado también como «fuente» de derecho», pues sus normas e instituciones son aceptadas por grupos sociales o poblaciones determinadas.

Una de las novedades surgidas en el seno de la sociedad civil en el curso de la *gran transformación* ha sido lo que se ha dado llamar el *voluntariado social* (laico) y las *Organizaciones No Gubernamentales* (ONG), que desempeñan tareas expresivas de lo que se puede llamar solidaridad social subjetiva[38]. Estas instituciones recogen, cuando son auténticas, las iniciativas de la sociedad civil que tratan de hacerse cargo de las necesidades surgidas en las *zonas oscuras* del mundo actual. En este sentido son la novedad social más valiosa de la época contemporánea.

La alusión a la *autenticidad*, sin embargo, no es ociosa: el voluntariado verdadero y las auténticas ONG coexisten con falsas organizaciones análogas que tienen los fines más diversos: desde la financiación paralela de actividades políticas al ahorro fiscal de sujetos fuertes, o bien —hay que decirlo— la instrumentación política del voluntariado social.

8.6. LOS JURISTAS EN LA BARBARIE

La *gran transformación* ha aportado algunos cambios a ciertos sectores del ejercicio profesional del derecho. Los *juristas de estado* conservan en lo esencial las funciones de la fase anterior. Los empleados por la administración pública siguen desempeñando sus funciones de ajuste, aunque ahora haya cambiado el signo de tal ajuste y consista en desplazar ante todo la capacidad de normar hacia la esfera privada. Los

37. *Vid.* J. A. Estévez Araújo, *El revés del derecho*, cit., pp. 156-159.

38. *Vid.* A. Madrid, *La institución del voluntariado*, Trotta, Madrid, 2001, y también «Algunos interrogantes sobre el fenómeno del voluntariado», en AA.VV., *En el límite de los derechos*, cit., pp. 243-275; «La mercantilización de las ONG»: *En Pie de Paz*, 44 (1997), pp. 21-28; «El derecho en las Organizaciones No Gubernamentales», en A. Jerez (ed.), *¿Trabajo voluntario o participación? Elementos para una sociología del tercer sector*, Tecnos, Madrid, 1997.

juristas de mercado, por otra parte, han visto incrementada su actividad general: la vida social exige más trámites jurídicos que nunca, pero además se intensifica la necesidad de negociación en la esfera privada.

Sin embargo las novedades más importantes son otras.

En primer lugar hay que señalar la producción de normas de *lex mercatoria*, atribuida a sectores muy precisos de la profesión jurídica. Con la *gran transformación*, y por expansión de los gabinetes jurídicos múltiples de la etapa anterior, se han creado las llamadas «multinacionales del derecho»[39], gabinetes jurídicos articulados multinacionalmente en cuyas sedes nacionales a veces llegan a trabajar centenares de abogados a la vez.

Estos gabinetes transnacionales son los auténticos creadores intelectuales de las normas de la *lex mercatoria*; en realidad son sus aparatos institucional-burocráticos específicos más importantes. Entre ellos negocian el contenido normativo de los acuerdos del soberano difuso. Asesoran a grandes empresas transnacionales y están a cargo de cualquier operación financiera de envergadura, supervisada por ellos desde todos los puntos de vista posibles, jurídicos o no.

Los gabinetes jurídicos transnacionales se han creado partiendo del modelo norteamericano de ejercicio del derecho, a cargo de *«firmas»*. Éstas son empresas de servicios jurídicos en cuya cúspide hay unos pocos abogados que detentan la propiedad o el control del bufete, con numerosos abogados asociados responsables de sectores de actividad determinados o con clientelas especiales, además de juristas contratados por razones de prestigio y relaciones sociales y de otros especialistas, y un número mucho mayor aún de abogados asalariados, a los que se encomiendan parcelas de cada asunto. Cuando estos grandes bufetes se asocian en redes plurinacionales componen auténticas transnacionales de servicios jurídicos.

La perspectiva profesional de los abogados contratados como asalariados por este tipo de empresas es ambigua. Con ingresos relativamente altos en relación con su edad, deben estar a disposición de la empresa en cualquier momento, sin importarles sacrificar tiempo libre, jornadas festivas o períodos vacacionales. Casi nunca se les permite ver detalladamente en toda su extensión las materias en las que trabajan. Constituyen una variante de los «ejecutivos de usar y tirar», pues salvo casos de valía excepcional no lograrán ascender en la jerarquía de la empresa, que preferirá cubrir sus necesidades de cuadros cualificados recurriendo a juristas de estado (magistrados,

39. *Vid.* Y. Dezalay, *Marchands de droit. La restructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du droit*, cit.

altos funcionarios), y serán sustituidos oportunamente por juristas más jóvenes con nuevas titulaciones y experiencias.

Los gabinetes transnacionales, cuyos volúmenes de negocio se equiparan en muchos casos a los de grandes empresas industriales, constituyen además un estímulo para la transformación de la estructura operativa de los juristas de mercado. Han provocado, por ejemplo, la aparición de gabinetes profesionales multilocales o «interurbanos», por decirlo así, en general al margen de las operaciones transnacionales pero muy importantes al especializarse en prestar servicios a sectores determinados de actividad. Se trata de la réplica, a escala menor, de las multinacionales del derecho. Por otra parte se produce también un fenómeno de asociación jurídica negocial, a veces en régimen cooperativo, entre los abogados más jóvenes.

Otra novedad destacable del período es el surgimiento de un *voluntariado jurídico* al servicio de organizaciones no gubernamentales, o articulado él mismo en forma de ONG. Entre las múltiples necesidades asistenciales se cuentan también las jurídicas, que van desde la creación de determinadas instituciones o instrumentos jurídicos en países que carecen de ellos (por ejemplo, educación, repertorios normativos, servicios de publicaciones jurídicas, etc.), pasando por la ayuda legal a organizaciones no gubernamentales (de tipo *Greenpeace*, *Amnistía Internacional*, *Médicos sin fronteras*, *Médicos del Mundo,* etc.) que suelen operar en zonas de pobreza del «sur», hasta la prestación de servicios jurídicos en ONG locales (asociaciones vecinales, pacifistas, ecologistas, de ayuda a inmigrantes, a personas maltratadas, etc.). El voluntariado jurídico se presta, además, a una iniciación de los estudiantes de derecho en la práctica jurídica real. Tienen así ocasión de aprender junto a profesionales desinteresados en casos de auténtica necesidad de servicios jurídicos. Y facilitan el acceso al *derecho al derecho*, al derecho a recibir ayuda jurídica que toda persona debe tener.

8.7. UN MUNDO DE INJUSTICIAS

8.7.1. *Globalización y democratización*

Si se reflexiona acerca de las perspectivas que dibujan las tensiones estructurales descritas en este libro, esas perspectivas muestran inequívocamente que *aún pueden pasar cosas peores*. Un «norte» rico, armado y muy minoritario poblacionalmente frente a un «sur» de hambre, carencia de medios y que incluye a la inmensa mayoría de la población

mundial. Un industrialismo ecológicamente destructivo. Tecnologías que aminoran el tiempo de trabajo necesario para la producción y economías que precisan considerar ese tiempo de trabajo como una mercancía. Instituciones públicas crecientemente subordinadas a instituciones privadas. Todo parece indicar que la humanidad se halla en una de sus encrucijadas decisivas.

Pues la lógica de la situación actual del mundo es tan contradictoria como la descrita excelentemente por el humorista (si puede decirse así) El Roto: hay que producir más para evitar la crisis económica y el paro, y hay que producir menos para evitar el deterioro del medio ambiente.

En la encrucijada las alternativas generales parecen reducirse a dos. De una parte, la barbarización. Una nueva barbarie. El empeoramiento general de todas las condiciones de vida de todos y en todas partes, aunque minorías de oligarcas se atrincheren en ambientes exclusivos rodeadas de sus guardias pretorianas. Desde el punto de vista del *nomos*, la barbarización conduce a una tiranía integral, bifronte como Jano: benévola o exterminista según el rincón de la Tierra al que sucesivamente le toque. O bien —el otro cuerno de la alternativa— una democratización social real, intensiva y extensiva, que impusiera contratendencias desconfiando al mismo tiempo de cualquier *mecanismo* automático de ajuste.

Todo parece indicar que la primera de las alternativas está ganando terreno. Muchas sociedades contemporáneas no han generado jamás la *duda acerca de la ley* que las gobierna, que es la semilla de la democratización —y, todo hay que decirlo, también la semilla del socialismo, en el sentido de movimiento práctico, real, contra la injusticia multiforme—. Esas sociedades sólo han suscitado universos culturales que en el fondo siguen viendo su *nomos* como un tabú, aunque comparten la misma cultura material que las sociedades incoativamente democráticas; esto es: su *ethos* no ha superado el *tabú*, pero pueden extraer petróleo y mercantilizarlo y contar con tecnología digital. En otros casos el poder instituido de la sociedad —económico o político, o ambas cosas— es simplemente terrible, y cruel, y escasísima la posibilidad de cuestionarlo.

La falsedad de los «sistemas democráticos» publicitados por el «norte» —donde la libertad y la dignidad se arrodillan ante el dinero— refuerza incluso el *tabú de los otros*: ahí está el auge del fundamentalismo. En el «norte» mismo son pocos los que cuestionan el *nomos* básico de las metrópolis: el que ordena rendir culto a la ganancia y al dinero; el *nomos* que da de antemano una respuesta a la pregunta individual acerca del sentido que es posible dar a la propia vida; el *Moloch* que sustituye a la invención de finalidades colectivas.

En el «norte» no está en auge, ni mucho menos, el fundamentalismo de la duda, de la puesta en cuestión de la ley y del poder, es decir, el principio democratizador e igualitario que hace de lo que ocurre asunto *nuestro*.

Hoy sabemos que la normatividad no se fundamenta ni en la naturaleza (no hay modelo natural de derecho) ni en la razón (no hay un logos de razón para el derecho), sino en la *convención* de una racionalidad discursiva pública que pone de vez en vez la ley y que *carece de otro fundamento que la convención misma*.

Las condiciones establecidas por la globalización, incluida la institución real del soberano difuso, ¿hacen posible que funcione todavía la relación entre normas y *demos* que ha impulsado la democratización moderna? ¿Todavía se puede pensar que al normar se instituye un orden artificial y un orden general de sentido, si al final resulta que el orden real es el *instituido* por el soberano difuso? ¿Hay aún un sujeto colectivo instituyente cuando sabemos que los deseos de las multitudes son construidos por la industria de la publicidad para coincidir con las prestaciones del sistema económico-productivo?

Estamos pues ante un modelo social nuevo, que tiende a abolir la relación entre el derecho como resultado de la actividad social instituyente, en beneficio de una *ley* que ya no es resultado de la democratización de la sociedad. Es el soberano difuso quien tiende a dotar, en exclusiva, de criterios y contenidos a esa *ley*.

La cuestión de hoy es el secuestro de la normatividad, que ha sido apartada de la esfera de la deliberación colectiva. El proyecto moderno de sociedades democráticas que se regulan a sí mismas ha entrado en franca regresión

A partir de aquí resulta muy difícil avanzar mediante categorías analíticas precisas. Las categorías conceptuales para captar lo que hay son crecientemente ambiguas, acaso retóricas.

En la crisis actual de la función normativa del derecho, lo que está en juego es su dimensión popular instituida, contingente y positiva al mismo tiempo. Lo amenazado es justamente el reconocimiento de la creatividad histórico-social colectiva. Se trata, obviamente, de una creatividad regulada, y la institución del derecho moderno (que no es el derecho de los hebreos ni el de los romanos) ha consistido justamente en la creación de un sistema que regula la producción de normas jurídicas mediante la deliberación y la convención pactada (pese a las exclusiones que siempre se han dado en el sistema: obreros, negros, mujeres, metecos, etc.).

Frente a la crisis, la sociedad de la globalización, en las metrópolis del norte tercioindustrializado, se muestra oscilante.

Pese a no abandonar ni echar abajo las características de fondo de la modernidad, y ante todo la caracterización de la sociedad como sociedad esencialmente jurídica, el *demos* que experimenta la crisis ratifica en general o en su mayoría su propia impotencia. No ignora que le es inmanente una función normativa, pero no la asume, *como si la abandonara y se dedicara a otra cosa, al hiperconsumo*. Ese *demos* enajenado acaba viendo el orden de las normas como el reflejo formal de una lógica aparentemente intangible que rige el sistema, independientemente de su naturaleza *instituida*. Así, la dimensión normativa de la vida social, se reduce a un dato suministrado por una legalidad (la lógica del lucro o la lógica del «crecimiento económico», como se la quiera llamar) de tipo no convencional, no deliberada, que unos ven como un regalo y otros como una tragedia.

Sin embargo la esfera de la deliberación colectiva está cambiando a su vez. Lo menos que podemos decir es que está escindida. De un lado, está el espacio institucional, en el que actúa la *lex* de la tradición moderna, estatal, *tendencialmente carente de deliberación*, donde la función normativa misma acaba reduciéndose a una *interpretación adaptativa* puesta en movimiento por la lógica del sistema; de otro, una normatividad social alternativa, efectivamente deliberativa aunque magmática y débil, que trata de interactuar, para abrirse paso, con la ley institucional pública.

La práctica jurídica es así más problemática que nunca. Operar con el derecho no es una función meramente técnica, pues en ello entran elementos de decisión moral y política.

8.7.2. *La injusticia*

En este trabajo se ha evitado cuidadosamente sostener una concepción substancialista acerca de la justicia. Si se adopta una idealidad democrática no es posible sostener una concepción así; pues lo que se concibe como justo ha de poder ser puesto en cuestión.

La filosofía política y del derecho contemporánea ha elaborado *teorías de la justicia* que acaban siendo más bien teorías acerca de *las condiciones de uso de la palabra 'justicia'*. Los importantes trabajos de J. Rawls y A. Sen[40], por ejemplo, tratan de establecer con la mayor objetividad posible los problemas implicados por tales usos.

40. J. Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, 1971; varios trabajos de A. K. Sen han sido felizmente reunidos en el libro *Bienestar, justicia y mercado*, Paidós, Barcelona, 1997.

Pero, como ocurre con toda formulación lingüística expresiva del universo de los ideales, de los juicios de valor, de los principios, de la moralidad, que tienen que ver con finalidades o proyectos de modos de vida vistos individual o colectivamente, o bien hablamos de ellos objetivamente, pero en términos *pura y exclusivamente formales*, o bien siempre queda abierta la posibilidad de que toda tecnificación de las condiciones de uso de los términos éticos pueda ser rectificada. Cualquier «teoría general» no dogmática de la justicia, dicho en otras palabras, acaba convirtiéndola en un *pronombre*[41]. El *nombre* al que sustituye, esto es, la concepción *material* de la justicia, ha de ser puesto en cuestión, establecido, y debatido, una y otra vez.

Es difícil que el lector, sea cual fuere su idealidad, escape a la consideración de vivir en un mundo de injusticias. Son tantas que el universo social parece generalizadamente *injusto*. Y, sobre todo, se trata de un mundo en el que no todos tienen *voz* para proclamar la injusticia que se les hace. Esa voz es esencial.

41. *Vid.* Ch. Perelman, *Justice et Raison*, Presses Universitaires de Bruxelles, 1963.

ÍNDICE GENERAL

Contenido 7
Nota a la edición revisada 11
Nota introductoria 13

CAPÍTULO I. RELACIONES SOCIALES Y RELACIONES JURÍDICAS 17

1.1. Una relación jurídica 17
1.2. La socialización humana 22
1.3. El poder y sus clases 26
1.3.1. El poder cultural 26
1.3.2. El poder económico 28
1.3.3. El poder militar 30
1.3.4. El poder político 30
1.4. El trabajo: rasgos genéricos 32
1.4.1. Naturalidad del trabajo 32
1.4.2. Socialidad del trabajo 32
1.4.3. Artefactualidad del trabajo 33
1.4.4. El trabajo, generador de ideas 36
1.5. Aspectos de la división del trabajo 38
1.5.1. El aspecto natural de la división del trabajo 38
1.5.2. El aspecto técnico de la división del trabajo 40
1.5.3. La división patriarcalista del trabajo 42
1.5.4. El aspecto clasista de la división del trabajo 43

CAPÍTULO II. EL ORIGEN DEL DERECHO 47

2.1. Un mito jurídico: *Ubi societas, ibi ius* 47

2.2. Saber e ideología 50
2.3. Grupos sin gobernantes 55
2.4. La institución social de la *moralidad positiva* 58
2.5. El surgimiento del poder 63
2.6. Ódenes protojurídicos y códigos primitivos 69

CAPÍTULO III. MATERIALES JURÍDICOS PREMODERNOS 75

3.1. Introducción 75
3.2. El elemento «democrático» ateniense 77
3.2.1. El proceso de democratización ateniense 78
3.2.2. La duda acerca de la ley 83
3.2.2.1. «Ley natural» 86
3.2.3. Tendencia expansiva y tensión social 87
3.3. El derecho romano 90
3.3.1. La complejidad jurídica romana 90
3.3.2. La formación social romana 91
3.3.3. El estatuto de las personas y el conflicto social 94
3.3.4. Características generales del derecho romano 95
3.3.5. La obra de los juristas romanos 97
3.3.6. Aspectos de la política imperial 101
3.4. El cristianismo 104
3.4.1. Origen judío del cristianismo 104
3.4.2. La doctrina de Jesús de Nazaret 106
3.4.3. El cristianismo en el mundo romano 107
3.4.4. La influencia del cristianismo en la cultura jurídico-política 110
3.5. El feudalismo 112
3.5.1. Hundimiento civilizatorio 112
3.5.2. Ley divina, ley natural, ley positiva 115
3.5.3. Feudalismo y mercantilismo 119

CAPÍTULO IV. EL RELATO POLÍTICO MODERNO 125

4.1. Introducción 125
4.2. La luz de la razón y la ambigüedad de la tecnología 131
4.2.1. De la abstracción científica a su traducción en técnicas 135
4.3. Los elementos del relato político moderno 138
4.3.1. Individuos 138
4.3.2. Estado de naturaleza 140
4.3.3. Las dos «esferas» 143
4.3.4. La soberanía 144
4.3.5. Los ciudadanos y sus derechos políticos 145
4.3.5.1. La paradoja de los derechos de ciudadanía 147

4.3.6. El «pueblo» y el pacto político hipotético 148
4.3.7. La «voluntad general» y la «representación» 150
4.4. Razón *versus* convención 152

CAPÍTULO V. LA INSTITUCIONALIZACIÓN JURÍDICO-POLÍTICA MODERNA: EL ESTADO REPRESENTATIVO 155

5.1. Entre el «estado gendarme» y el «doble estado» 155
5.1.1. El sistema representativo 158
5.1.1.1. Federalismo *versus* unitarismo 160
5.1.2. La organización del estado moderno 161
5.1.2.1. Implantación territorial 162
5.1.2.2. Funcionariado 163
5.1.2.3. Personalidad jurídica del estado 165
5.1.3. Las funciones del estado moderno 165
5.2. El derecho moderno 170
5.2.1. «Orden público» y autonomía normativa de los sujetos privados 173
5.2.1.1. La ley codificada 175
5.2.1.2. El sistema de tribunales 181
5.2.1.3. La supuesta autonomía del derecho moderno 184
5.3. La lucha contra las inmunidades del poder 185
5.3.1. La idea de «estado de derecho» 189
5.4. Los juristas en la sociedad concurrencial 194

CAPÍTULO VI. MADURACIÓN Y CRISIS DEL PROYECTO JURÍDICO-POLÍTICO MODERNO 199

6.1. Transformaciones del siglo XX 199
6.1.1. Introducción 199
6.1.2. Una propuesta de periodización 203
6.1.3. El mundo de Kafka 207
6.1.4. Tendencias del estado intervencionista 211
6.2. El estado intervencionista normalizado 214
6.2.1. Los últimos impulsos del garantismo. Derechos e intereses 214
6.2.2. La lógica de las políticas keynesianas 220
6.2.2.1. El compromiso político-social del estado intervencionista 222
6.2.3. Cambios funcionales y orgánicos del estado intervencionista 228
6.2.3.1. Los cambios funcionales del estado 228
6.2.3.2. Los cambios orgánicos e institucionales 232
6.3. El derecho intervencionista y asistencial 238

6.3.1. Cambios en la propiedad y el contrato 238
6.3.2. La politicidad del conjunto del derecho 240
6.3.3. Los derechos sociales 243
6.3.4. El desbordamiento del derecho concurrencial 248
6.3.5. Algunos aspectos relevantes del derecho intervencionista 252
6.3.5.1. El derecho administrativo 252
6.3.5.2. Los derechos de las relaciones industriales 258
6.3.5.2.1. El derecho empresarial 258
6.3.5.2.2. El derecho laboral 261
6.3.5.3. Las transformaciones del derecho penal 263
6.4. Los juristas del intervencionismo 267

CAPÍTULO VII. GLOBALIZACIÓN Y PODER 271

7.1. El cambio de época 271
7.1.1. La crisis del modelo keynesiano 272
7.1.2. La crisis ecológica: una globalización no querida 275
7.2. La *gran transformación* 279
7.2.1. Introducción 279
7.2.2. La tercera revolución industrial 280
7.2.2.1. Nuevos materiales e industrias 281
7.2.2.2. La informática 283
7.2.2.3. Cambios organizativos 283
7.2.3. La contrarrevolución neoliberal 289
7.2.3.1. Políticas de privatización generalizada 290
7.2.3.2. Minoración social de los trabajadores 290
7.2.3.3. Políticas fiscales y monetarias regresivas 295
7.2.3.4. Políticas desregulatorias 296
7.2.3.5. Las modalidades de la ganancia capitalista 296
7.2.3.6. La globalización neoliberal materializada 299
7.2.3.7. Una vida muy privada 302
7.3. El nuevo «campo de poder» 304
7.3.1. Segunda visita al concepto de soberanía 305
7.3.2. Soberano supraestatal difuso y estado abierto 307
7.3.3. Las dos legitimaciones del campo de poder 313

CAPÍTULO VIII. EL DERECHO EN EL CAMPO DE PODER GLOBALIZADO 317

8.1. Las nuevas fuentes del derecho 317
8.2. La desregulación jurídica del estado abierto 319
8.2.1. Excepciones intervencionistas y otros aspectos 322
8.3. El derecho del soberano supraestatal 324
8.3.1. El derecho de las instituciones internacionales 324

8.3.2. *Lex mercatoria* y mediación privada 326
8.3.3. Poder militar y crisis del derecho internacional público 333
8.4. Crisis de otros aspectos del derecho 337
8.4.1. Crisis del derecho penal 337
8.4.2. El derecho privado entre crisis y cambio 340
8.4.3. El derecho laboral 341
8.4.4. Otros aspectos jurídicos de la *gran transformación* 342
8.4.4.1. Derecho constitucional 342
8.4.4.2. Derecho y ecología 343
8.4.4.3. El derecho referido a las nuevas tecnologías 344
8.5. Fuentes jurídicas alternativas 348
8.6. Los juristas en la barbarie 349
8.7. Un mundo de injusticias 351
8.7.1. Globalización y democratización 351
8.7.2. La injusticia 354

Índice general 357

OTROS TÍTULOS

Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta (editores)
El derecho y la justicia

Juan Antonio Cruz Parcero
El lenguaje de los derechos. Ensayo
para una teoría estructural de los derechos

Carlos María Cárcova
La opacidad del derecho

Gustavo Zagrebelsky
El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia

Carlos de Cabo
Sobre el concepto de ley

Christian Courtis (editor)
Observar la ley. Ensayos sobre metodología
de la investigación jurídica

Rudolf von Jhering
Sobre el nacimiento del sentimiento jurídico

José Luis Díez Ripollés
La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría

Alejandro Nieto
Crítica de la Razón Jurídica
El desgobierno judicial

Alejandro Nieto y Agustín Gordillo
Las limitaciones del conocimiento jurídico

Gianluigi Palombella
La autoridad de los derechos. Los derechos
entre instituciones y normas

Javier Fernández Campo
Derechos fundamentales. Concepto y garantías

Mauricio Fioravanti
Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones

Nicola Matteucci
Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno

Bartolomé Clavero
Happy Constitution. Cultura y lengua constitucionales

Peter Häberle
Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional

Miguel Carbonell (editor)
Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos

Luigi Ferrajoli
Los fundamentos de los derechos fundamentales
Derechos y garantías. La ley del más débil
Derecho y razón. Teoría del garantismo penal
Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia
Razones jurídicas del pacifismo

Juan Antonio Carrillo Salcedo
Dignidad frente a barbarie. La Declaración Universal de Derechos humanos, cincuenta años después

Stephen Shute y Susan Hurley (editores)
De los derechos humanos. Las conferencias Oxford Amnesty de 1993

Danilo Zolo
La justicia de los vencedores. De Nuremberg a Bagdad

Christian Courtis y Víctor Abramovich
Los derechos sociales como derechos exigibles

Gerardo Pisarello
Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción

Gerardo Pisarello y Antonio de Cabo (eds.)
La renta básica como nuevo derecho ciudadano

José Luis Gordillo (coordinador)
La protección de los bienes comunes de la humanidad. Un desafío para la política y el derecho del siglo XXI

Elías Díaz y Alfonso Ruiz Miguel
Filosofía política II. Teoría del Estado

Mauro Barberis
Ética para juristas

Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero
Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder

Pietro Barcellona
El individualismo propietario
Postmodernidad y comunidad. El regreso de la vinculación social

Francisco J. Laporta
El imperio de la ley. Una visión actual

Javier Roiz
El gen democrático

Roberto Esposito
Confines de lo político. Nueve pensamientos sobre política

Marco Revelli
La política perdida

Luciano Vandelli
Trastornos de las instituciones políticas

Alain Lipietz
Elegir la audacia. Una alternativa para el siglo XXI

José Eduardo Faría
El derecho en la economía globalizada

Michelangelo Bovero
Una gramática de la democracia. Contra el gobierno de los peores

Andrea Greppi
Concepciones de la democracia
en el pensamiento político contemporáneo

José Rubio Carracedo
Teoría crítica de la ciudadanía democrática

Heriberto Cairo Carou
Democracia digital. Límites y oportunidades

Carlos Lema Añón
Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico
sobre las técnicas de reproducción asistida

Ascensión Cambrón Infante
Reproducción asistida. Promesas, normas y realidad

Hilary Putnam y Jürgen Habermas
Normas y valores

Jürgen Habermas
Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático
de derecho en términos de teoría del discurso
Más allá del Estado nacional
El Occidente escindido. Pequeños escritos políticos
Tiempo de transiciones

Simone Weil
Echar raíces
Escritos históricos y políticos

Jacques Derrida
Espectros de Marx. El Estado de la deuda, el trabajo del duelo
y la nueva Internacional
Políticas de la amistad, seguido de *El oído de Heidegger*