

Soft Power

Revista euro-americana de teoría e historia de la política

Volumen 3, número 1, enero-junio, 2016

Soft Power

Revista euro-americana de teoría e historia de la política

Volumen 3, número 1, enero-junio, 2016



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia



UNIVERSITÀ DEGLI
STUDI DI SALERNO



Planeta



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia

PRESIDENTE

Édgar Gómez Betancourt

DECANO

Germán Silva García

VICEPRESIDENTE-RECTOR

Francisco José Gómez Ortiz

VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

Édgar Gómez Ortiz

**VICERRECTOR JURÍDICO
Y DEL MEDIO**

Edwin Horta Vásquez

DECANO ACADÉMICO

Elvers Medellín Lozano

SOFT POWER

REVISTA EURO-AMERICANA DE TEORÍA E HISTORIA DE LA POLÍTICA

www.softpowerjournal.com

DIRECTOR

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

COMITÉ CIENTÍFICO

Vittoria Borsò, Ph.D, Universität Düsseldorf

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

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

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

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

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

Daniel Innerarity, Ph.D, Universidad del País Vasco

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

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

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

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

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

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

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

José Luis Villacañas, Ph.D, Universidad de Madrid

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

CONSEJO EDITORIAL

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

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

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

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

EDITOR

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

COEDITOR

Carmen Scocozza, Ph.D, Universidad Católica de Colombia



UNIVERSITÀ DEGLI
STUDI DI SALERNO

RECTOR
Aurelio Tommasetti

DIRECTOR (DISPSC)
Annibale Elia

PRO-RECTOR
Antonio Piccolo

DECANO
Adalgiso Amendola

COMITÉ EDITORIAL

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

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

DISEÑO
Haidy García Rojas

CORRECCIÓN DE ESTILO
Ana María Cobos Villalobos

Universidad Católica de Colombia
Avenida Caracas No. 46-72. Piso 9
Bogotá, Colombia
ediciones@ucatolica.edu.co

IMPRESOR
Editorial Planeta Colombiana S. A.

© Università degli Studi di Salerno
© Universidad Católica de Colombia Maestría Internacional en Ciencia Política
© Editorial Planeta Colombiana S. A., Bogotá, D. C., 2016

Primera edición: julio de 2016

ISSN: 2389-8232

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

CONTENIDO

EDITORIAL

SOFTY HARD POWER: ¿COEXISTENCIA O CONFLICTO DE PARADIGMAS? 13

SOFT AND HARD POWER. COEXISTENCE OR CONFLICT BETWEEN PARADIGMS?

Valeria Giordano (Università degli Studi di Salerno)

ALGUNAS TESIS SOBRE *SOFT POWER* Y SUBSUNCIÓN REAL 19

SOME THESES ON SOFT POWER AND REAL SUBSUMPTION

José Luis Villacañas Berlanga (Universidad Complutense de Madrid)

METAMORFOSIS DEL CONCEPTO DE LEGALIDAD 47

METAMORPHOSIS OF THE CONCEPT OF LEGALITY

Francesco Riccobono (Università degli Studi di Napoli Federico II)

LA COMPETENCIA LEGÍTIMA PARA EL MONOPOLIO ESTATAL 57

THE LEGITIMATE COMPETITION FOR THE GOVERNMENT MONOPOLY

Alfio Mastropaolo (Università degli Studi di Torino)

EL TEMA DE LA SEGURIDAD 75

THE ISSUE OF SECURITY

Tamar Pitch (Università di Perugia)

THE POWER AND THE SACRED: THE IMPOSSIBLE GOODBYE? BETWEEN POLITICAL THEOLOGY AND ECONOMIC THEOLOGY 99

Geminello Preterossi (Università degli Studi di Salerno)

IMPROVING BIOETHICAL DECISION-MAKING WITH A LITTLE HELP FROM LEGAL ARGUMENTATION 109

José Antonio Seoane (Universidade da Coruña)

INSIDE AND OUTSIDE LEGALITY: A PLURALISTIC AND SOCIAL CONSTRUCTION OF LAW 131

Valeria Giordano (Università degli Studi di Salerno)

BETWEEN REASON OF STATE AND REASON OF MARKET: THE DEVELOPMENTS OF INTERNET GOVERNANCE IN HISTORICAL PERSPECTIVE 147

Francesco Amoretti and Mauro Santaniello (Università degli Studi di Salerno)

POSIBILIDADES Y OBSTÁCULOS DE LA DEMOCRACIA Y LOS DERECHOS HUMANOS EN LA FILOSOFÍA POLÍTICA DE AMÉRICA LATINA 169

POSSIBILITIES AND OBSTACLES OF DEMOCRACY AND HUMAN RIGHTS WITHIN POLITICAL PHILOSOPHY FROM LATIN AMERICA

Pablo Guadarrama González (Universidad Católica de Colombia)

NOTAS Y DISCUSIONES SOBRE LA “PRIMERA JORNADA INTERNACIONAL DE FILOSOFÍA DEL DERECHO Y ESTADO CONSTITUCIONALES” 193

Bogotá, 4 de noviembre del año 2015

PUNTOS DE INTERSECCIÓN ENTRE LOS ISMOS CONSTITUCIONALES INTERSECTIONS BETWEEN CONSTITUTIONAL ISMS 195

Óscar Alexis Agudelo Giraldo (Universidad Católica de Colombia)

**CONSTITUCIONALISMO ASPIRACIONAL Y PAZ ENTRE LA
DEMOCRACIA Y LA OPINIÓN** **209**

**ASPIRATIONAL CONSTITUTIONALISM AND PEACE BETWEEN
DEMOCRACY AND OPINION**

Jorge Enrique León Molina (Universidad Católica de Colombia)

**¿ES POSIBLE LA CONSTRUCCIÓN DE METARREGLAS PARA
LA REGULACIÓN DEL CONTROL POPULAR DE
INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL?** **219**

**IS IT POSSIBLE TO CREATE METARULES TO REGULATE THE
POPULAR CONTROL OF CONSTITUTIONAL INTERPRETATION?**

Manuel Asdrúbal Prieto Salas (Universidad Católica de Colombia)

NOTAS Y DISCUSIONES **229**
SOBRE “VITA, POLITICA, CONTINGENZA”- SUMMER SCHOOL

Erice, 8-12 de junio del año 2015

**THE EMANCIPATION OF CITIZENSHIP: FROM LAW
TO CONFLICT** **231**

Filippo Corigliano (Università della Calabria)

**SOCIAL HOUSING AS A GOVERNANCE NORMATIVE
APPARATUS** **239**

Lisa Rose (Università di Trento)

**EL DISPOSITIVO POPULISTA: PUEBLO, POLÍTICOS DE
PROFESIÓN Y CRISIS DE LA REPRESENTACIÓN** **249**

**THE POPULIST DEVICE: PEOPLE, PROFESSIONAL
POLITICIANS AND THE CRISIS OF REPRESENTATION**

Fulvio Forte (Università degli Studi di Salerno)

SOBRE LA REVISTA	268
ABOUT THE JOURNAL	269
NORMAS PARA LOS AUTORES DE LA REVISTA	271
GUIDELINES FOR AUTHORS	273
CÓDIGO DE ÉTICA	275
CODE OF ETHICS	278

Valeria Giordano. Titular del Dipartimento di Scienze Giuridiche de la Università degli Studi di Salerno. Enseña Teoría General del Derecho y Teoría del Derecho y de la Argumentación. Es autora de *Il positivismo e la sfida dei principi*, Napoli, 2004, y de *Modelli argomentativi delle teorie giuridiche contemporanee*, Napoli, 2008. Entre sus últimas publicaciones sobre positivismo jurídico, interpretación de los derechos constitucionales y la globalización jurídica, se encuentran: “Justification et Force en droit: Une dicotomie irréductible?” in J.F. Kervégan, M. Plouviez, P. Y. Quivigev (eds.) *Norme et violence*, Olms, Verlag, Hildesheim, Zürich-New York, 2015, pp. 41-54. “Pluralismo de los valores y neutralización jurídica”, en *Soft Power. Revista euro-americana de teoría e historia de la política*, vol. 2, 2014, pp.124-146.
Contacto: vgiordano@unisa.it

SOFT Y HARD POWER: ¿COEXISTENCIA O CONFLICTO DE PARADIGMAS?

Valeria Giordano

Università degli Studi di Salerno

SOFT AND HARD POWER. COEXISTENCE OR CONFLICT BETWEEN PARADIGMS?

DOI :1017450/160101

Este número de *Soft Power* nace de la Conferencia –con el mismo título– organizada con ocasión de la presentación de la revista el 22 y 23 de septiembre de 2015 en la *Università degli Studi di Salerno*. Está dedicado a la pluralidad de formas que hoy día tiene el poder, a la relación oscura y al vínculo ambiguo existente entre *soft* y *hard power*. Se trata, pues, de una dialéctica que se desarrolla en un debate teórico, empezado a finales de los años noventa, en el que parecen influir mucho –en su reflexión filosófico-política– las diferentes concepciones de “poder”, así como las ambigüedades que atañen a los confines, a las definiciones de las dos diferentes tipologías.

Tradicionalmente, la prevalencia del empleo del poder político-militar respecto de un poder persuasivo y seductor resulta ser el elemento que fundamenta la contraposición teórica: esto es, una contraposición que, a pesar de expresar diferentes modalidades

de orientación a la acción y diversas formas de autoridad política, representa de forma dualista la fisonomía del poder en la génesis de un nuevo paradigma.

Se trata de la doble cara del poder que Joseph Nye detectó en las técnicas políticas estadounidenses y en el atractivo de su modelo cultural, para convertirlos en el aspecto complementario del *hard power*, el poder duro, simétrico, que reproduce una lógica retributiva. En cambio, la otra cara de Jano es suave, flexible, difundida, capaz de modelar las preferencias de los demás, basándose en la mezcla de las opciones iniciales y volviendo a determinar la prioridad de las elecciones, moviéndose en el ámbito de la seducción y de la cooptación. Por lo tanto, es *soft*.

Es *soft* porque se estructura en la red de las relaciones internacionales y condiciona a los actores de la escena global a través de técnicas de atracción positiva que plasman el contexto en el que actúan Estados e instituciones, extendiendo sus efectos por medio del empleo de recursos diferentes a los que, tradicionalmente, se emplean en la orientación/control de los comportamientos sociales. Sin embargo, su dimensión relacional, basada en valores, políticas, cultura –en lugar de elementos coercitivos–, implica una lógica económica y, por ende, una racionalidad estratégica. De ahí que racionalidades heterogéneas y nuevos dispositivos de poder se produzcan en el ámbito de la globalización, gracias a políticas de origen liberalista y al progresivo proceso de erosión de las soberanías estatales, para generar nuevos arquetipos de mediación política.

Está claro que las profundas transformaciones de las sociedades actuales, cada vez más caracterizadas por dinámicas de variabilidad e incertidumbre y por muchas contradicciones que conllevan el desplazamiento de la producción normativa incluso por fuera de las tradicionales geometrías político-jurídicas, se graban de forma contradictoria sobre los criterios de legitimidad de los poderes en la nueva configuración de la gobernanza global, destacando la exigencia de una mirada teórica capaz de sondear los múltiples matices de aquellos dispositivos *soft* y *hard* que nacen de la fragmentación social.

El número de la revista empieza con una pregunta crucial que atañe al destino de la soberanía política: ¿El *soft power* es la forma definitiva de gobernanza del capitalismo?

Sin duda, es necesario sacar provecho del potencial innovador de la historia, considerando al capitalismo como una realidad, un hecho histórico sobrevenido y no pedido (Villacañas); empleando el sistema conceptual weberiano y aquella lógica reflexiva, procesual, adecuada, por medio de la cual desaparecen las tensiones entre el capital financiero, el capital industrial y el capital humano, y se revaloriza –desde un punto de vista totalmente diferente– la compleja tradición del humanismo práctico (Guadarrama),

sobre todo su corriente latinoamericana para el desarrollo de los derechos humanos y de la democracia.

Sin embargo, puesto que los itinerarios históricos siempre son contradictorios, probablemente no es necesario contar una historia nueva, sino volver a escribir la trama de los regímenes democráticos y representativos (Mastropaolo), despojándolos de la maravillosa retórica que los caracteriza y enseñando su dosis controlada de conflicto y de desorden volcada en los que detienen el poder en el Estado. Aquel conflicto atañe precisamente a la relación entre Estado y legalidad, entendida como *legalität* o *légalité*, es decir, el alma, el soplo vital de la sociedad burguesa; no se trata de un alma jurídica, porque el derecho es el remedio solo cuando “la insociable sociabilidad” de la sociedad burguesa supera un nivel fisiológico de conflictividad (Riccobono).

Es un punto de vista crítico que pone de manifiesto cómo las metamorfosis del principio de legalidad presentan elementos fundamentales, comenzando por el de la certeza del derecho en un sistema de fuentes ya no totalmente jerarquizado y vertical, sino dentro de una red horizontal de materiales normativos que los intérpretes siguen adaptando y suscitando preguntas cruciales sobre lo que queda del valor político de la *légalité* o de la ambición jurídico-social de la *gesetzlichkeit*.

Está claro que el valor político-simbólico de lo social sirve para legitimar el poder y para que haya un cambio contra el riesgo de una valorización ideológica de los dispositivos de dominio neoliberalistas, que gozan de la declarada falta de alternativas, es decir, intrascendibilidad (Preterossi) y se necesitaría de un nuevo imaginario que no se olvide del vínculo sutil y nunca neutralizable que existe entre el poder y lo sagrado, pues es el marco religioso o metafísico –más o menos secularizado– de toda institución social.

La inmanencia de la racionalidad política neoliberal proporciona escenarios nuevos y diferentes de estudio y de investigación que se cruzan en el ámbito del análisis de los cambios epocales de los sistemas político-jurídicos frente al desafío lanzado por el mercado, por su racionalidad neogubernamental o por una teología económica, interpretada en términos de teología política disimulada (Preterossi) que, de todas formas, dificulta la relación entre poder-Estado en la gobernanza global, tal y como en el ciberespacio (Amoretti-Santaniello), dentro del cual emergen complejas relaciones de poder y el desarrollo de conflictos políticos en la red global (del IAHC al WSIS, hasta los más recientes procesos como el WCIT y el NetMundial) difíciles de gestionar y solucionar.

Sin duda, los procesos de globalización representan el motor de una gran revolución que deja muchos interrogantes acerca del destino del derecho y exige –en un cuadro cada vez más fragmentado y menos rigurosamente ordenado– una redefinición de aquellas

categorías centrales sobre las que la ciencia jurídica tradicional ha puesto los cimientos de la racionalidad jurídico-política moderna. La ampliación del poder decisonal de las cortes, que resulta ser fundamental para la evolución del derecho transnacional y que presenta una gran predisposición teórica a leer el derecho de inclinación global como razonamiento jurídico, de manera progresiva da lugar a itinerarios variados y a modalidades de reglamentación jurídica cada vez más cercanas a los tipos angloamericanos del *judge made-law*, por lo que desarrolla en el mundo global una función de institucionalización del conflicto en una perspectiva de creciente procedimentación de los sistemas jurídicos. Esta perspectiva necesita volver a considerar la problemática del reconocimiento del derecho, desde el punto de vista de la nueva sistematización de las fuentes y con respecto al razonamiento moral substantivo y a las nuevas declinaciones del nexo autoridad-soberanía, cuya crisis parecería arreglarse a través de la racionalidad práctico-dialógica de la jurisprudencia.

De ahí que racionalidades heterogéneas se fusionen en la dimensión transnacional en un proceso lleno de contradicciones que resalta la marca procesal de la técnica jurídica, llevando a perspectivas práctico-argumentativas que revalúan los criterios de universalidad y congruencia en los procesos decisonales, y que –sobre todo desde el punto de vista clínico y bioético (Seoane)– destacan el carácter imprescindible de una síntesis entre hechos, valores, normas, procedimientos deliberativos, que funcionen desde el punto de vista de la justificación práctica.

Además, en el cruce que cada vez más se da entre nacional y global, dentro de los mecanismos de una red policéntrica pero nunca definitiva, estas presentan inéditas y flexibles modalidades de reglamentación jurídica –como, por ejemplo, la *soft law*–, formas híbridas de normatividad (Giordano) que revelan, en el ámbito de la teoría jurídica, la coexistencia y el conflicto entre prácticas, políticas y saberes.

Es el encuentro-choque entre los diferentes regímenes el que ocupa el panorama contemporáneo, animando un contexto enigmático y lleno de asimetrías y ambigüedades en la superposición de nuevos léxicos, categorías tradicionales y formas de juridicidad controvertida. Así que volver a semantizar no es un desafío nada fácil, pero sí indispensable para un léxico que cada vez más se enfrenta a las dificultades de la articulación entre los poderes globales y las caras contradictorias de la efectividad del derecho hoy día, que radicalizan su polisemia (Riccobono, Pitch, Giordano) y tienden a generar una presión contradictoria sobre los conceptos jurídicos.

De hecho, si viejos y nuevos lenguajes se cruzan, intentando contestar interrogantes y dilemas oscuros derivados de la fragmentación de un universo jurídico cada vez más

caracterizado por “mónadas autosuficientes que se comunican entre ellas en la base de formas indeterminadas y casuales” (Riccobono), entonces, ¿qué es lo que está dentro y lo que se queda fuera del derecho?

El residuo entre la factibilidad de prácticas transnacionales cada vez más difundidas y vinculantes y la tentativa de una formalización jerárquica del dispositivo-derecho tiene confines precarios y márgenes que siempre tienden a desvanecerse en la cartografía del *soft power*, en el que la problemática de la ciudadanía, el tema criminal y la perspectiva de género se mezclan con la difusión de las políticas dirigidas a la protección de la seguridad, volviendo a trazar sus confines y la cada vez más creciente demanda a nivel nacional/local de seguridad que, con el aumento de flujos, mercancías y personas, se hace cada vez más necesaria hasta volver a definir la misma categoría jurídica de crimen (Pitch).

Se trata de discursos, políticas y dilemas que la gubernamentalidad neoliberal deja pendientes y que convierten en complejo e interesante el desafío de los estudiosos.

Traducción del italiano de M. Colucciello

José Luis Villacañas Berlanga. Catedrático de Historia de la Filosofía en la Universidad Complutense de Madrid. Director y Fundador de la *Revista Res Publica* y Director de la *Revista Anales de Historia de la Filosofía*. Director de la Biblioteca Saavedra Fajardo de Pensamiento Político Hispánico. Sus principales temas de investigación son la historia de la filosofía y de las ideas políticas. Entre sus trabajos recientes se encuentran: *Teología política imperial y comunidad de salvación cristiana*, Editorial Trotta, Madrid, 2016; *Populismo*, La Huerta Grande, Madrid, 2015; *Historia del poder político en España*, RBA, Barcelona, 2015.

Contacto: jlillac@filos.ucm.es

ALGUNAS TESIS SOBRE *SOFT POWER* Y SUBSUNCIÓN REAL

José Luis Villacañas Berlanga

Universidad Complutense de Madrid

SOME THESES ON SOFT POWER AND REAL SUBSUMPTION

DOI: 1017450/160102

Fecha de recepción 28 de septiembre de 2015; fecha de aceptación 14 de noviembre de 2015. El artículo es fruto de un proyecto de investigación desarrollado en el Departamento de Historia de la Filosofía de la Universidad Complutense de Madrid.

Resumen

El ensayo analiza la problemática marxiana de la subsunción real, confutando su centralidad como clave del capitalismo contemporáneo. Si el pronóstico marxista más perspicaz con respecto al *soft power* atañe a la subsunción real, al mismo tiempo esta no puede adquirir el perfil de dispositivo ontológico, tal y como se destaca de los análisis de los textos marxianos de Antonio Negri. Valiéndose de la ayuda metodológica e histórico-conceptual del pensamiento de Max Weber, el autor subraya que las tensiones actuales entre el capital financiero, el capital industrial y el capital humano no se pueden teorizar en términos absolutos, y que su funcionamiento no se basa en una lógica determinista, sino más bien en una lógica reflexiva, procesual y adecuada.

Palabras clave

Subsunción real, *soft power*, ontología, absolutismo conceptual, Max Weber

Abstract

The essay examines the Marxian issue of real subsumption confuting its centrality as the key of contemporary capitalism. Even if the most farsighted Marxist prognosis about soft power concerns real subsumption, the latter cannot be considered an ontologic device, as shown by the analysis of Marxian texts developed by Antonio Negri. Using the methodological and historical-conceptual contribution of Max Weber thought, the author shows that the current tensions between financial capital, industrial capital, and human capital cannot be theorized in absolute terms and that their operation is not based on a deterministic logic but rather on a reflexive, processual, adaptive logic.

Key words

Real subsumption, soft power, ontology, conceptual absolutism, Max Weber

1. Ontología y absolutismo conceptual

No hace falta invocar a Maquiavelo para apreciar la diferencia entre realidades efectuales y conceptos. La izquierda mundial lleva tiempo con análisis conceptuales a la defensiva, intentando imponer los viejos conceptos a las nuevas realidades. En este proceder hay un eco del argumento ontológico que cristalizó las esperanzas de omnipotencia conceptual de los teólogos medievales. Hay algo de conservador, de esclerosis de mirada, en este aferrarse a viejos conceptos para hacer encajar las nuevas realidades. Negri ha sido desde años el arquitecto principal de esta estrategia teórica, caracterizada por un virtuosismo hermenéutico sutil de los textos de Marx a los que acompaña de una fenomenología de la vida cotidiana convencional. Sus análisis suelen partir de conceptos teóricos marxistas clásicos y buscan proyectar analogías y metáforas entre estos conceptos y las nuevas realidades para mantenerlos operativos. En estas proyecciones metafóricas solo tiene un rival en Agamben. Así, por ejemplo, la nueva metrópolis es el equivalente a la fábrica; los habitantes de la casa se han apropiado del capital fijo, el capitalismo ha vuelto al viejo estadio doméstico al hacer de la casa la máquina, el

intelecto general es la red y, por fin, el capitalismo de la edad global se puede pensar como el capitalismo de la subsunción real.

Lo que hay en la base de este planteamiento es una filosofía de la historia, no una ciencia de realidades en el sentido weberiano ni una reflexión sobre los límites de la conceptualización. Se trata de que, sea lo que sea el futuro, tiene que ser analizado en función de los conceptos del materialismo histórico que permitieron comprender el pasado. La potencialidad innovadora de la historia, que Weber consideró como un libro blanco sobrecargado de sobrevenidos, se reduce a la de una productividad metafórica que concede sus variaciones a ciertas definiciones inmutables y básicas. Podemos decir que, entre la estructura conceptual y las producciones metafóricas, no hay un esquematismo capaz de condicionar el uso de los conceptos, que de este modo se despliega con una libertad absoluta. Aquellos para los que la historia es indisponible y no vale esta estructura determinante de los conceptos, sino una más reflexiva; para los que la historia no se rige por una teoría fuerte como la de la *Crítica de la razón pura*, sino por una conceptualización débil y defectiva como la propuesta en la *Crítica del juicio*, quizá se hallen mejor preparados para identificar lo nuevo como singular, no como mera metáfora de lo legal y determinante. Quizá una de esas novedades sea el uso de *soft power*. En este texto esperamos proponer razones para afirmar la novedad de este concepto y su irreducibilidad a toda prognosis basada en la teoría marxista.

La prognosis marxista que guarda máxima significatividad respecto del *soft power* es ciertamente la de la subsunción real. Con este concepto tenemos el centro de la prognosis del marxismo, pues profetizaba una situación que Marx no podía observar, sino solo proyectar. Aquí, como siempre, según nos recordó R. Koselleck, las profecías sociales solo pueden ser aproximaciones, no previsiones de detalle¹. En el siglo XIX nadie sabía a ciencia cierta qué aspecto concreto podía tener la subsunción real de la totalidad social bajo el dominio del capital. Así que no poder estar seguros de lo que Marx presentía es exactamente lo que conocemos hoy. En este sentido, un poco de kantismo en ciencias sociales no estaría mal. La subsunción real quería identificar el momento en que el capitalismo constituía una totalidad orgánica capaz de mediar la *totalidad* de las relaciones sociales. Hoy sabemos que el capitalismo es una realidad triunfante, pero seguimos teniendo problemas con saber lo que sea *totalidad*. En todo caso, no sabemos si el capitalismo es total en el mismo sentido en que Marx pensaba que iba a serlo. Para Antonio Negri, al parecer, es algo bastante concreto. Él considera que la subsunción real

1. R. Koselleck, *Vergangene Zukunft*, el capítulo dedicado a “Geschichtliche Prognose in Lorenz v. Stein Schrift zur preussischen Verfassung”, Suhrkamp, Frankfurt, 1979, pp. 87-107.

de la sociedad bajo el capital era no solo la conversión de la utopía de Marx en realidad. Era tanto una previsión científica realizada cuanto una “previsión política que ha sido obligada a realizarse”².

El problema de la subsunción real atraviesa la obra entera de Negri. En su texto teórico más básico, *Marx más allá de Marx*, que es un seminario en la *Ecole National Supérieure* impartido en 1978, ya la desarrollaba con amplitud. En realidad, cuando veinte años después volvió a editar el texto, reconoció que la predicción más notable de Marx era que el trabajo obrero industrial sería a partir de cierto momento secundario en la organización del capitalismo. Cuando el capital subsumiese enteramente a la sociedad, esa sugiere Negri que era la previsión de Marx, el trabajo productivo sería intelectual, cooperativo e inmaterial. En realidad, la predicción no era exactamente esta, como vamos a ver. El punto relevante es que, cuando sucediese la subsunción real, el proceso de la construcción del comunismo sería inaplazable. De nuevo, se repetía la vieja profecía de la socialdemocracia: cuando el capitalismo haya triunfado plenamente, comenzará su fracaso. Negri hacía una variación de esta profecía: cuando todo el trabajo sea intelectual, bastará liberar el trabajo intelectual, como base de toda producción, para poner en pie el proyecto comunista. Podemos decir que si la vieja socialdemocracia era la forma subjetiva adecuada al momento del trabajo industrial, propio de la subsunción formal, la *multitud* era la forma subjetiva adecuada a la subsunción real propia del trabajo intelectual. Una y otra estaban llamadas a cumplir una profecía que en el fondo era la misma, y que se aplicaba al pie de la letra a la evolución histórica del capitalismo.

De forma retrospectiva, en el prólogo que realizara para la reedición de esta obra, Negri invocó a un aliado que ya no podía objetarle nada. Se trataba de Gilles Deleuze y su trabajo *La grandeur de Marx*, un texto que el autor no pudo editar por su muerte repentina³. La clave de la transformación de Deleuze, según Negri, reside en “estudiar e identificar con precisión este hacerse real de la teoría marxiana como dispositivo ontológico”.⁴ Nos permitimos subrayar el punto de la conversión de la teoría de Marx en *dispositivo ontológico*. No estamos muy interesados en averiguar qué encierra tal dispositivo.⁵ Consideramos que para Negri la dimensión ontológica del dispositivo es una

2. A. Negri, *Marx más allá de Marx*, Akal, Madrid, 2001, p. 8.

3. Ahora se puede ver de N. Thoburn, *Deleuze, Marx and Politics*, Routledge, London, 2003.

4. A. Negri, *Marx más allá de Marx*, p. 8.

5. *Ibid.*, p. 9: “El comunismo, dice Deleuze, es un concepto que la fuerza de la multitud hace que se convierta en nombre común, un nombre que corresponde al modo de ser de la resistencia subjetiva, o sea, que deviniendo, dota de realidad a la utopía. El planteamiento epistemológico, cuando es crítico, siempre es utópico: su verdad, sin embargo, consiste en hacer que viva en el movimiento histórico de las multitudes, en el cerebro de los hombres, entre acontecimiento y acontecimiento, el devenir real del nombre común, en este caso, del comunismo”.

garantía de la praxis emancipadora, lo que en el fondo evoca el viejo reflejo de la socialdemocracia clásica de asegurar la revolución en la necesidad histórica. Así dice Negri que el comunismo se construye “Siguiendo siempre este dispositivo ontológico que transforma la crítica de lo existente en constitución común del ‘nombre común’”⁶ Ese nombre común es comunismo. Así que la ontología del capital ofrece la clave que determina la emergencia de la dimensión subjetiva de resistencia, las multitudes. Pero por su base ontológica esta dimensión objetiva, depositada en el cerebro de los hombres, alcanza verdad y realidad. Esta traducción de las categorías de Marx en ontología constituye la aspiración secreta de buena parte del pensamiento del siglo XX en su búsqueda de un absolutismo conceptual teórico: unificar Marx con Heidegger para, de esta forma, ofrecer una reconciliación del marxismo clásico con el pensamiento posmoderno⁷. La multitud sería así “el esquema estructural de una nueva subjetividad” adecuada a la fase de subsunción real del capitalismo, a su dispositivo ontológico.

Por supuesto que en esta obra de 1978 ya se entendía que la diferencia entre subsunción formal y real era decisiva.⁸ Para Negri era la clave de la investigación marxiana y era saludada como de “extraordinaria actualidad”⁹ Este problema lo planteaba Marx en los *Grundrisse* cuando analizaba el “grado en el que se ha constituido la comunidad real en la forma del capital”.¹⁰ El texto de Marx, acerca del que Negri ya nos avisa que no pretende describir la subsunción real con rigor, ofrece un caso particular de eso que se llama un cambio cualitativo,¹¹ o un “cambio en la naturaleza del capital”.¹² Por supuesto que Marx utiliza la metáfora orgánica, tan afín con la de la totalidad, como sabemos desde la *Crítica del juicio* de Kant. Ahora el organismo era el capital y todas las determinaciones sociales forman parte de su “composición orgánica”.¹³ La forma en que esta producción orgánica se verificaba era la “sociedad-fábrica”. Marx había avisado de que con este progreso de la subsunción tendrían todavía que identificarse “las formas institucionales adecuadas”,¹⁴ las variaciones que deben sufrir el Estado y el poder. Sobre esto, Marx no hace previsiones. En este vacío de previsiones resulta significativa la emergencia del

6. Ibid.

7. “El filón italiano, concentrándose sobre el concepto de ‘general intellect’ ha sentado las bases de una lectura de la posmodernidad absolutamente original”, ibid.

8. Ibid., p. 132.

9. Ibid., p. 133.

10. K. Marx, *Grundrisse der Kritik der politischen Ökonomie*. Negri cita por la edición de Dietz Verlag, Berlín, 1953. Seguimos con esta edición.

11. A. Negri, *Marx más allá de Marx*, p. 133.

12. Ibid., p. 132.

13. Ibid., p. 133.

14. K. Marx, *Grundrisse der Kritik der politischen Ökonomie*, p. 430.

soft power. Sin embargo, el movimiento de Negri, más que rellenar con lo imprevisible histórico factual los vacíos de las previsiones teóricas, intenta condensar la predicción teórica para desde ahí imponer su esquema –determinar– a lo imprevisible histórico y a sus formas de poder.

2. El sentido de la subsunción real

Lo que el texto de Marx dice de verdad es algo bastante técnico e históricamente determinado: la subsunción real retirará toda función productiva a la renta social y logrará que la tierra entre en el mercado.¹⁵ Su intervención en la producción es sustituida por el capital en cuanto capital. Lo que venía a significar en concreto este hecho es que el tiempo de la acumulación originaria se había acabado. Esto significaba en realidad que todas las necesidades sociales eran atendidas bajo la forma del cambio. Así que Marx pone en relación la capitalización de la riqueza social y la satisfacción de todas las necesidades mediante el mercado.¹⁶ Marx insiste en este aspecto de atender todas las necesidades, incluso aquellas de especificidad común, mediante el intercambio, lo que implica que la renta de la tierra en especies haya desaparecido. Así que en cierto modo la subsunción real no parece tener que interpretarse, como a veces lo hace Negri, como un acontecimiento, un *Ereignis* que abre la puerta a la emancipación futura. Es, como diría el sobrio lenguaje weberiano, la condición específica por la cual todas las necesidades de las masas se resuelven mediante la producción a través del mercado. Pues, como añadiría Weber, esta solución de necesidades a través de la producción para el mercado es lo que en realidad produce capital. La subsunción real describe con sencillez el momento histórico en que todo bien económico alcanza su integración en la serie mercancía-dinero-mercancía.

Marx estaba muy interesado en los procesos de aceleración del intercambio, en la ganancia de espacio mediante la ganancia de tiempo, como condición de una circulación que alcanza a la totalidad de la sociedad. De tal manera que podemos decir que cuando W. Rathenau escribió su fenomenología del tiempo presente, en el famoso libro *Kritik der Zeit*, ya estaba en cierto modo verificando las previsiones marxistas. Sabemos que en sus escritos sobre el Estado nuevo y la nueva economía intentaba aclarar las formas institu-

15. *Ibid.*, p. 438.

16. “Esto muestra en qué medida la riqueza social reproductiva está capitalizada y todas las necesidades son satisfechas en la forma de cambio”. K. Marx, *Grundrisse der Kritik der politischen Ökonomie*, pp. 430-431.

cionales del nuevo capitalismo.¹⁷ Negri no hace sino leer un texto de proyección científica marxista como si fuera un profeta que lee un texto bíblico: las promesas marxistas, todo lo que fue escrito, se cumplen *precisamente* ahora, ante nuestros ojos. La función de la ontología en el fondo esconde una economía del tiempo de la salvación y reside en asegurar esa proyección teórica sobre el presente. Pero, en el fondo, Negri no logra separarse de la necesidad de pensar la historia como la inevitabilidad del acontecimiento previsto en la teoría, que así atraviesa la economía de la epocalidad del tiempo. Desde este punto de vista, repite la obsesión del pensamiento moderno por determinar el tiempo histórico y la obsesión de la vieja socialdemocracia: liberar el capital de sus obstáculos, *revelarlo* en todos sus efectos es abrir por fin el camino a la “posibilidad de la subversión”.¹⁸

Sin duda, Marx hablaba de mercado mundial y de la universalidad del tráfico de mercancías y desde luego no hacía sino desplegar los pensamientos hegelianos sobre la mediación universal de la máquina. Hablaba de una perspectiva de filosofía de la historia como proceso en el que nada constituía un límite sagrado, y donde lo que se debía producir ante todo era el desarrollo completo de las fuerzas productivas como condición de producción.¹⁹ Era una revolución permanente del capital, comenta Negri. Esto no cambiaba la problemática de la alienación para Marx, ni tenía nada que ver con el auge del trabajo intelectual, inmaterial o cooperativo. Como sabía Weber, por el contrario, el proceso colocaba al individuo ante una riqueza ajena que le condenaba a trabajar en el seno de una expropiación general de los medios de producción. Pero en lugar de ver este proceso como un dinamismo económico autónomo, que deja la producción de capital a la lucha de precios, Negri mantiene que “únicamente la lucha de clases mueve al capital”.²⁰ Su evidencia teórica es el texto de Marx en el que dice que el capital no puede llegar a negar el tiempo de trabajo necesario como condición de su reproducción y de valor. Sin embargo, esto es lo que hace la subsunción real. Por tanto, el capital entra en su fase contradictoria. “Un desarrollo de las fuerzas productivas materiales [...] suprime en un cierto punto al capital mismo”.²¹ Eso es lo que anunciaba Marx.

17. Cf. W. Rathenau, *La triple revolución (Tres ensayos): El nuevo Estado, la nueva sociedad*, Biblioteca Nueva, Madrid, 1919. Para una introducción a este autor olvidado, véase la versión castellana por Catalina Grossman y Alfredo Cahn, *Walther Rathenau a través de sus obras*, Instituto Americano de Investigaciones Sociales y Económicas, Buenos Aires, 1942. En italiano se puede consultar la edición de Roberto Racinaro, *Lo stato nuovo e altri saggi*, Liguori editore, Napoli, 1980. Todavía es útil la biografía que le dedicó el conde Harry Kessler, recientemente reeditada, *Walther Rathenau: His Life and Work*, Read Book, 2008. Más actual, la biografía de Shulamit Volkov, *Walther Rathenau: The Life of Weimar's Fallen Statesman*, Yale University Press, London, 2014.

18. A. Negri, *Marx más allá de Marx*, p. 134.

19. K. Marx, *Grundrisse der Kritik der politischen Ökonomie*, p. 440.

20. A. Negri, *Marx más allá de Marx*, p. 135.

21. K. Marx, *Grundrisse der Kritik der politischen Ökonomie*, pp. 441-442.

En unas páginas más arriba se nos descubre la lógica de esta superación del capital y se nos muestra la dependencia de Hegel y su sistema universal de la máquina. Se trata de la diferencia entre trabajo vivo y trabajo de la máquina, que en *Grundrisse* (584-6) se presenta como un “poderoso organismo” (de nuevo la metáfora orgánica). Cuando esto sucede, el trabajo vivo es algo así como un “accesorio viviente de esta maquinaria”.²² Aquí aparece de nuevo la subsunción, pero ahora del trabajo vivo bajo el trabajo de la máquina. El “cerebro social”, la acumulación de saber y habilidad humanizados, es subsumido por el capital fijo. Y por eso, el capital fijo es la forma adecuada del capital en general, mientras que el capital circulante es la forma variable frente al capital fijo. En ese sentido, el capital entraría en contradicción con el principio de la plusvalía.²³ Se reproduciría como capital, pero sin tiempo de trabajo necesario para la plusvalía. En el límite habría capital sin plusvalía. Cuando el proceso estuviera acabado, el capital trascendería en el momento en que todo fuese una variación de capital circulante y fijo. Pero sin trabajo vivo, este quedaría liberado del proceso capitalista y de este modo podría tornarse trabajo cooperativo, anticipando el comunismo. Esto sucedería, en la perspectiva de 1978, de una forma que Negri parece tomar de Lenin: “el capital circulante se despliega como capital productivo en la forma de la planificación y el control de la reproducción de la sociedad”, dice. Y entonces tenemos la tesis de la subsunción real, que en el fondo no tenía otra previsión sino dar paso a la sociedad socialista sin tener que asumir la forma política y práctica de Gramsci ni la forma soviética de dominación: “La subsunción de la sociedad se ha hecho producción de la sociedad”.²⁴ Tenemos así en la subsunción real ese instante mágico en que el capitalismo se convierte en su contrario. El contenido de la subsunción real es, por tanto, la trasposición de todas las fuerzas del trabajo en fuerzas de capital, ya sea capital fijo o capital circulante. Por eso, dice Negri, “en este punto la apropiación capitalista de la sociedad es completa”.²⁵ Pero justo en ese momento, los seres humanos quedan liberados para el trabajo intelectual.

Negri reconoce que, en este curso de pensamiento basado en las proyecciones de Marx, hay “un cierto proceso mecánico de consecuencias”,²⁶ pero al mismo tiempo reconoce “un procedimiento lógico tan potente” y una “capacidad de anticipación tan

22. A. Negri, *Marx más allá de Marx*, p. 160.

23. Que está registrada en este punto: “El capital es la contradicción en movimiento, porque tiende a reducir el tiempo de trabajo a un mínimo, mientras que por otra parte pone al tiempo de trabajo como la única medida y fuente de riqueza”. A. Negri, *Marx más allá de Marx*, p. 164. La consecuencia es que pone el trabajo superfluo como condición del trabajo necesario.

24. *Ibid.*, p. 162.

25. *Ibid.*

26. *Ibid.*

increíble”, que lo hace irresistible. El argumento traía malas noticias para el marxismo, que ya Hegel había anticipado: la reducción de la dependencia del tiempo de trabajo.²⁷ El hombre quedaba reducido a un “vigilante y regulador del proceso de producción”.²⁸ En lugar de que la máquina sea el medio entre el hombre y la naturaleza, el hombre se desplaza al medio entre la máquina y la naturaleza. El argumento es hegeliano en sus entrañas. Así que el plustrabajo de la masa deja de ser condición de producción de riqueza. Como preveía Hegel, esto llevará a luchas sociales de permanente renovación. Negri sigue la consecuencia. Según sea la “potencia de la subsunción capitalista de la sociedad”, así emergerán dos “subjetividades plenas, contrapuestas, hostiles hasta el punto de su recíproca destrucción”.²⁹ Esto es lo que para Hegel hacía necesario el Estado: para atender la solidaridad nacional de los desplazados por la máquina que, como hemos visto, es el verdadero significado de la subsunción real. Entonces, el obrero queda fuera del proceso de subsunción y “la forma del valor es puro y simple poder de mando, pura y simple forma la política”,³⁰ dictadura del proletariado o dictadura del capitalista. Con su virtuosismo conceptual característico, Negri dice que este paso de la economía a la política, previsto por el propio Marx, se explica porque “la imposibilidad de la medida de la explotación modifica la figura de la explotación”.³¹ Al no tener en su base la plusvalía y el plustrabajo, toda la racionalidad capitalista implosiona y en su lugar aparece una “forma vacía de mando capitalista. Vacía y eficaz. Eficaz e irracional. Irracional y cruel”.³²

Evocamos este texto para recordar que a partir de aquí Negri se pone poético. De la economía a la política y de la política a la poética.³³ Bastaba poco para unir aquella vieja poética con la nueva de *El trabajo de Dionisos*, donde ahora se trataba de unir no a Marx y a Heidegger, sino a Marx y a Nietzsche a través de Spinoza. En realidad aludimos al mismo *Grundrisse* para decir que “el trabajo es el fuego vivo, formador, la transitoriedad de las cosas, su temporalidad, así como su modelación por el tiempo vivo”.³⁴ Dionisos pasó a ser el dios del trabajo vivo liberado. No se olvidaba de que el comentario de los

27. K. Marx, *Grundrisse der Kritik der politischen Ökonomie*, p. 592.

28. A. Negri, *Marx más allá de Marx*, p. 163.

29. *Ibid.*, p. 164.

30. *Ibid.*, p. 167.

31. *Ibid.*

32. *Ibid.*, p. 168.

33. Se trata de la alabanza del individuo multilateral que tantos puentes iba a tender hacia el individuo posmoderno. *Ibid.*, p. 170: “Deja de existir el beneficio porque deja de ser posible la traducción de la productividad del trabajo en capital. Deja de existir la racionalidad capitalista. La subjetividad no se libra simplemente a sí misma, libera por el contrario una totalidad de posibilidades. Identifica un horizonte. La productividad del trabajo se funda socialmente y se expande socialmente. Es simultáneamente un magma que todo envuelve y recompone, y un infinito despliegue de riachuelos de disfrute, de propuestas, de invenciones que recorren la tierra fecundada por el magma”.

34. A. Negri, M. Hardt, *El trabajo de Dionisos*, Akal, Madrid, 2003, p. 7.

Grundrisse hacía irrelevante su aporte, pero sencillamente se transformaba la irrelevancia del trabajo para el capital en trabajo emancipado. Este es el arte del absolutismo conceptual. La novedad de la máquina electrónica, que no permite una expropiación radical, permitió el paso que garantizaba la metamorfosis de la irrelevancia del trabajo vivo en emancipación del trabajo intelectual como nuevo trabajo vivo cooperativo. En él estaban depositadas energías salvajes que las nuevas máquinas no inhibían, por mucho que las desearan domesticar.

Concluamos. En la metáfora de la subsunción real hay algo así como un esquema vampírico. El capital poco a poco va absorbiendo la sangre de la sociedad civil hasta que ha logrado inocular en todo el cuerpo social su propio fluido: el dinero, de tal manera que a partir de ese momento la sociedad no tiene más vida propia, sino vida económica atravesada por las relaciones económicas de mercado. No es concebible de verdad este concepto sin un cierto organicismo, sin una relación biológica invasiva que determina que, a partir de un momento, bajo la misma apariencia del todo social, solo fluye una sangre económica. Esta perspectiva era bastante convergente con lo que pensaba el último Foucault: parece que hay biopolítica, regulación gubernativa de la vida, pero en realidad solo hay *homo economicus*. Parece que hay libertad, pero en realidad solo hay mercado. El concepto de subsunción real, en la medida en que encierra un dispositivo ontológico, tiene como finalidad renovar la diferencia entre apariencia y fenómeno real. Los hombres viven bajo la forma fenoménica de la sociedad, pero en realidad viven bajo la realidad de las relaciones económicas impuestas por la subsunción real. Pero cuando el proceso culmina, en realidad, los humanos viven ya una existencia póstuma, y no son necesarios para la renovación del capital. Entonces descubren que su trabajo intelectual ya puede ser comunista. De ser periféricos al capital se han convertido en centrales del comunismo, en multitud.

3. El capitalismo moderno como sobrevenido

Quizá convenga preguntarnos por los rendimientos teóricos y prácticos que puedan producir aproximaciones conceptuales que procedan de otras formas menos orgánicas y determinantes de observar la realidad social. Entre ellas, ninguna sigue siendo tan eficaz e instructiva como la de Max Weber. Él también tenía una visión del capitalismo como realidad, y es posible que sea interesante contrastarla, aunque solo sea como hipótesis alternativa a la de Negri. Dos elementos son los decisivos en la argumentación de Weber sobre el capitalismo racional moderno. Primero, que es un

hecho histórico sobrevenido, imprevisto, no buscado, dado que las motivaciones que lo impulsaron estaban situadas completamente en otra parte, en la obsesión de obtener una *certitudo salutis* accesible solo desde un entramado metafísico de intereses. Segundo, que justo por eso y por la estructura de irresponsabilidad y opacidad que lo produjo, el capitalismo se autonomizó respecto de sus forjadores y se convirtió en una máquina que funciona hasta cierto punto de manera automática. Aquí tenemos otra visión del capitalismo diferente de la subsunción real. Ciertamente, ha adquirido autonomía, pero esa autonomía es la de un cuerpo extraño, una máquina cuyas entrañas nadie penetra, porque es fruto de una producción inconsciente, a la que todos tienen que referirse y adorar, aceptar en su mediación, pero con el respeto, la desconfianza, el miedo propio de un dios que no está diseñado para el ser humano ni piensa en él, un dios catastrófico y tiránico. El virtuosismo de Negri, y de otros, es semejante al intento desenfrenado de los escolásticos tardíos de dominar ese dios con una redescipción de sus atributos conceptuales con el fin de prever y explicar sus efectos desde alguna forma de teodicea que transforme sus males en bienes y descubra su relación con el tiempo como una economía. Esta mirada sobre el capitalismo, más que racional, es puramente conceptual, pero no excluye, como sucede en todo virtuosismo gnóstico, el uso oportunista de algunos, que obtienen ventajas de la máquina justo por el manejo de determinados conceptos. Para eso, la máquina omnipotente debe ser pensada de tal modo que sobre ella se pueda ejercer control. Esto permite que los virtuosos dotados del absolutismo conceptual adecuado se eleven a sacerdotes, vicarios, profetas y augures de la máquina. Todos saben que la máquina piensa en sí misma y no en los seres humanos. En este sentido, el esfuerzo paranoide del absolutismo conceptual requiere que la totalidad esté condicionada por una *maquina maquinorum*, sin la cual se restringe de forma muy drástica cualquier capacidad de intervención. Este es el sentido de la subsunción real.

Para la mirada weberiana, por el contrario, el capitalismo es un hecho sobrevenido y nada puede cambiar ese estatuto. Puede que sea la realidad más poderosa, pero justo por su dimensión catastrófica y autónoma, no puede ser adorada por nadie realmente ni puede sobredeterminar la totalidad de la vida social y afectiva. Por tanto, los seres humanos siguen teniendo sus otros dioses y sus valores con los que lograr conformar sus daímones. Solo el capitalismo no se deja convertir en *daímon*. Algunos pueden sentir la fiebre de estar a su servicio y manejar algunos hilos al modo de ludópatas desaprensivos, pero a diferencia del eros, la belleza, la salvación psíquica, la producción de lo justo, el hallazgo de la verdad, el dios de la utilidad es inmanejable por el interés subjetivo en

el largo plazo existencial. Todavía no podemos comprender como verosímil una personalidad humana que se deja subsumir completamente por el capital ni una sociedad que lo haga. El capitalismo goza de la paradoja de que solo se sirve automáticamente a sí mismo, pero no puede dominar el pecho de ningún hombre ni de ningún grupo en su totalidad, salvo que la noche polar haya congelado lo humano. En cierto modo, nos sigue pareciendo un imposible psíquico como motivo consciente autosuficiente y perenne de la acción humana.

Este esquema weberiano está diseñado para mostrar, de forma kantiana, las distancias entre el capitalismo y la subjetividad, por una parte, y las distancias entre capitalismo y la visión de totalidad del ser social por otra. El esquema weberiano implica que el capitalismo es inmanejable como totalidad evidente. No tiene una racionalidad inmanente plena y en esto es fiel a su origen sobrevenido y a sus entrañas, que se han formado a golpe de experiencias pasivas, no activas, de crisis y de renovaciones, de huidas hacia adelante, de vida pulsional. Esto significa finalmente que es inevitable en el terreno de los medios, pero no es absorbente en el de los fines. Sirve en cierto punto a la acción instrumental, pero no a la acción racional según sean los valores. La problemática de la subsunción real, cuando se la mira desde este esquema, choca con la falta de evidencia de que un mero medio pueda ser capaz de imponer una sobredeterminación total de la realidad. Comprendemos que estas categorías, que son insuperables en la estructura de finitud humana, sean miradas con ironía desde los restos de pensamiento idealista que laten en el fondo de los análisis marxista y neomarxista. Pero estas categorías, que proceden de la finitud, tienen la ventaja de que nos conectan de forma adecuada con el mundo de la vida y sus evidencias todavía sin congelar por completo. De forma adecuada, este planteamiento permite tener en cuenta la fenomenología de la vida social sin prejuicios conceptuales sistemáticos.

Subrayamos sistemáticos, porque los prejuicios conceptuales son inevitables. Sin embargo, hay una diferencia entre los prejuicios conceptuales que proceden de observaciones del mundo de la vida, obtenidos de la vida histórica y sus singularidades, frente a aquellos otros extraídos del sistema basado en un absolutismo conceptual —que ignora el carácter defectivo de los conceptos— y sus transformaciones metafóricas inconscientes de ser tales. Sin duda, el saber conceptual fragmentario y defectivo es menos imponente que el sistemático y es, desde luego, tentativo, parcial, histórico, reflexivo y finito. Sin embargo, nos hace estar más alerta para identificar lo desconocido y aunque nos despierte a veces, no produce esa extraña seguridad del saber sistemático que, si por acaso fuera

inadecuado, nos descarría sin remisión. Porque la sensación de seguridad del sistema oculta las fallas en la descripción de lo real.

¿Qué ganancia obtenemos de esta apuesta por lo no orgánico, lo no total, lo no previsible? Creemos que una que nos permite distanciarnos de Marx y su organicismo del capital. Pues la relación entre el capital circulante, el capital fijo y el capital variable no forman un organismo, ni mucho menos. No constituyen un único capital que subsume a la totalidad de la realidad de la misma manera. Esto significa que las tensiones entre el capital financiero, el capital industrial y el capital humano no pueden teorizarse en términos absolutos. Tampoco puede teorizarse aquello que sustituye a la renta de la tierra, el capital material, el valor de las materias primas y que hace de sus propietarios algo parecido a Estados rentistas. Cada una de estas dimensiones del capital está determinada por la propia aspiración de cada una de estas formas del capital. Justo la imposibilidad de someter estas relaciones a una racionalidad general y sistémica es lo que ha determinado la emergencia de este especial *soft power* entendido como gobernanza. Sin el déficit radical del capitalismo como organismo, la gobernanza no tendría sentido. Pero lejos de la previsión marxista, no se trata de desnudo poder arbitrario. Su ideología es diferente: no depende de una lógica determinante, como la que está en el corazón mismo de la subsunción, sino reflexiva, tentativa, procesual, equilibradora, autocorregida, indiciaria, sintomática, reversible, reactiva, adaptativa, basada en la teoría de las catástrofes, en los argumentos de juegos, en lo que Laura Bazzigalupo ha llamado “incertidumbre ontológica”, algo que creemos bastante diferente al llamado “dispositivo ontológico” e imposible de recoger en un absolutismo conceptual. El modelo del *soft power* es el de la *crítica del juicio reflexionante*, no el de la *crítica del juicio determinante*. Como vemos, es la forma adecuada a un capitalismo consciente de la imposibilidad de la propia planificación centralizada y eso habla solo de *regulación*. La pregunta que debemos hacernos es si ese *soft power* sobrevenido es la forma definitiva de gobernanza del capitalismo, y cuál puede ser su destino y el de la forma soberana de la política.

4. No hay subsunción real, y por eso hay *soft power*

Esta tesis no es intuitivamente evidente. En realidad es una especie de abducción. Sin embargo, cualquiera puede asomarse a sus premisas. El capitalismo no puede ser planificado y eso ha requerido una mediación en cierto modo reguladora y este es el

alma de la gobernanza. Y esto en la medida en que, si tenemos en cuenta los avisos de Carl Schmitt, hechos en la cercanía de Weber, el capitalismo puede evitar la gramática de las decisiones en la medida en que las sustituya por estrategias de contención de consecuencias, de *kathechon*, que no hace inferencias acerca del funcionamiento de la caja negra de la máquina autónoma total. En este sentido, allí donde se cuenta con líneas rojas de contención suficientemente contrastadas respecto de la ignorancia de la caja negra, el capitalismo evita el gasto de las decisiones. Sin duda, esa caja negra es la del capitalismo global que nadie penetra, y la aspiración del *soft power* es producir efectos de equilibrio para producir la clave de toda evitación de decisiones, el tiempo, ahora invocado bajo el *kathechon* salvador del crecimiento. Si alguien puede argumentar que mantener los tipos de interés cercanos a cero contribuye a mantener el equilibrio capitalista mundial, a mantener la máquina en funcionamiento, entonces nadie entenderá su medida como una decisión en el sentido schmittiano del término, como algo que afecta a la lógica de la caja negra. Sirve solo para contener algunos efectos del molino diabólico autónomo, que sigue tan entregado como antes a su lógica ignota. En este mismo sentido, los actores de la gobernanza, verdaderos agentes imperiales, *kathechónicos*, podrán defender que son responsables ante el mundo, que promueve las relaciones no hostiles, que no toman medidas unilaterales, que se encarga de las estructuras interrelacionadas del mercado mundial. En fin, que no deciden.

Todas las medidas de lo que Nye define como *soft power* implican ya la ganancia *kathechónica*, el largo plazo de la estabilidad económica, lo que a su vez implica que la gobernanza mundial es un sobrevenido indiciario del consenso de los poderes mundiales acerca del funcionamiento del equilibrio deseable del mundo. Nadie está inclinado a que la máquina ignota del capitalismo, que es hasta cierto punto extraña al poder de todos ellos, entre en crisis y se tenga que pasar a las decisiones. En este sentido, el capitalismo se ha convertido en la dimensión verdadera de la naturaleza y ha reocupado todos sus sentidos como productora de bienes en medio de una inhumanidad básica potencialmente catastrófica.³⁵ No hemos desplegado este pensamiento, pero parece que es el futuro. No hablamos solo de la subsunción real de la vida social bajo las diversas formas del capital, sino de la vida general que tiene que ser vivida bajo una forma superior de naturaleza inmanejable, en la medida en que esa forma de capital no es orgánica. Esta subsunción peculiar, que no implica liberación del trabajo vivo ya emancipado,

35. Así Laura Bazzicalupo ha podido hablar de “capitalismo naturalizado”, véase “L’Immaginario della crisi e lo spettro del cambiamento: falso movimento”, en L. Bazzicalupo, A. Tucci (eds.), *Il grande crollo. È possibile un governo della crisi economica?*, Mimesis, Milano, 2010, pp. 15-34.

sino que ante todo implica conciencia de la improbabilidad de toda existencia, vida precaria, es la que se conoce como Antropoceno³⁶. Así que la capacidad catastrófica de la naturaleza natural es ya parte de la naturaleza catastrófica del capitalismo. En cierto modo, la gobernanza es una regulación ecológica del capitalismo, como la ecología es una regulación capitalista de la Tierra.

Por supuesto que este equilibrio anhelado mantiene grados y márgenes. No todos los actores de la gobernanza tienen el mismo poder *kathechónico* ni son partes equivalentes del dispositivo imperial. No es lo mismo el equilibrio que se permiten poderes como Brasil, que poderes como China. Por supuesto, esto depende de lo central que sea un país para la formación del equilibrio mundial. Además, esto implica que todavía hay instancias de decisión, solo que su presencia juega sobre todo para disuadir de tomar decisiones. Todos estos fenómenos, que conciernen a la fenomenología de la vida cotidiana, se derivan del aspecto inorgánico del capitalismo global, no del absolutismo conceptual de la subsunción real. Que todos los actores sean conscientes de que hay un amplio terreno de juego en el que no deben emerger las instancias de decisión, no significa que no existan. En realidad, las instancias de decisión están alerta y cuidan de que las demás instancias no tomen decisiones. Se trata de un desarme recíproco de actores que podrían estar listos a tomar las armas.

Por lo tanto, mientras la gobernanza del capital identifique la forma de detener las consecuencias de la caja negra de la máquina que hay que preservar en sus equilibrios, se genera el espacio de postergación de la decisión. Y a este ejercicio del poder que posterga las decisiones se le llama *soft power*. Así que la tesis acerca del *soft power* es que ofrece el dispositivo de *kathéchon*. Su verosimilitud es que la máquina capitalista seguirá bajo control homeostático de sus consecuencias. Los seductores bienes de cultura, de modo de vida, de equilibrio, de valores, de biopolítica, en los que se basa el *soft power* tienen como supuesto material que el ritmo de las innovaciones técnicas mantendrá activada la inclinación del ser humano al control de objetos. No debemos olvidar que la biopolítica actual promete, sobre todo, no política de la vida; sino política de los objetos³⁷. Los argumentos sobre los que se basa el *soft power* que ejercen las autoridades chinas a favor de la multipolaridad, de la política de paz, de la serenidad

36. Se debe consultar la serie *Critical Climate Change* editada por Tom Cohen y Claire Colebrook, en Ann Arbor, University of Michigan y que aspira a estudiar las “epistemológicas mutaciones que corresponden a la temporalidad de la mutación terrestre”.

37. Cf. J. C. Milner, *La política de las cosas*, Miguel Gómez Ediciones, Málaga, 2007, p. 23: “Porque la democracia moderna no entrega el gobierno de las cosas a los hombres, lo entrega a las cosas”. Esto es ante todo una política de control en un sentido diferente del que anunció Deleuze, pero más preciso: “Se trata de evaluar a cada cual. Evaluar a los seres hablantes, en masa y con detalle, evaluarlos en cuerpo y en alma, a ese se llama control”, *ibid.*, p. 15.

en las relaciones internacionales, de la cooperación al desarrollo con amplias regiones de África y América tienen como condición de posibilidad que los beneficios de la formación del mercado mundial que conocemos desde el pacto Mao-Nixon se van a mantener en el largo plazo. Esa es su aspiración.

Pero quienes desde Weber y Polanyi avistan el capitalismo como un automatismo cuyas entrañas no se saben muy bien cómo funcionan, no pueden dejar de considerar que esta utopía de equilibrio en el fondo tiene bastantes probabilidades de que sea un artificio para decorar una huida hacia delante de la especie humana en su habitar sobre la Tierra. Este comentario tiende a plantearse la pregunta por la calidad de este dispositivo de *kathéchon* que es el *soft power*, uno que no es incompatible con la huida hacia adelante. Aquí, una vez más, los conceptos de nomadismo, errancia, carencia de espacio, todos los filosofemas que se toman de Deleuze, no son sino interrognos, afines a eso que en el fondo constituye al liberalismo básico del *soft power*; expresiones precisas de esa huida hacia adelante. Podemos sospechar que el *soft power* no es un poder sustantivo, sino la forma en que los agentes de la decisión actúan mediante delegados aplazando las decisiones. Podemos suponer igualmente que los poderes decisivos son competencias de reserva que entrarán en juego si la situación se sale de control. Pero si lo hace, y cuando lo haga, la máquina negra del capitalismo dejará de ser el artefacto autónomo que funciona a su aire, para dejar paso a la lógica bien humana de la dominación política soberana. Frente a ella, es lógico que esta actuación de gobernanza tenga como aspiración central posicionarse en relación con la máquina capitalista, cuya exterioridad en cierto modo permite que la gobernanza se presente como imparcialidad, objetualidad, dominio de un *gestell* que necesita el poder que pueda no tanto manejarlo a voluntad (nadie desea repetir la omnipotencia de los poderes totalitarios que cayeron víctimas de la ilusión megalómana del voluntarismo), cuanto impedir que sus aspas diabólicas generen el peor daño en su propio territorio. Aquí, de nuevo, espacio, territorio y población siguen siendo las coordenadas de los aplazamientos mundiales. Por ellas tiene sentido el *soft power*, exactamente igual que el *hard power*.

El día en que el horizonte del actual equilibrio mundial se torne improbable, el día en que la máquina capitalista no pueda ser controlada en sus efectos; esto es, el día en que sus efectos se conviertan en diabólicos, entonces el *soft power* no podrá seguir ocultando la realidad de que en el fondo es un delegado del *hard power*. Por eso, justo porque no hay eso que se llama subsunción real, hay *soft power*, poder katechónico, poder de consecuencias, no sustantivo, enraizado en la caja negra ignota del capitalismo. Pero justo porque no hay subsunción real, tampoco hay *soft power* como última instancia.

5. No hay *soft power* sin *hard power*

Esta tesis, sin duda, es afín a la anterior y muestra con toda claridad que el capitalismo global no es el orden radical del *nomos de la tierra*. Esta última frase es una sencilla forma de decir que no hay subsunción real y que la esfera de la política sigue alentando al margen de la caja negra del capitalismo. El capitalismo global es la forma económica específica en que se mantiene un orden global nuevo, único, singular. En realidad, el capitalismo global es el orden económico en el que se refleja el triunfo de ciertos poderes mundiales. De nuevo, lo que en realidad está en la base de la derrota de la Unión Soviética es sencillamente la evidencia de que, a pesar de disponer de un armamento poderoso, la Unión Soviética no podía sobrevivir aislada del comercio mundial si China entraba en relaciones comerciales intensas con Estados Unidos y sus socios. La caída del muro de Berlín comenzó en la entrevista Nixon-Mao. Así que el orden mundial que siguió a la Guerra Fría, y que condujo a la victoria de los Estados Unidos de América sobre la URSS, fue la victoria del *soft power* de la gobernanza económica sobre las formas de la decisión política propia de los poderes imperiales de la Guerra Fría. Porque los Estados Unidos no pueden soñar que su relación con China sea imperial al viejo estilo, es inevitable que sea *soft power*. Esa arma de victoria, la gobernanza de un orden económico global, por tanto, fue la decisiva para instaurar el nuevo orden mundial, pero es un arma más, no la única que gobierna el nuevo orden mundial. En cierto modo fue una respuesta al camino bloqueado del *hard power* que había dejado las cosas en el empate catastrófico de la Guerra Fría.

Pero en todo caso, esa arma no habría funcionado sin la ayuda del *hard power*, pues lo que se ventilaba era una forma de hegemonía mundial. Lo que provocó la caída de la URSS con la celeridad que conocemos fue que se supo mantener la presión *hard* y *soft*. *Hard* sobre la URSS, con el programa de misiles antimisiles conocido como Guerra de las Galaxias impulsado por Reagan, y el *soft* sobre la China y la política de desarme arancelario y de libre comercio que implicaban a China en la futura gobernanza mundial. El escenario sorteó la esclerosis de la ONU, que como gremio de vencedores de la Segunda Guerra Mundial bloqueaba toda reforma del orden mundial. Ese escenario dividió a las elites chinas y permitió el ascenso de Deng-Chiao-Ping, con lo que marcó el rumbo de una revolución que aisló internacionalmente a la URSS. Esta experiencia es constitutiva de los análisis que llevaron a la definición del *soft power* por parte de Nye. Pero también es constitutiva de la diplomacia china y de la forma de ejercer su influencia internacional, mediante créditos en mejores condiciones que el FMI, política de equilibrio y de armonía

internacional. En suma, la experiencia del triunfo americano de la Guerra Fría es determinante para entender el *statu quo*, que ya no es el resultante de la Segunda Guerra Mundial, razón por la cual la ONU ya no tiene relevancia alguna para solucionar los conflictos mundiales.

En todas sus proclamas, los teóricos del *soft power* afirman que el despliegue de este tipo de poder no significa que se descuide el *hard power*. Lo que significa realmente es que solo si se limita de forma considerable el uso del *hard power*, el orden mundial que ha sucedido al forjado tras la Segunda Guerra Mundial podrá ser un orden americano. Acerca de este hecho no basta con las proclamas de Negri acerca del nuevo poder de mando imperial.³⁸ La preocupación fundamental de los teóricos del *soft power* es cómo los Estados Unidos pueden seguir siendo hegemónicos en el mundo. Hacerlo solo como *hard power* es muy caro. Cuando el *soft power* entra en juego no solo es barato sino beneficioso. La capacidad de seducir al mundo con sus Ipad, iPhones, industria cultural, industria del entretenimiento, formas musicales no hace sino abrir mercados, que se regulan y aseguran con las agencias de gobernanza. La clave de este *soft power* es que, además de concernir a los sentimientos, existencia y afectos, tiene efectos económicos importantes, abre mercados, y tiene como condición que se respeten las leyes de la propiedad intelectual. Por tanto, en cierto modo, el problema conceptual del *soft power* reside en que no logra identificar si es una forma de *marketing* de los productos característicos de la *American Way of Life* o si debe incluir el poder económico como herramienta diplomática. Pero en todo caso, implica una separación entre los poderes decisorios de la política y los poderes reguladores de la gobernanza, pues solo esta separación permite su eficacia katechónica de ganancia de tiempo. En suma, estamos ante una teoría imperial de nuevo cuño, que Negri no ha tenido en cuenta en su famoso análisis.³⁹

Como dice Laura Bazzicalupo en el Editorial a la revista *Soft power*, este modo de pensar es estratégico y modal, y se muestra capaz de interconectar todos los aspectos de la vida. Su potencial carácter de capilaridad, informalidad, complejidad, responde bien a la carencia de organicidad del capitalismo actual y de nuevo falsea la tesis de la subsunción real. En su proliferación continua de diferencias puede aspirar a tejer un espejo de la productividad de la vida económica, evadiendo así la forma nítida y visible de la representación política. Mientras que esta trabajaba con una proyección de la complejidad de la vida económica sobre el punto de fuga de una trascendencia soberana,

38. A. Negri, *Marx más allá de Marx*, p. 9.

39. Véanse M. Hard y T. Negri, *Imperio*, Paidós, Barcelona, 2002.

la gobernanza funciona enviando delegados fragmentarios de la vida económica con la aspiración de que su cruce permanente de información genere una imagen como en un mosaico de la vida económica, aunque nadie la vea entera. En todo caso, permitirá que cada pieza tenga suficiente información de las piezas laterales como para dotarse de un perfil y un límite, y así aprenda a conocerse a sí misma. Cada una de ellas, por tanto, asume la lógica de la pluralidad y de la diferencia, completamente ajena a la de la soberanía. Su régimen de verdad no está dictado por nadie, sino hallado en el propio proceso de articulación de las relaciones próximas, configurando grumos de ajuste. No hay un observador de la totalidad, pero todos observan los fragmentos del *puzzle* que definen su posición. Está la estructura de las relaciones horizontales que caracteriza el *soft power*.⁴⁰ Su relación con las estructuras verticales del poder político se enfrenta al problema de conquistar el mínimo consentimiento con el que el nuevo republicanismo comprende la forma de dominación legítima.⁴¹

Esta relación define la lógica del presente como relación de tensión entre la esfera económica y la esfera política. Pues si bien la primera proyecta unas expectativas derivadas del principio de placer asentado en el trato permanente con objetos, la segunda sigue monopolizando las exigencias de seguridad existencial ante las catástrofes ya igualmente naturales del capitalismo y de la tierra. Si queremos ofrecer un soporte antropológico a esta ontología del presente, podemos decir, más allá de Foucault, que la gobernanza *soft power* realmente gobierna el principio de placer, generando tiempo, mientras que el Estado sigue regulando y ordenando de forma masiva la pulsión de muerte y el miedo existencial. En la medida en que estas pulsiones se mantengan en equilibrio, dando tiempo y conteniendo la llamada amenaza del terrorismo, *soft* y *hard power* podrán tejer su camino convergente. En la medida en que el Estado siga gobernando esta dimensión pulsional, sin embargo, implicará una dimensión espacial y un borde territorial (algo que el principio de placer más bien desconoce), y desde luego alcanzarán una dimensión pública, y en este sentido, en los asuntos en los que todavía interviene el Estado podrán venir connotados por otros aspectos existenciales no vinculados al principio de placer, como la vida, la familia, los antepasados, el sentido de la salvación, la cultura. De ahí la profunda asociación del principio de muerte con la problemática de la religión y su imparable dimensión pública. Desde este punto de vista, no hay subsunción real

40. Véase L. Bazzicalupo, "Editorial", en *Soft Power*, 1, 2014, p. 14.

41. Este concepto de gobernanza fue teorizado como compatible con la forma republicana por Philip Petit, cuando defendió que el gobierno no necesita sino consentimiento para elevarse como ajeno a la dominación. Para él es una exposición de este problema, cf. mi nota sobre su libro. P. Petit, "Republicanism y Dominación. Una crítica a Philip Pettit", en *Dáimon*, *Revista de Filosofía*, 27, Universidad de Murcia, sept-dic. 2002, pp. 73-89.

porque no hay sometimiento de un principio psíquico a otro. La visión ontológica de Deleuze y la alegría impenitente de Negri, así como el principio del cuidado de sí de Foucault, no reconocen el principio de muerte, lo que concede a sus análisis una limitación importante porque desconocen la lógica profunda del Estado. Desde este punto de vista, son parasitarios de la situación que el *soft power* quiere regular, aunque tiendan a extremar sus poderes panópticos de control. Esta proyección es el rendimiento de su absolutismo conceptual, pero no identifica la realidad meramente parcial del *soft power*.

Toda fenomenología de la gobernanza debe llevarse a cabo en este contexto y prestarle así sus límites. Pues desde la teoría de la pluralidad de esferas de acción weberiana caben especializaciones que atienden dimensiones antropológicas.⁴² El gobierno económico neoliberal, que solo puede ejercer *soft power*, no puede atender todas las dimensiones del antiguo gobierno pastoral, que organizó un régimen de relaciones entre el principio de placer y de muerte.⁴³ La representación tradicional política intenta reactivarse de forma continua despertando la pulsión de muerte, especializando al Estado en esas prestaciones existenciales, oportunamente intensificadas por el terrorismo global, por los elementos de las políticas de identidad bajo la presión de la emigración, por la atención mínima bajo condiciones precarias de crisis económica, que es la otra cara de la creación de las condiciones de un mercado que siga haciendo llegar objetos al dominio del placer de los seres humanos. Esta constelación es la que encaja de forma tan intensa neoliberalismo y populismo. Así que lo nacional no solo no se desmantela, como sugiere Maria Rosaria Ferrarese,⁴⁴ por la gobernanza económica. Los efectos de la gobernanza económica también generan una reactivación de componentes selectivos de lo nacional, relacionados con la pulsión de muerte. Sin duda alguna, esto implicará una conexión entre democracia y pulsión de muerte que debe pasar inexorablemente por las formas populistas, que desplazará las formas de representación política hacia aspectos afectivos, sentimentales, compensatorios.

Así que a la hora de apreciar una fenomenología del presente tenemos que disponer de una mirada articulada que se muestre capaz de apreciar la diferente evolución de las distintas esferas de acción social y del aparato psíquico que las sostienen. Desde luego,

42. Cf. para este asunto mi trabajo, J. L. Villacañas Berlanga, "Esferas de acción y sistema psíquico. Entre Freud y Weber", en T. Rocha Barco (ed.), *Miscelánea Vienesa*, Universidad de Extremadura, 1998, pp. 219-249.

43. Aquí disintimos de María Rosaria Ferrarese, que asume que los aspectos de la gobernanza incorporan "reglas que no están dadas *a priori*, sino que son el resultado de la adaptación y de la conducta adaptativa que toman en cuenta las necesidades de los gobernados, siguiente el modelo pastoral cristiano". *Ibid.*, p. 50. La gobernanza no tiene aspectos comunitarios, sino contractuales y societarios. Por eso no puede hacerse equivar al gobierno pastoral cristiano, que está mucho más allá de estos aspectos.

44. M. R. Ferrarese, "Governance: A Soft Revolution with Hard Political and Legal Effects", en *Soft Power*, 1, 2014, p. 43.

la gobernanza “es un paso ulterior en el camino de la secularización y de la pérdida del carácter místico y teológico de las instituciones públicas”,⁴⁵ pero puede todavía venir compensada por una presencia a otros niveles de aspectos que no son tan unívocos a este respecto. En cierto modo, la gobernanza muestra la necesidad de desactivar la omnipotencia de la democracia como disfuncional para gestionar la complejidad del capitalismo, pero también deja abiertos los caminos para una ritualización de los aspectos democráticos conectados con los profundos problemas de identidad, subjetividad, afectividad y comunidad y pasionalidad.

6. Nomos de la tierra

Gobernanza imperial y Estado existencial subyacente ofrecen, entonces, el verdadero rostro de lo que el dogma marxista llama subsunción real, pero en su conjunto describe un horizonte lejano a las previsiones de un poder desnudo, brutal. Se trata solo de una especialización, de un nuevo régimen de división de poder que no diluye el núcleo del *hard power* por mucho que lo funcionalice en una nueva situación. Por eso el presente no queda bien descrito ni desde una fenomenología que absolutiza la gobernanza, ni desde la ontología del marxismo, que hace de la gobernanza un mero espejismo ideológico de una realidad profunda que la teoría controla y domina conceptualmente. Desde luego, la fenomenología de la gobernanza está preparada para mostrar su facticidad, sus aspectos neocorporativos y neofeudales, sus cambios en el sentido de la ley y la orden administrativa, aspectos que son diferentes a los de una excesiva sistematización ontológica. Por supuesto, en esa fenomenología debe entrar el contexto temporal de la economía, que aspira a una ganancia de tiempo al servicio del principio de placer, completamente ajeno a la temporalidad de la pulsión de muerte. No se debe olvidar que, a pesar de todo, esa apariencia de caos es funcional para mantener en perspectiva un ámbito de calculabilidad que todo orden capitalista necesita y promete.⁴⁶

45. Ibid., p. 45.

46. Véase *ibid.*, p. 56. Aquí la autora cree que la gobernanza se opone al principio weberiano. Creemos, por el contrario, que no es así. Estamos de acuerdo con la descripción que le permite a la gobernanza ofrecer un “espectro de elecciones extremadamente diferenciadas, reglas y prácticas legales, de acuerdo con diferentes criterios y racionalidades, con las que el capitalismo de hoy día se reserva el derecho de tomar sus propias decisiones dependiendo de las circunstancias. Gobernanza, en esta gran indeterminación, representa un vasto reservorio para esta diferenciación jurídica extrema”. Pero en nuestra opinión esto es justo lo que ofrece a la gobernanza su calculabilidad. En esta medida, sigue obedeciendo a la lógica jurídica que necesita el capitalismo.

Pero ahora abordaremos el último problema, que no es otro que los efectos *hard* que en el medio plazo pueden tener las diferentes formas *soft* de la gobernanza. Este aspecto solo se podrá estudiar cuando abordemos el tema del futuro *nomos* de la tierra y cuando reflexionemos sobre el papel de la hegemonía mundial que se debe suponer en este contexto. Aquí debemos recordar algo. Cuando Estados Unidos se embarcó en las nuevas relaciones con China, ya era consciente de que su forma de mantener la hegemonía mundial no podía ser la propia de una potencia imperial del viejo estilo, pues sabían que China, a diferencia de Japón y de Europa, jamás entraría en una relación de socio subsidiario imperial con Estados Unidos. En este sentido, la forma de la gobernanza económica juega de manera diferente cuando se trata de países como China, que son los únicos que pueden sobredeterminar la gobernanza económica a su favor, respecto de otros que tienen una lógica más subsidiaria, como por ejemplo Europa.

En este sentido, la categoría de *soft power* ha recibido una buena recepción en los servicios diplomáticos chinos, porque parece obvio que China no tiene veleidades de intervención militar más allá de sus fronteras y ha hecho de esta decisión una característica específica, frente a la vieja URSS y frente a Estados Unidos. Así, China ha caracterizado el *soft power* en relación con su concepción tradicional de la vida, intentando presentarse como un socio mundial no oportunista, que no juega con el palo y la zanahoria (que es la intuición presente en la base de la diferencia *hard* y *soft power*).⁴⁷ China sería, por vocación y por cultura, un país de no intervención militar, de aislamiento militar, pero no cabe duda de que puede usar la gobernanza económica al margen de las agencias mundiales. Puede tratar a sus ciudadanos de forma autoritaria, pero es respetuosa con los huéspedes y los extranjeros, no tiene ideales expansionistas militares, y solo tiene una reclamación como finalidad de su *soft power*: crear un mundo multipolar. Eso es irrenunciable para su diplomacia. Para ello usará sus inmensas reservas de dólares, su capacidad de compra, su voluntad de equilibrio, su política de vecindad y armonía. Aquí, sin embargo, comenzamos a describir la verdadera situación. Pues por mucho que se trate ya de un único capitalismo mundial, parece que China aspira a que este tenga una traducción política de naturaleza multipolar, algo que ofrece el otro lado del aspecto ya señalado, del retraso de las decisiones soberanas. Esto implica que, bajo el fondo

47. La literatura sobre este asunto es muy abundante ya. Cf. J. Kurlantzick, *Charm Offensive: How China's Soft Power is Transforming the World*, Yale University Press, London, 2007. Cf. H. L., Yiyi Lu, *China's Soft Power and International Relations*, Routledge, London, 2012. Mingjiang Li, *Soft Power: China's Emerging Strategy in International Politics*, Lexington Book, Plymouth, 2011. C. McGiffert, *Chinese Soft Power and Its Implications for the United States: Competition and Cooperation*, Center for Strategic and International Studies, 2009, Washington. Y el capítulo 5 de C. Hayden, "The Rhetoric of Soft Power: Public Diplomacy in Global Contexts", Lexington Book, Plymouth, 2012.

unitario de la gobernanza, sigue existiendo el espacio y la Tierra y los centros soberanos de decisión por ahora inhibidos en su máxima expresión.

A pesar de la superficie homogénea de una gobernanza mundial, pendiente de equilibrar las consecuencias de la máquina capitalista en la que todos tienen intereses de ganancia de tiempo, los actores se mueven en otro escenario en el que las aspiraciones son otras, escenarios que siguen vinculados a las coordenadas de pueblo y territorio. Mientras que los Estados Unidos se mueven por una política de manos libres, en el que el *soft power* juega con estrategia como un ahorro de *hard power*, China y otros países usan el *soft power* con estrategia como un rechazo del *hard power*, desde luego, pero con la aspiración de configurar un mundo multipolar en el que los Estados Unidos no tengan las manos libres. En esta carrera ha entrado recientemente la India, con su proyección mundial como la patria de la serenidad, del yoga, del pacifismo, algo que el Brasil anterior a la crisis había intentado igualmente hacer con las danzas propias y el alegre estilo latino de trabajar bailando. Por tanto, como estamos viendo, al estilo de vida americano le están surgiendo otros estilos de vida, otras concepciones del mundo que muestran que, sin oportunismo, desde el fondo de la vida histórica, emerge un tipo de *soft power* que pretende, en último extremo, atar y condicionar el *hard power*. Ninguno de ellos pone en tela de juicio que el terreno de juego sobre el que se levanta la acción es el capitalismo mundial. Pero todos ellos juegan con la premisa weberiana: el capitalismo es una planta que puede crecer en cualquier sitio, y cada terreno acabará por darle su coloratura específica y por dotar a la misma planta con variedades autóctonas. En el espacio mundial, cada una de estas coloraturas se ofrece como ofertas de persuasión.

Solo el mero hecho de que surjan esos desafíos de *soft powers* diferentes, todos dotados de la misma aspiración de generar un mundo policéntrico, ya testimonia que hay una estrategia de prevención respecto de escenarios de toma de decisiones, pero sobre todo porque se teme dejar las manos libres a un poder hegemónico que no necesita ser decisorio, sino de mera inercia, para mantener su posición. Debemos decirlo pronto: tras estos actores de *soft powers* hay una aspiración a que cristalice un nuevo nomos de la tierra, que ya ha neutralizado como argumento el capitalismo (que se convierte en la base material de todos ellos), y se concentra sobre la dinamización de los aspectos civilizatorios de las grandes religiones y culturas mundiales y sus despliegues seculares. En realidad, el *soft power* es la concreción del diagnóstico weberiano de que las grandes religiones mundiales serán las que colorean los poderes capitalistas del futuro. No debemos olvidar, en este sentido, la ofensiva del papado católico, como agente de visibilidad de los cristianos en el mundo. Frente a estas religiones y culturas claramente

evolucionadas hacia el *soft power*, todas ellas potencias biopolíticas en cierta tensión con el capitalismo, se alzan las tres religiones que no han logrado separarse de su profunda inclinación al *hard power*, por su capacidad de vincularse de forma expresa con elementos de la pulsión de muerte: la judía, la ortodoxa y la musulmana, con su sentido del espacio, del suelo sagrado y entregado por Dios, de la sangre, de las tumbas de los antepasados. Como tales, marcan desde luego los límites de la eficacia de los *softs powers* del mundo, ya sea en Cachemira, ya sea en Jerusalén, ya sea en Ucrania, ya sea en Bagdad. Aquí, parece que las viejas civilizaciones cumplen con su destino histórico sin que la irreversibilidad de un proceso secularizador les amenace por completo. De este modo, tenemos que el *soft power* muestra su aspecto selectivo y limitado, incluso a veces oportunista, y desde luego vinculado con la diferencia espacial dentro/fuera. Pues el régimen de la armonía chino no duda en aplicarse *hard* frente a los guerrilleros islámicos de su territorio o contra los Lamas de Laos, ni el gran Yogui de Delhi deja de aplicarse *hard* contra las minorías musulmanas de la frontera de Cachemira.

¿Son, por tanto, el *hard* y el *soft power* un índice de intereses secundarios y de intereses vitales? No del todo. En la medida en que están implicados principio de placer y principio de muerte, desde luego que sí. Bien puede ser que allí donde rige la lógica económica quepan los poderes blandos. Donde el poder opera determinado por los medios capitalistas, sin duda alguna los medios *softs* pueden contar con un chance superior, pues esos mismos medios podrán ser tenidos en cuenta por todos los actores. Pero todas las gradaciones son posibles aquí. Y esto nos lleva a una tesis ulterior. Y es esta: no hay subsunción real, sino lucha por mantener un régimen de división de poderes bajo el campo de posibilidades que abre el capitalismo mundial. La inhibición de la decisión tiene que ver con la específica situación temporal de que, mientras tanto, ni se elimina la realidad de la hegemonía mundial de Estados Unidos, ni se ha perdido la esperanza de un universo político policéntrico. Ese tiempo es el de la gobernanza. En todo caso, *pace* Negri, podemos caracterizar este tiempo de las relaciones internacionales como dotado de una hegemonía imperial bajo una forma inorgánica de gobernanza destinada a erosionarla. Y sin embargo, tampoco podemos decir que la forma hegemónica esté completamente al margen de elementos imperiales *hard power*. Esto es importante y solo se verá en todas sus consecuencias cuando nuestros conceptos sean más operativos y menos sistemáticos.

Cuando observamos el presente no con el andamiaje asegurador de la teoría, sino desde el anclaje en el mundo de la vida histórico, apreciamos que la forma capitalista de la esfera económica, aunque se desenvuelve con el anonimato que caracteriza a su fun-

cionamiento mecánico, no por eso presenta, desde el punto de vista de la esfera política, actores simétricos. Aquí, como en los demás tiempos históricos que gestionaron modos de producción, los actores subjetivos gozan de diferentes posiciones y privilegios. La penetración del capital en la vida cotidiana no se hace desde la forma abstracta de capital, sino que se realiza desde la forma concreta del dinero y la todavía más concreta de consumo de objetos con profundos rendimientos para el principio de placer. Pero el dinero no es una abstracción absoluta, sino una forma concreta de simbolizar un poder de disponer de objetos. El dinero no es ni *hard* ni *soft*, sino justo la capacidad de tener la máxima opción de elección entre el uno y el otro. Lo que llamamos subsunción real, desde el punto de vista del capital concreto, es la sobredeterminación por el dólar de los intercambios globales. Llamamos a este poder de disponer de la moneda mundial de cambio, que otorga las mejores condiciones para elegir entre *soft* y *hard power*, el otro elemento imperial del poder hegemónico, que hay que añadir a la superioridad militar incuestionable. Se trata del poder que se beneficia al máximo de disponer del numerario mundial o del capital circulante. Eso fue lo característico del poder imperial romano, como lo fue del poder imperial del Sacro Imperio o del Imperio español. Podemos llamar elemento imperial del poder hegemónico a aquel que puede aumentar el circulante sin que sea necesario producir inflación ni devaluación. Por más dólares que imprima la Reserva Federal, el valor del dólar no baja.

Nuestro escenario se cierra ahora. Cuando Negri definió el poder imperial en su célebre libro, en cooperación con Michel Hardt, se entregó a todo tipo de metáforas para evadir el único significado que en realidad se descubre cuando miramos el presente desde categorías inductivas de la conciencia histórica. Como sabemos, el poder sobre la moneda es todavía propio de las decisiones soberanas. Este poder nos permite decir que Estados Unidos goza de una hegemonía con elemento imperial. Sabemos que la capacidad de alterar el valor de la moneda es algo que afecta a los caminos de la subsunción real, pero no pertenece a la subsunción real. Por lo demás, bajar o subir tipos de interés es algo que afecta a la totalidad del sistema capitalista mundial. ¿Es parte del *hard* o del *soft power*? No está claro. En todo caso, es el elemento que determina la subsunción real y a la vez decide la condición hegemónica. Que China tenga su propia política monetaria implica que no cesa en su aspiración a generar un mundo plural. Los márgenes en que puede hacerse esto aquí ni siquiera están en la mano de los actores. Por mucho que la reserva federal quiera retirar los estímulos monetarios por razones internas, resulta claro que no lo puede hacer sin revaluar el dólar, algo que hunde las divisas latinoamericanas y sus equilibrios comerciales. China ha tenido que reaccionar con devaluaciones

masivas, cuando Estados Unidos le pedía con insistencia que revaluara su divisa. Cuando se llega a estos escenarios ya se habla de guerra de divisas. De tal modo que cualquier uso de los poderes soberanos, cuando encierra elementos hegemónicos imperiales y sus consecuencias, ya no puede escapar al destino de ser una forma de guerra. La gobernanza no puede condicionar estas decisiones, sino jugar con ellas.

Con esto vemos que el orden mundial se basa en un equilibrio de constantes de la máquina capitalista, cierto, pero lejos de ser una subsunción real de toda la sociedad al capital, es más bien la configuración de un escenario capitalista en el que los actores no tienen la misma capacidad de participación a la hora de imponer el equilibrio. Alguien tiene no solo la capacidad de equilibrar, sino también la de desequilibrar completamente el sistema a su favor, porque tiene en sus manos la divisa en la que se produce esa economía global. Ese alguien no solo usa la moneda. Con ello tiene un elemento de gobernanza del viejo estilo soberano, que puede por sí solo desarticular y desestabilizar a su favor todos los acuerdos de gobernanza conseguidos sobre equilibrios y negociaciones. Esto nos pone en la pista de lo decisivo: el *soft power* de la gobernanza puede tener efectos *hard* porque puede apoyar hegemonía o policentrismo de poderes. Pero dado que la hegemonía tiene un elemento imperial tan poderoso, es fácil que lo que determine en última instancia la economía capitalista no sea una dimensión del capitalismo, sino de la política. Las negociaciones del TTIP⁴⁸ lo dejan perfectamente claro. Las evidencias finales sobre las que emerge el pensamiento de Carl Schmitt no se pueden ocultar.

Este argumento marca el escenario de medio plazo del *soft power*. Por una parte mantiene el equilibrio de la fábrica mundial, pero por otra mantiene el desequilibrio de la moneda mundial de intercambios, un elemento imperial. Este es el significado de la hegemonía. Puede tolerarse la aspiración de pluricentrismo y el *soft power* chino, pero bajo un elemento hegemónico imperial. Con ello, se trata de un *nomos* de la tierra extraño y sobrevenido. Por una parte, se acepta el *pluriversum*. Pero se trata de uno desequilibrado en el que una potencia es hegemónica y quiere mantener la hegemonía. Y a eso sirve el *soft power*: a su mantenimiento y a su erosión. Para su mantenimiento se usan los sistemas de propiedad, de legislación, de normatividad y el sentido de la justicia con los que los Estados Unidos cierran tratados de comercio mundial que son específicamente políticos y que excluyen a China. Los tratados del Atlántico y del Pacífico están negociados bajo condiciones específicamente políticas,

48. Tratado Transatlántico de Comercio o Inversiones (por sus siglas en inglés *Transatlantic Trade and Investment Partnership*).

jurídicas y técnicas, y de ahí su secreto. Por fuera de ellos, el comercio mundial sigue su camino también sobredeterminado por otras políticas *soft power* tendentes a generar pluricentrismo. Por tanto, en su conjunto, el capitalismo es anónimo y mecánico, pero la forma concreta en que se realiza históricamente es imperial y tiene en su base poderes imperiales, los cuales usan toda la gama de opciones a su mano, desde la *hard* pura a la *soft* pura, pasando por los poderes de la moneda a los poderes del espionaje. Y el problema que nos plantea no la teoría, sino el arte de vivir propio de esta experiencia histórica, es si estamos en condiciones de prever la manera en que el poder imperial del presente defenderá su posición de manos libres, frente a lo que pueden ser las exigencias de multilateralismo que emergen desde los más diversos escenarios. Pues lo que sabe todo poder imperial históricamente posicionado es que siempre hay más de un candidato al imperio. La historia nos dice que estos no son candidatos porque tengan los poderes suficientes, sino porque tienen historias específicas. La mayoría de las veces no pueden ganar, pero casi siempre pueden hacer perder. La conclusión que extraemos es si no sería más razonable comenzar a construir un *nomos* de la tierra consciente de la inviabilidad de un poder imperial hegemónico en el largo plazo. La teoría de la subsunción real oculta esta conclusión bajo un montón de teoría.

Francesco Riccobono. Francesco Riccobono es Catedrático de Filosofía del Derecho de la Università di Napoli Federico II. También es Vicepresidente de la SIFD, *Società Italiana di Filosofia del Diritto*. Se ha ocupado del pensamiento de Hans Kelsen y, más recientemente, de las temáticas de la interpretación jurídica, de los derechos humanos y del Estado constitucional de derecho. Junto con Andrea Bixio y Pietro Rescigno, dirige la colección “Bibliotheca. Biblioteca di studi giuridici politici e sociali”, y con Adriano Ballarini, Massimo La Torre y Eugenio Rippepe, la colección “La nottola di Minerva”, editadas por Giappichelli. Entre sus obras más recientes, se encuentran: “Diritto e ‘vita sociale’ in Emilio Betti”, en *Sociologia*, 1, 2012; “Kelsen e la religione”, en *Rivista di filosofia del diritto*, 2013; “Giustizia & Giustizia”, en *Parolechiave*, 53, 2015.

Contacto: francesco.riccobono@unina.it

METAMORFOSIS DEL CONCEPTO DE LEGALIDAD

Francesco Riccobono

Università degli Studi di Napoli Federico II

METAMORPHOSIS OF THE CONCEPT OF LEGALITY

DOI: 1017450/160103

Fecha de recepción 16 de febrero de 2015; fecha de aceptación 28 de marzo de 2015. Este artículo es la elaboración escrita de la comunicación *Diritto e potere: metamorfosi del principio di legalità*, que el autor presentó el 23 de septiembre de 2015 en la conferencia “*Hard e Soft Power: coesistenza o conflitto di paradigmi?*” en la *Università degli Studi di Salerno*, y se ha realizado en el marco del proyecto de investigación desarrollado en el Dipartimento di Scienze Sociali, Università di Napoli Federico II.

Resumen

Las palabras que revelan conceptos esenciales y situaciones fundamentales de la teoría y de la práctica jurídica y política no siempre tienen el mismo significado, sino que adquieren significados diferentes con relación a las diversas configuraciones históricas y geográficas de la sociedad civil y de la sociedad política. Lo mismo ocurre con el principio de legalidad y con el concepto de legalidad con este relacionado. En este artículo, queremos esbozar un cuadro del cambio del concepto de legalidad con referencia a la evolución de la forma de Estado –de Estado de derecho a Estado social– y al Estado constitucional. La última metamorfosis de la legalidad parece destacar la pérdida o, por

lo menos, una crisis profunda de elementos fundamentales—antes que todo, el elemento de la certeza del derecho— que habían caracterizado la estructura y los ideales del concepto tradicional de legalidad.

Palabras clave

Legalidad, principio de legalidad, Estado de derecho, Estado social, Estado constitucional

Abstract

The words expressing essential concepts and fundamental ideas about legal and political theory and practice do not always recur with the same meaning, but they assume a different meaning depending on the different historical and geographical configurations of the civil and political society. The same thing is for the rule of law and for the relative concept of legality. Here, we want to give a hint of how the concept of legality has changed with reference to the evolution of the form of the State, from the legal State to the social State and, finally, to the constitutional State. The last metamorphosis of legality seems to show the loss, or at least, a deep crisis of fundamental elements, first of all the certainty of law, which had marked the structure and the ideals of the traditional concept of legality.

Key words

Legality, rule of law, legal state, social state, constitutional state

Con el paso del tiempo, las palabras y los conceptos que caracterizan habitualmente la teoría y la doctrina del derecho han sido afectados por cambios de significado tan evidentes como para modificar con profundidad lo que, a primera vista, puede parecer idéntico. La reflexión acerca de las metamorfosis factuales y conceptuales del derecho no es algo nuevo.¹ Creemos que esa reflexión puede ser útil para explicar un término (legalidad) que se repite en la teoría y en la práctica del derecho.²

1. A este propósito no podemos sino recordar el análisis de Alfonso Catania sobre la evolución de los conceptos de norma, decisión y ordenamiento. A. Catania, *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell'età globale*, Laterza, Roma-Bari, 2008.

2. Queremos señalar algunas obras sobre el argumento que destacan el gran interés actual hacia la dimensión “global” de la legalidad: G. Acocella (ed.), *Materiali per una cultura della legalità*, Giappichelli, Torino, 2014 y Id. *La legalità ambigua*,

Legalidad no es un concepto simple ni unívoco. En la experiencia jurídica continental más tardía, la claridad del ideal revolucionario e igualitario de la *légalité* desaparece frente a la complejidad de una tríada de términos no totalmente intercambiables: *legalität*, *gesetzlichkeit*, *gesetzmäßigkeit*. En la clásica oposición a *legitimität*, *legalität* marcaba el término de la época de la *legitimidad*. El nuevo poder legítimo es –como diría Weber– el poder legal, es decir, el poder estructurado racionalmente en la forma de leyes generales y abstractas. La forma de la ley es la juspositivística de la *gesetzlichkeit*, de la ley “puesta”³ en la que la acción de los organismos jurídicos –del Estado al ciudadano– debe adaptarse a la *gesetzmäßigkeit*, es decir, “conforme a la ley”.

Diríamos que se trata de un itinerario mental bastante lineal si no fuera porque, entre finales del siglo XIX y principios del siglo XX, las potencialidades lexicales de la *gesetzlichkeit* prevalecen sobre las de la *legalität*. Ocurre algo similar a la diferencia entre *justiz* y *gerechtigkeit*⁴, que significan obviamente justicia. Sin embargo, la primera (*justiz*) atañe al aspecto institucional de la justicia, la jurisdicción; la segunda (*gerechtigkeit*) indica el valor de la justicia, el valor que fundamenta toda convivencia civil. La palabra de origen neolatino adquiere un significado “débil”: en la experiencia jurídica, la existencia de la *justiz* presupone que los hombres crean en una *gerechtigkeit*, en la que descansa la raíz del derecho, del *recht* que, además, está insertado en la *gerechtigkeit*. En nuestro caso, *legalität* describe las formas y las técnicas de un ordenamiento jurídico que se basa en el dominio de leyes generales y abstractas, dictadas por hombres y para hombres.

En cambio, *gesetzlichkeit* no solo atañe al ámbito de la legislación positiva o de cualquier otra modalidad “positiva” de producción del derecho, sino también está convencida de que la sociedad solo puede ser animada por un principio jurídico. Esto se destaca con claridad en las disputas metodológicas a caballo entre los dos siglos: el debate sobre la *gesetzlichkeit* a menudo se cuela en el debate sobre la *eigengesetzlichkeit* que caracteriza y estructura universos –la sociedad, la historia, el mismo derecho– alcanzables por el conocimiento humano gracias a la individuación de su especificidad. *Eigengesetzlichkeit* se puede traducir como “autonomía” en sentido fuerte, claro

Giappichelli, Torino, 2013, en donde se halla también el interesante y profundo ensayo del mismo Acocella, “Paradigmi della legalità”, pp. 1-93. Por lo que al principio de legalidad en los ámbitos positivos, interno y europeo, del derecho constitucional, del derecho administrativo, del derecho tributario y en el ámbito internacionalista del derecho penal y del desarrollo de una justicia global se refiere, véanse los ensayos presentes en F. Viola (ed.), *Lo Stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, il Mulino, Bologna, 2012. Sobre la idea de una legalidad global, cfr. G. Palombella, *È possibile una legalità globale? Il Rule of law e la governance del mondo*, il Mulino, Bologna, 2012.

3. Una verdadera duplicación: *Gesetz* es al mismo tiempo *lex* y *positum* (del verbo *setzen* = poner).

4. Sobre esta distinción, nos permitimos remitir a F. Riccobono, “Giustizia & Giustizia”, en *Parolechiave*, 53, 2015, pp. 1-16.

está, o bien, más adecuadamente o quizás de forma más sofisticada, como “idionomía”, indicando el conjunto de leyes que describen y posibilitan la existencia específica y el desarrollo de mundos y ámbitos de vida. A este propósito, tal vez alguien se acuerde del viejo término de ciencias “idiográficas”. Pues bien, en la *gesetzlichkeit* de la que habla la ciencia del derecho hay muchas señales de esta forma que, a su vez, configura universos y ámbitos vitales. En este caso, *gesetzlichkeit* es mucho más que la centralidad del poder legislativo y la construcción de un ordenamiento jurídico creado para ello; es el reconocimiento de las capacidades que el derecho tiene de estructurar el mundo social y todo ámbito de vida. Podríamos decir, pues, que *gesetzlichkeit* denota el elemento constitutivo de un mundo y que, en el caso de la sociedad de los hombres, este elemento constitutivo es el derecho.

Todavía no nos hemos referido a la relación entre Estado y legalidad, lo cual puede parecer extraño si consideramos que el concepto de legalidad limita mucho el poder del Estado y de sus órganos, por confiar en el gobierno de las leyes y no en el de los hombres. Nos parecerá menos extraño cuando expliquemos el itinerario histórico y conceptual de la legalidad, tanto como *legalität* y como *gesetzlichkeit*.

En la *legalität* (*légalité*) está claro que el eje del proceso, el punto de vista principal de la formulación y formación del concepto no remite a una subjetividad estatal dominante. En este caso, la legalidad describe a la perfección la naturaleza, el funcionamiento y los objetivos del Estado de derecho, es decir, de aquella forma de Estado obligada a aceptar las presiones y las necesidades de la “sociedad burguesa” contra el autoritarismo del Estado absoluto a principios del siglo XIX. En un famoso ensayo de los años sesenta, Ernst-Rudolf Huber explica con claridad que así como el concepto de “sociedad burguesa” era un “concepto de polémica social”, el concepto de “Estado de derecho burgués” era un “concepto de polémica política”.

Así, con el concepto de legalidad se fija el éxito político y social de la sociedad burguesa. Tal y como subraya Huber, la legalidad del Estado de derecho parecía ser –y en aquel entonces incluso era– la mejor garantía de aquel ámbito absolutamente intocable de la vida, de la libertad y de la propiedad personal.⁵ Está claro que hablamos de una “legalidad *formal*” que, a su vez, es un concepto provocador. Quiere decir que la supremacía del legislativo –basada en los tres principios de la fuerza de ley, de la supremacía de la ley y de la reserva de ley– nunca podrá dar lugar a una supremacía personal del legislador capaz de decidirlo todo. Las competencias del legislativo atañen a la seguridad,

5. E. R. Huber, *Nationalstaat und Verfassungsstaat. Studien zur Geschichte der deutschen Staatsidee* (1962), Kohlhammer, Stuttgart, 1965, pp. 249-272.

a la libertad y a la propiedad —eso se destaca en la clásica distinción entre ley en sentido formal y ley en sentido material—, y sus decisiones se limitan a ofrecer protección a esos bienes, aceptando contenidos que se han afianzado en la praxis de la sociedad burguesa y que ya han sido aceptados por los *bourgeois*. De hecho, la época del Estado legislativo es la época del Estado “guardián nocturno”. La sociedad burguesa quiere estar tranquila; la legalidad la ayuda en eso, delimitando el ámbito de acción del derecho del Estado.

En realidad, no solo el derecho del Estado está limitado. En sus principios, toda la sociedad burguesa sobrepasa los recorridos jurídicos y se mueve en el “espacio sin derecho”, del que habla fantásticamente la doctrina jurídica dieciochesca. El alma, el alienato de vida de la sociedad burguesa no es un alma jurídica; el derecho será el remedio cuando “la insociable sociabilidad” de la sociedad burguesa supere un nivel fisiológico de conflictividad.

Así que, el principio de legalidad —siendo conforme a la ley— nace con dos objetivos: rechazar el elemento personal y personalístico del poder, y también liberar a la sociedad de las riendas del derecho, del derecho en general. El primer objetivo es de difícil discusión y Schmitt lo fija con claridad cuando dice que el significado más importante del “‘Prinzip der Gesetzmäßigkeit’ alles staatlichen Lebens liegt darin, daß schließlich überhaupt nicht mehr geherrscht oder befohlen wird, weil nur unpersönlich geltende Normen geltend gemacht werden”⁶. El segundo lo podemos entender, sobre todo, con referencia a la profundidad de acción y a la aceptación compartida del principio del *laissez faire* en la formación de la sociedad burguesa como sistema de la economía política, y también con referencia al déficit de eficacia de los sistemas jurídicos privatísticos y publicísticos, pues es el mismo motivo que llevará más tarde Georg Jellinek a reconocer la exigüidad material del concepto de soberanía del Estado.⁷

La espera optimista de Huber —a la que se dedicó meticulosamente la ideología del Estado de derecho— de que se constituya un orden social en la base de la ley de la armonía prefijada por las fuerzas, a través de la total libertad del individuo, sin la intervención social del Estado,⁸ pronto fue vana. Al derecho le fueron otorgadas otras tareas, como tutelar un mundo ya bien ordenado y crear él mismo el orden del mundo social. La *gesetzlichkeit* no es solo el atributo del Estado y el principio de su funcionamiento, sino también indica, en sentido fuerte, el origen no natural sino espontáneo de todo orden social; pues su esbozo positivo, artificial, a manos de sujetos —el legislador, pero

6. C. Schmitt, *Legalität und Legitimatat* (1932), Duncker & humblot, Berlín, 1968, p. 8.

7. Cfr. G. Jellinek, *Das Recht des modernen Staates. I Allgemeine Staatslehre*, Häring, Berlín, 1905, pp. 421-490.

8. Cfr. E. R. Huber, *Nationalstaat und Verfassungsstaat*, p. 153.

también y sobre todo los administradores, los funcionarios, los juristas— que poseen y ponen en práctica la técnica jurídica. *Gesetzlichkeit* revela rasgos técnico-jurídicos que la *legalität* no posee, comprometida como está en su lucha político-ideal contra la *legitimität*. De ahí que el orden social sea el fruto de la acción jurídica de dominantes y dominados, por ende, de los afiliados en general. Podríamos decir que el derecho forma el orden social, la sociedad bien ordenada, la sociedad *tout court*. Así que *gesetzlichkeit* parece ser la mejor palabra para expresar el sistema de legalidad de la nueva forma de Estado, el Estado social. El Estado de derecho se da cuenta de sus faltas con respecto a la justicia material, a la *materielle gerechtigkeit*, que ahora se considera necesaria para tutelar la personalidad individual.

Del Estado de derecho se pasa al Estado social para darle al individuo condiciones materiales de existencia “más justas” y “más dignas”, e influir directamente en los equilibrios sociales y económicos. El equilibrio entre continuidad y ruptura en el tránsito del Estado de derecho al Estado social —el primer Estado se contiene y el segundo interviene— se desprende muy bien, histórica y teóricamente, del concepto de “Estado de derecho”, que no deriva de un sincretismo mecánico, sino de una sincera y recíproca interacción de las dos formas de Estado. Para Huber, el verdadero Estado social presupone el Estado de derecho y viceversa.⁹ Desde esta perspectiva, está claro que si para el Estado de derecho la sociedad burguesa lucha contra el Estado, el Estado social no implica una revancha del Estado respecto de la sociedad, que ahora es una sociedad burguesa avanzada y muy industrializada. El nuevo Estado social debe interpretarse a través del concepto de *leistung*, de “prestación”. La intervención del Estado es pedida y exigida por individuos —no robinsoniamente aislados, sino concretamente identificados en su pertenencia de clase, en su existencia de trabajadores asalariados— que advierten el gran peligro que se cierne sobre el libre desarrollo de su personalidad y de su vida. Una vez más, el Estado no es el objetivo sino el medio de la sociedad. Cuando después de poco tiempo el Estado se proclame “objetivo” de la sociedad y de los individuos, él mismo se convertirá en “Estado total”. Por ahora, la sociedad sigue siendo el sujeto político principal; como mucho, al Estado se le puede definir un “servidor incómodo”, un coprotagonista de la escena. Sin embargo, las dimensiones de esta presencia siguen siendo limitadas, tal y como se puede destacar si lo parangonamos con el “Estado total”.

De ahí que, detrás del concepto de legalidad, se halle la dinámica entre sociedad y Estado en una relación orientada a la preeminencia de la sociedad. ¿Pasa lo mismo

9. Cfr. *Ibid.*, p. 159.

con el concepto de legalidad que emerge de la experiencia del Estado constitucional de derecho? No es fácil contestar a esta pregunta, sobre todo si pensamos en que se cruzan históricamente dos fenómenos diferentes, es decir, el Estado constitucional de derecho –a una determinada altura de su evolución– choca con la globalización. Ambos están caracterizados por una estrategia de superación de la realidad y de la idea de soberanía estatal, pero puede ser que esta convergencia implique finalidades diferentes. Si bien en este artículo solo nos ocupamos de la legalidad del Estado constitucional de derecho, podemos deducir que algunos puntos se pueden aplicar también a la legalidad en el mundo globalizado. Hay algunos rasgos comunes que atañen a la parcial superposición temporal y a la pertenencia a la misma dimensión jurídica. Sin embargo, no es el mismo proceso. Otros aspectos de la globalización jurídica –como los derivados de concepciones neoliberalistas que han llevado a un aumento salvaje del ámbito financiero y a un relativo empobrecimiento generalizado de las poblaciones productivas¹⁰– se contraponen claramente con postulados fundamentales del Estado constitucional de derecho.

“Legalidad” en el Estado constitucional de derecho es un concepto fundamental relacionado con la misma imposibilidad de concebir un derecho que no tenga determinados requisitos de justicia, aquellos definidos en el sistema de los derechos humanos, aceptados y declarados en las constituciones democráticas posbélicas y en diferentes tratados y documentos normativos internacionales. Con la distinción entre principio de mera o lata o formal o legislativa legalidad y principio de estrecha o fuerte o sustancial o constitucional legalidad –distinción explicada muy bien por Luigi Ferrajoli¹¹–, ya es generalmente aceptada y fijada, de forma definitiva, la insostenibilidad de un criterio de legalidad que se contente con el “quién” o con el “cómo” sin analizar el “qué” de las decisiones jurídicas.¹² Así que muchos consideran que la legalidad no se agota de conformidad con el ordenamiento jurídico (la tradicional *gesetzmäßigkeit*), sino que penetra y se completa –en palabras de Robert Alexy– en la “integridad de los contenidos”, que pone de manifiesto una idea de justicia o, por lo menos –recordando la fórmula de Radbruch–, de rechazo de la injusticia.¹³ Esta opinión se puede manifestar por medio de un

10. A este propósito, véase el lúcido análisis de Alessandro Ferrara sobre la “financiarización de la economía capitalista” como factor de crisis de la democracia actual. Cfr. A. Ferrara, “La democrazia fra crisi e trasformazione”, en L. Bazzicalupo (ed.), *Crisi della democrazia*, Mimesis, Milano-Udine, 2014, pp. 273-289.

11. Cfr. L. Ferrajoli, *La democrazia attraverso i diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2013, pp. 20-22.

12. Podemos decir que el “qué” del principio de legalidad está muy relacionado con el carácter sustantivo de los derechos fundamentales. Por eso, Francisco Javier Ansuátegui Roig habla de un “principio de legalidad selectiva” –que se basa, pues, en el carácter sustantivo de los derechos fundamentales– que marca el ocaso de una concepción formal de la legalidad. Véase F. J. Ansuátegui Roig, *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 191-214.

13. Una versión breve y eficaz del pensamiento de Alexy se encuentra en R. Alexy, “El No Positivismo Incluyente”, en *Doxa*

abigarrado abanico de posiciones, entre ellas muy conflictivas, sobre todo con respecto a la naturaleza y al fundamento de los parámetros de corrección. Sin embargo, sobre todas recae la sombra del “Estado total”; se trata de posiciones que resienten el angustioso peso de la historia y coinciden en decir “nunca más”. Su comunión teórica y doctrinal es derrotada por la urgencia de la historia. Los cambios funcionales de esta “legalidad enriquecida” – antes imaginada contra el poder total de pocos, luego adaptada al poder, que se supone totalizante, de la mayoría– no logran desenfocar sus rasgos originarios.

No creemos que esta legalidad “fuerte” pueda acompañar de forma exhaustiva la acción de uno de los dos sujetos tradicionales en juego. No podemos hablar simplemente de una sociedad contra el Estado o de un Estado en función de los pedidos sociales o de un Estado que domina a la sociedad o de un Estado que guía a la sociedad. La legalidad “fuerte” del Estado constitucional de derecho indica más bien una tendencia a la disolución de dos sujetos excelentes de la teoría política. La sociedad está caracterizada por un proceso de disgregación que impide una representación no contradictoria de las expectativas políticas. El Estado pierde la centralidad de la orientación política y acaba identificándose con equilibrios y balances entre agregados contingentes de intereses y valores. Entre sociedad y Estado se inserta el derecho como pedido relativamente independiente, que reglamenta situaciones de vida asociada desconectadas de los significados clásicos de “sociedad”. En el escenario se impone una constelación de actores –y no sujetos– cuya identidad está asegurada por una estructura organizativa jurídica –pensemos en la clarividencia teórica del institucionalismo romaniano– y por la adhesión a una muy vaga idea de integridad.

Definimos la “legalidad” como término que identifica el derecho como “principio regulador de la vida social”,¹⁴ pero que se diferencia bastante de los mundos vitales reglamentados por la *gesetzlichkeit*. En ese caso, la legalidad era un principio que daba un orden unitario al mundo social, un orden, pues, que se reflejaba en el postulado de la unidad del objeto de la ciencia del derecho. En cambio, ahora la legalidad expresa la extrema fragmentación de un universo jurídico compuesto por mónadas autosuficientes que se comunican entre ellas en la base de formas indeterminadas y casuales. De este universo poblado de fragmentos de derecho –los diferentes derechos que caracterizan a la multitud infinita de instituciones y organizaciones nacionales, supernacionales,

36, 2013, pp. 15-23; “The Nature of Legal Philosophy”, en *Associations*, 7, 2003, pp. 63-75; “My Philosophy of Law: The Institutionalisation of Reason”, en L. J. Wintgens (ed.), *The Law in Philosophical Perspectives. My Philosophy of Law*, Kluwer, Dordrecht-Boston-London, 1999, pp. 23-45.

14. B. Pastore, *Decisioni e controlli tra potere e ragione. Materiali per un corso di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 90.

internacionales—, solo tenemos conocimientos sectoriales que no atañen a la ciencia sino a la técnica jurídica. Esto nos lo confirman dos rasgos del derecho actual por los que se ha interesado mucho la reciente filosofía del derecho. El primero es la “crisis” del sistema de las fuentes, que ya no es un sistema vertical y jerarquizado de normas y de poderes productivos de normas, sino una red horizontal de materiales normativos a disposición de intérpretes y órganos de la aplicación, legitimados para negociar cada vez su valor.¹⁵ El segundo es la pérdida de certeza del derecho, una expresión que, en el pasado, hacía dudar acerca de las “ficciones” de la ideología jurídica de una elite ilustrada de juristas-filósofos a propósito de la previsibilidad de todo procedimiento jurídico¹⁶ y que, hoy día, representa la trágica conciencia general de que el derecho actual es un *arcanum*, que solo un jurista muy especializado y profesionalizado puede entender, una degeneración, pues, a la que se intenta poner remedio remitiendo —un resultado difícil de lograr— a los “fundamentos axiológicos positivos del ordenamiento.”¹⁷

Con la pérdida de tres elementos fundamentales del antiguo principio de legalidad —accesibilidad de las fuentes, posibilidad de conocer los textos normativos y certeza del derecho— constatamos la actual metamorfosis del concepto de legalidad. Es difícil extraer lo que queda del valor político de la *légalité* o de la ambición jurídico-social de la *gesetzlichkeit*. Tal vez tendríamos que crear otra palabra.

Traducción del italiano de M. Colucciello

15. Cfr. G. Pino, *Interpretazione e “crisi” delle fonti*, Mucchi, Modena, 2014. Se ha interesado por los aspectos de continuidad y novedad del principio de legalidad en la práctica interpretativa del derecho también B. Pastore, *Interpreti e fonti nell’esperienza giuridica contemporanea*, Cedam, Padova, 2014, pp. 35-41.

16. Hablamos de la denuncia kelseniana de la “ilusión” del dogma de la certidumbre del derecho. Cfr. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (1934), Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, p. 109.

17. V. Omaggio, *Saggi sullo Stato costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 66.

.....

Alfio Mastropaolo. Catedrático de Ciencia de la Política de la *Università degli Studi di Torino*. Enseña Democracia y Participación Política y Democracias Modernas en el *Dipartimento de Culture, Politica e Società*. Se ha interesado mucho por el fenómeno de la antipolítica y de las aporías de la democracia. Dentro de sus publicaciones, se encuentran: *Il parlamento. Le assemblee legislative nelle assemblee contemporanee* (2006), Laterza, con Luca Verzichelli; *La democrazia è una causa persa? Paradossi di un'invenzione imperfetta*, 2011, Bollati Boringhieri.

Contacto: info.mastropaolo@unito.it

.....

LA COMPETENCIA LEGÍTIMA PARA EL MONOPOLIO ESTATAL

Alfio Mastropaolo

Università degli Studi di Torino

THE LEGITIMATE COMPETITION FOR THE GOVERNMENT MONOPOLY

DOI: 1017450/160104

Fecha de recepción 29 de febrero de 2015; fecha de aceptación 27 de abril de 2016. El presente artículo se ha escrito en el marco del proyecto de investigación desarrollado en el Dipartimento di Cultura, Politica e Società, Università di Torino.

Resumen

A despecho de su práctica, el cuento maravilloso del régimen representativo hoy día es tan omnipotente como para que valga la pena contradecirlo. Despojándola de la retórica con la que se legitima, el autor analiza la naturaleza de la técnica de gobierno y de la forma de dominio que minimiza la coerción. De ahí que sobresalga una trama compuesta por oscilaciones entre la síntesis política de la acción de gobierno y la recomposición del pluralismo.

Palabras clave

Régimen, dominio, pluralismo, intereses, contingencia

Abstract

The enchanted narration of representative regimes, despite their practice, today is so omnipotent that contradicting it is worthwhile. Deleting the rhetoric with which they legitimate themselves, the author shows the nature of government technique and dominion form that minimizes coercion. What comes to surface is a weave made of oscillations: between political synthesis of government action and recomposition of pluralism.

Key words

Regime, dominion, pluralism, interests, contingency

1. Cómo nació el régimen representativo

Este ensayo no cuenta una nueva historia. Con mayor humildad, vuelve a leer y a interpretar una historia antigua. Vuelve a contar qué es un régimen representativo, despojándolo de la retórica mágica por la que está caracterizado. No es un intento original. El pensamiento conservador siempre lo ha interpretado de esa manera. Sin embargo, a despecho de su práctica, el cuento maravilloso del régimen representativo hoy día es tan omnipresente como para que valga la pena contradecirlo otra vez. En resumen, el régimen representativo y el democrático no son una de las formas de atribuir el poder a los gobernados –por ejemplo, eligiendo a los gobernantes–, sino más bien una técnica de gobierno, que sirve para reducir los costes de la acción de gobierno, minimizando la coerción y granjeándose el ascenso de los gobernados.

Anticipa ese tema una frase contenida en un famoso libro de Norbert Elias. Siguiendo las huellas de Weber, en ese libro Elias afirma que lo que llamamos Estado moderno es un efecto colateral e indeseado de la lucha por el monopolio del poder que tuvo lugar a finales de la Edad Media. Para Elias, ninguno de los *State builders* quería construir el Estado. Más bien, eran las facciones las que abrigaban ambiciones de dominio. Sin embargo y de forma inesperada, por una extraña serie de circunstancias, el proceso de acumulación y concentración de medios de coerción llevado a cabo –pasando por hazañas militares, alianzas matrimoniales y coaliciones de todo tipo– por las grandes potencias dinásticas dio lugar a una nueva forma de organización del poder basada en

las monarquías absolutistas y en sus aparatos burocráticos: el Estado. Según Elias, entre los siglos XVII y XIX, la lucha por el monopolio siguió otro rumbo. Cuando se estableció el monopolio estatal, sus pretendientes se multiplicaron y entre ellos prevaleció la idea de disputárselo pacíficamente, junto con los beneficios correspondientes. Desde aquel entonces, las luchas para administrar el monopolio, reglamentadas por el aparato monopolístico, controladas por el monopolio mismo, tomaron la delantera, llevando al nacimiento de lo que, para Elias, solemos llamar régimen democrático.¹

Despojados de la maravillosa retórica de la que se envuelven y con la que se legitiman, los modernos regímenes representativos y democráticos antes que todo serían esto: una forma de Estado, pues una forma de dominio, por cuyos papeles de mando se puede competir. Esa definición podrá parecer restrictiva e irrespetuosa. Seguramente en los regímenes representativo-democráticos haya algo más. Están la libertad de pensamiento y de opinión, la de asociación, de afiliarse a partidos y sindicatos, de declarar la huelga. También hay un generoso ideal de convivencia, libre e igualitaria. Sin embargo, si entre los siglos XVII y XVIII, gracias a una pluralidad de factores como la educación, la prensa y el aumento de las comunicaciones, apareció una nueva facción, o una constelación de facciones que empezaron a formular esos valores, y cuyas armas eran la razón, la ciencia y la discusión, dudamos de que a solas, con esas armas, ellas lograrían instalar las modernas instituciones y alcanzar el reconocimiento del derecho como el medio que contribuyera oficialmente al ejercicio de la autoridad estatal. Habermas ha llamado esta constelación de facciones esfera pública,² pero también se puede hablar de “tribunal de la opinión”, donde se unían intereses privados ya con la suficiente fuerza como para llevar a puntos de vista críticos capaces de condicionar el ejercicio del monopolio.³ Sin embargo, para que el moderno régimen representativo naciera no solo fueron suficientes las gacetas, los libros, los panfletos, a través de los cuales el tribunal de la opinión tomaba sus decisiones. Era necesario que las facciones organizadas, que competían por el monopolio estatal, empleando armas mucho más temibles, como la violencia y la riqueza, se pusieran de acuerdo en ejercerlo de forma conjunta, otorgándose recíprocamente las necesarias garantías, como la fijación de límites a la acción del Estado. Fue una revolución. La violencia no desapareció total y definitivamente como

1. N. Elias, *Über den Prozess der Zivilisation: soziogenetische und psychogenetische Untersuchungen* (1939), Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2000.

2. J. Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit: Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1962.

3. K. M. Baker, “Politique et opinion publique sous l’Ancien Régime”, en *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, 1, XLII, 1987, pp. 41-71.

técnica para acceder al Gobierno, sino que introdujo una nueva que, en Occidente, se convirtió en regla, haciendo de la violencia una excepción.

Inglaterra fue la patria de esa invención, donde la guerra civil fue provocada por la negativa del rey a llegar a un acuerdo con sus opositores. La dictadura de Cromwell –que fue la primera dictadura moderna– coincidió con la posibilidad, provisional para una de las facciones vencedoras –el ejército–, de someter a todas las demás. Esto duró hasta cuando, tras la muerte de Cromwell, las últimas facciones se dieron cuenta de que ninguna de ellas podría superar de forma duradera a las demás, que convenía negociar. Empleando las instituciones existentes, los notables del país reunidos en el Parlamento decidieron que era mejor manejar de forma colegial el capital estatal. Para este fin, ellos transfirieron la soberanía del rey al Parlamento, del que llevaban formando parte desde hace siglos, desatendiendo el pedido de otros que querían otorgarla directamente al pueblo.⁴

Si en Inglaterra fue tormentoso, en Francia, en Alemania y en muchos otros países el acuerdo sobre la dirección compartida del monopolio estatal lo fue mucho más, sobre todo cuando algunas facciones poseían recursos militares. De todas formas, con el paso del tiempo, las partes coincidieron en considerar al Parlamento como el lugar fundamental en el que se administraría el capital estatal y a las elecciones como el medio para acceder a este. Cíclicamente, por medio de las elecciones –y de forma continuada– en el Parlamento y en el escenario público, al pluralismo de los intereses y de los valores –que es más o menos lo mismo– se les otorgaba la posibilidad de poner en discusión la acción del Gobierno e incluso el orden establecido por el Estado, a condición de respetar algunas reglas formales y substanciales. Desde aquel entonces, los conflictos se tratarían traduciendo en números las relaciones de fuerza, a través de la alternancia de los elegidos tras las elecciones de los electores, y tomando decisiones por mayoría. No acabarían el conflicto y el desorden, sino solo sus manifestaciones más radicales.

Es más: el Estado y la política moderna nacieron en el desorden y del desorden, sacándole orden. Después de haber intentado reprimir toda nueva manifestación de desorden, se inocularon una vacuna para reconocer el desorden, para gobernarlo, apaciguarlo y convivir con este. No todas las manifestaciones de desorden fueron toleradas. Sin embargo, el régimen representativo es una técnica de gobierno en virtud de la cual –para minimizar la coerción– una dosis controlada de desorden y de conflicto se apodera oficialmente de los responsables del orden estatal, pensando reconstruir de esa

4. Mejor dicho, en el *King in Parliament*, es decir, en el rey, en la Cámara de los Lores y en la de los Comunes de forma conjunta.

manera –adaptándolo a las circunstancias y a los intereses en juego y legitimando esta técnica– el antiguo ideal del autogobierno.⁵

Recurrir a las elecciones para elegir a los gobernantes no fue casual. Las elecciones no eran algo novedoso. Son una institución ultramilenaria. Ya habían sido experimentadas por los gobiernos ciudadanos en los que, una vez proclamada la soberanía popular, se solían gestionar de forma colegiada los asuntos públicos. La Iglesia romana llevaba recurriendo a las elecciones desde hace mucho tiempo, así como el Sacro romano imperio germánico, desde el siglo XIV. En ambos casos, el cargo era vitalicio y el colegio electoral muy reducido, mientras que en las repúblicas ciudadanas –en las que votaba el pueblo– los cargos electivos se renovaban de forma periódica. Entonces, puesto que la soberanía se estaba poniendo en las manos del pueblo, ¿por qué no se empleó una técnica más igualitaria como el sorteo? También esta técnica se empleaba, por ejemplo, en las repúblicas ciudadanas. Tal vez la solución elegida aclare cuáles eran las reales intenciones de quien la adoptó.

Según Bernard Manin, las elecciones logran –por lo menos de vez en cuando– realizar la voluntad del pueblo,⁶ aunque quepa subrayar otra calidad, tal vez más importante, para quien ya posee el poder y quiere limitar el desorden. El margen de imprevisibilidad de las elecciones es mucho más limitado que el del sorteo, que es ciego y de peligrosa igualdad. Las elecciones pueden ser condicionadas y manipuladas y, por lo general, sus resultados son previsibles. Además, Manin añade que las elecciones se presentan como un dispositivo aristocrático que premia a quien tiene más recursos económicos y relacionales que los demás. Esto es, sirven para confirmar las élites ya existentes.

Solo más tarde se llegó a la competición, a la alternancia medida del poder entre partes políticas y a la contraposición entre mayorías y minorías. Pues, no formaban parte de la idea originaria del régimen representativo,⁷ que al principio contaba los votos, pero que no quería entregarse por completo a ellos. Los inventores de este régimen creían que la representación seleccionaría a las clases dirigentes “naturales”, a las figuras más destacadas de cada comunidad local, que se encargarían de los problemas colectivos de forma conjunta. Sin embargo, si esto ocurrió al principio, con el paso del tiempo esa preeminencia fue erosionada. Por ejemplo, Montesquieu –quien en las páginas del *Espíritu de las leyes* hablaba de la separación de los poderes como ejemplo–

5. G. Poggì, *Varieties of Political Experience*, Ecpr Press, Colchester, 2014, pp. 43-51.

6. Eso es lo que sugiere B. Manin, *Principes dugouvernement représentatif*, Flammarion, Paris, 1996, quien reconstruye también detalladamente cómo se ha impuesto el principio electoral.

7. P. Rosanvallon, *Democratic Legitimacy: Impartiality, Reflexivity, Proximity* (2008), Princeton University Press, Princeton-Oxford, 2011, en particular pp. 53-59.

criticó enseguida la litigiosidad y el particularismo excesivos de la política inglesa.⁸ Para evitar este riesgo y que la contienda política se fundamentara en la capacidad de los que aspiraban a la representación de granjearse a los electores, permitiendo que los intereses particulares destrozaran el poder legislativo, en 1789 Sieyès decidió que este último fuera un conjunto unitario e indivisible, con intereses acordes que lo transformarían en una autoridad monocrática.

En la monarquía absoluta, el poder del rey encabezaba una sociedad ordenada jerárquicamente, en la que la pluralidad era reprimida o sometida, mientras el conflicto estaba oficialmente prohibido. Era un fantasma que, desde aquel entonces, siguió cerniéndose sobre los regímenes representativos que si, por una parte, toleraban la existencia de disputas por el poder, como el desorden y el conflicto, esperando solucionarlos, por otra parte, nunca lo lograron en su totalidad. Por lo tanto, nunca fueron plena y definitivamente aceptados por todos, y esta fallida aceptación siguió siendo para ellos un motivo de debilidad. Para algunos el pluralismo y la competencia siempre han sido inadmisibles y había que eliminarlos; para otros, había demasiada competencia y era necesario limitarla. El pluralismo, el contraste y el desorden controlados que los regímenes representativo-democráticos legitimaban siempre han sido el blanco de disputa política, haciendo cada vez más hincapié en el perjuicio que ellos proporcionaban a la moralidad pública, al bien común, a la unidad del cuerpo colectivo, a la eficacia de gobierno, etcétera.

Desde aquel entonces, la historia de los regímenes representativos está caracterizada por oscilaciones que, de manera periódica, aumentan o disminuyen las oportunidades que el desorden tiene de entrar en el Estado. Aumentan simbólicamente y disminuyen materialmente y viceversa. Hay que observar este movimiento tanto desde el punto de vista de los gobernados como de los gobernantes. El régimen representativo huele a mofa tras sus promesas no mantenidas. Sin embargo, a quien ejerce la autoridad del Estado, sean las que sean sus motivaciones, siempre se le presenta el problema de la eficacia de la acción de gobierno, es decir, de cómo llegar a una síntesis política frente a un pluralismo rebosante. Representar y gobernar significa elegir entre acciones diferentes, darles un significado diferente a los intereses. Los criterios empleados para ordenarlos nunca son unívocos y siempre se ponen en tela de juicio.

En realidad, incluso la autoridad monocrática, que solo es un modelo abstracto, tenía el mismo problema. Ningún soberano, ni siquiera el más poderoso, ha podido nunca

8. K. M. Baker, "Politique et opinion publique sous l'Ancien Régime", en *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, 42, 1, 1987, pp. 41-71.

elegir a solas o ha sido exonerado de pedidos, condicionamientos, presiones, negociaciones, compromisos. Si la nostalgia de la autoridad monocrática ha seguido existiendo es porque algunos intereses han intentado imponerse sobre otros. En su forma más extrema, siguió siendo el motivo de miles de antiparlamentarismos y antipartidismos nacidos con el régimen representativo.

Aunque a menudo se consideren parecidos, el pluralismo político no tiene nada que ver con el pluralismo de mercado. Y eso que, cuando nació el régimen representativo gracias a las tres grandes revoluciones “burguesas”, se estaba desarrollando una revolución cultural –por la que se ha interesado A. O. Hirschman– que reconocía y consideraba virtuosos los intereses y su pluralidad, aunque los enfrentara a las pasiones, subrayando la negatividad y la irracionalidad de estas.⁹ Sin embargo, mirándolo bien, las que se llamaban pasiones no eran otra cosa que los intereses por la política, llamados así precisamente para desacreditarlos. Viceversa, se llamaba interés –y se consideraba pacífica y racional– la pasión por la riqueza.

Asimismo hay una correspondencia evidente entre el concepto foucaultiano de seguridad y la facultad que el régimen representativo otorgó a los intereses y a las opiniones de superar el perímetro de la política para manejar de forma conjunta o contensiva el monopolio estatal. Esto es, también el régimen representativo preveía reglas dentro de las cuales –solo dentro de las cuales– los protagonistas podían moverse con libertad. Sin embargo, esas reglas eran cada vez más apremiantes que las adoptadas para la economía. La vacuna pluralística podía tomarse de forma que no alterara la unidad y la acción del Estado, en defensa de lo que este consagraba como orden. También está claro que la dosificación de la vacuna, las garantías recíprocas entre las partes políticas y las modalidades de contención de la pluralidad y del desorden fueron el blanco de grandes disputas, con la misma promesa de reconstruir de manera más adecuada la pluralidad dentro de una autoridad unitaria, entregada al orden y al interés general.

Lo que cabe destacar es que las reglas dirigidas a contingentar y reconstruir el pluralismo y la competencia política –tal y como les ocurre también a las reglas de competencia del mercado– nunca han sido dictadas por un legislador ajeno al juego, sino más bien partícipe y fruto del juego. Las que negocian y establecen las reglas, tanto las electorales como las constitucionales, que atañen a la, en cierta medida, delicada cuestión del desplazamiento de los poderes dentro del Estado –Elias lo subraya en su definición– son las facciones de momento vencedoras, que se hallan en la doble

9. A. O. Hirschman, *The Passions and the Interests: Political Arguments For Capitalism Before Its Triumph*, Princeton University Press, Princeton (NJ), 1977.

condición de establecerlas y de influir en el juego. Inevitablemente, ellas dictarán reglas convenientes, útiles también a los recursos de poder de los que disponen de momento. Similar duplicidad persiste. Incluso puede ser que las reglas sean dictadas por una convergencia inestable de facciones, en una situación similar a la del “velo de ignorancia”. Las heterogéneas y precarias coaliciones que escribieron la Constitución francesa de 1946 y la italiana de 1948 llevaron a constituciones “garantistas” y a leyes electorales proporcionales. Ninguna parte política pudo escribirlas en su provecho exclusivo. En cambio, la Constitución francesa de 1958 y la consiguiente ley electoral fueron escritas por una parte política que había tomado la delantera.

2. Contingentar el pluralismo

Las constituciones son las reglas más importantes con las que el desorden se contingenta, y con las que las partes políticas se protegen recíprocamente. Por lo general, las constituciones se presentan como el mito fundador del cuerpo político. La solemnidad que caracteriza su aprobación ataja sus eventuales cambios, porque sería simbólica y políticamente perjudicial incluso para quien tuviera la valentía de hacerlo. Sin embargo, las constituciones son arquitecturas de reglas y de principios que aparecen en determinados períodos históricos, y que están sometidas a sus cambios, pues están a la merced de la lucha por el poder. Las constituciones son programas políticos alrededor de los cuales hierve un incesante ajetreo, secreto y patente, de interpretación, de acuerdo, de adaptación, de revisión, caracterizado por discursos dirigidos a justificar inclusiones y exclusiones, además de saberes que elaboran las argumentaciones necesarias para eso. La suerte de las constituciones, es decir, su práctica, está sometida a la lucha que se desarrolla entre las instituciones del Estado, y entre ellas y las facciones que luchan por el capital estatal.¹⁰

De ahí que haya poderes del Estado y cuotas de capital estatal sometidos al pluralismo y otros inmunizados. El pluralismo puede entrar, con los debidos frenos, en parlamento, se limita al ejecutivo, está excluido de la burocracia y de la magistratura. Puede meterse en estas de forma extraoficial y no autorizada, pero no de forma oficial, por ser lugares de gobierno muy resguardados. Establecer los confines entre los diferentes poderes y,

10. Tal vez sea democráticamente más coherente que cada generación escriba su constitución. ¿Por qué las generaciones actuales deberían obligar a las venideras? Si la democracia fuera coherente con sus promesas —y no lo es—, tal vez sería necesario programar su revisión periódica. Trata ese tema P. Rosanvallon, *Democratic Legitimacy*.

sobre todo, las modalidades con las que arbitrar eventuales conflictos atañe a la acción del Estado. Al principio, las constituciones identificaban al Parlamento como el *locus* fundamental de la acción del Gobierno. Luego, con la práctica y con la revisión de las normas, el Parlamento ya no logró contener el pluralismo y los partidos se convirtieron en el baricentro del Gobierno mismo. Al considerar su pluralismo excesivo, fue entregado al ejecutivo. Finalmente, una parte importante de los poderes de gobierno fue entregada a los particulares, a los técnicos y a las autoridades independientes, en Europa a Bruselas y a Fráncfort.

Otra controversia particularmente fuerte que intenta reglamentar el pluralismo atañe a la definición del pueblo soberano. ¿Quién lo compone? ¿En la base de cuáles títulos puede ejercer la soberanía que se le reconoce? ¿Quién es el titular del derecho de voto? Por mucho tiempo la delimitación se ha basado en límites de censo, de capacidad, de género, pero también religiosos. En los albores del régimen representativo, el gran teórico de la tolerancia, Locke, justificó la exclusión de los católicos, culpándoles de fidelidad a un soberano extranjero. Tardaron casi un siglo antes de que les reconocieran el derecho de voto. Por lo que a las barreras de censo se refiere, también los revolucionarios americanos y franceses establecieron las propias. Cuando acabó la revolución, Benjamin Constant dijo que el derecho de voto se tenía que destinar a los que tuvieran intereses –propietarios– para salvaguardar.¹¹ En cambio, a pesar de apoyar el sufragio universal, e incluso el voto a las mujeres, atribuyendo a la participación democrática la capacidad de educar a los ciudadanos, en la Inglaterra victoriana John Stuart Mill sugirió que –para no correr demasiados peligros– se atribuyera el voto múltiple a la minoría de las clases cultas.¹² Como es sabido, el voto a las mujeres se dispuso más o menos bien entrado el siglo XX. En la muy democrática Suiza esto ocurrió en 1971.

Además del electorado activo, también el pasivo se puede delimitar. A pesar de reconocer la igualdad en los derechos políticos, los regímenes representativos y democráticos distinguen entre intereses, conflictos, competidores legítimos e ilegítimos.¹³ A partir de la posguerra, en Italia ya no hubo la posibilidad de volver a crear el partido fascista. En los primeros años cincuenta se intentó vedar el Partido Comunista. Eso había ocurrido en la mayoría de la Europa exsocialista.¹⁴ En el pasado también fue circunscrita la lucha política, limitándola al Parlamento, a las elecciones y a los debates de la esfera

11. B. Constant, *Principes de politique* (1815), en Id, *De la liberté chez les modernes. Ecrits politiques*, Paris, Librairie Générale Française, 1980, pp. 316-317.

12. J. S. Mill, *Considerations on Representative Government*, Parker son and Bourn, 1861.

13. E. Neveu, *Sociologie politique des problèmes publics*, La Découverte, Paris, 2015, p. 76.

14. P. Bourdieu, *Sur l'État. Cours au Collège de France* (1989-1992), Seuil/Raisons d'agir, Paris, 2012, p. 227.

pública. Tuvimos que esperar hasta la segunda mitad del siglo XIX para que la política pudiera ejercerse de manera pacífica en las plazas. Tampoco al enfrentamiento político televisivo se llegó con facilidad.

También hay maneras más simples para seleccionar a los competidores, así como el ejercicio del derecho de voto se puede limitar de muchos modos. Apenas se establezca quién tiene el derecho de votar, cabe decidir las reglas de la competición, las modalidades de voto e incluso cómo contar los votos mismos. La historia de las elecciones está caracterizada por miles de normas formales e informales que reglamentan concretamente el acceso al voto y a la competición electoral, y que presiden el desarrollo de la competición. No hay normativas electorales que no causen agravios a algunos o que no favorezcan a otros. Los resultados electorales se pueden supeditar, tal y como nos enseña la experiencia estadounidense, transformando las circunscripciones. En Estados Unidos, el *gerrymandering* es una costumbre. Sobre todo en los Estados republicanos, las circunscripciones de prevalencia democrática se disuelven en el cruce con las republicanas. Algo similar se puso en práctica en Europa a escala continental: la sutil propensión de los electores de la Europa Occidental para los partidos de izquierda fue neutralizada, cruzándola con la evidente preferencia por la derecha de los electores de la ex-Europa socialista.

También el secreto del voto, el tipo de papeleta electoral, la personalización o la despersonalización de las candidaturas sirven para seleccionar o prohibir.¹⁵ Las reglas pueden impulsar o frenar selectivamente la participación, con consecuencias diferentes para las fuerzas políticas y los intereses que representan. Pretender –tal y como ocurre en Francia– que los electores se inscriban en las listas electorales desanima a los electores menos instruidos y más reacios a la burocracia.¹⁶ Desde hace algunas décadas, el abstencionismo ha aumentado por doquier y caracteriza, sobre todo, a las clases más débiles. Si no se intenta ponerle remedio –tal y como hacen de momento las partes políticas– se corre el riesgo de confirmar una exclusión y de favorecer algunas manifestaciones del pluralismo a despecho de otras.

Otro medio para seleccionar a los competidores y para condicionar los resultados son los recursos financieros, que quien lleva la voz cantante puede manipular. Las partes políticas que ya gestionan las finanzas públicas, y que también promocionan las *policies*, gozan de ventajas mayores con respecto a sus competidores. De todas formas, incluso

15. Por lo que a las técnicas de voto y por cómo estas condicionan a los electores se refiere, cfr. A. Garrigou, *Le vote et la vertu. Comment les français sont devenus électeurs*, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, Paris, 1992.

16. Un oculto límite de censo es la educación. Los que tienen menor instrucción están menos predispuestos a votar: D. Gaxie, *Le cens caché. Inégalités culturelles et sé-grégation politique*, Seuil, Paris, 1978.

cuando el Estado se hace cargo de la financiación de la competición pública, sin ninguna restricción, los competidores *established* son favorecidos respecto de los *outsiders*. Más allá de las financiaciones ilegales, la legislación –más o menos permisiva– relativa a la financiación privada de las campañas electorales proporciona ventajas diferentes, dependiendo del estatus de los competidores.

Otro punto fundamental son los criterios por medio de los cuales se cuentan los sufragios. Los regímenes representativos afirman que a cada hombre corresponde un voto. La modernidad no hace otra cosa sino rendir homenaje a los números. Sin embargo, el valor del voto puede variar mucho. Las leyes electorales proporcionales atribuyen más o menos el mismo valor al voto de cada cual. Las leyes mayoritarias construyen sus mayorías a partir de minorías electorales. Las barreras electorales borran algunos votos: no muchos, pero algunos sí. Además, es bien sabido que los regímenes proporcionales promocionan la participación electoral más que aquellos mayoritarios. Ninguna de esas variantes es secundaria.

De ahí que los partidos del poder en los regímenes representativo-democráticos se jueguen con cartas distribuidas por los jugadores más fuertes, que incluso las alteran. El hecho de que esos partidos sean libres y honestos solo es el principio en la base del cual se legitiman, pero se trata de una libertad y de una honestidad condicionadas. No hay contienda electoral que no esconda algún artificio. Por lo contrario, lo bello de los regímenes representativo-democráticos es que, de vez en cuando, esconden algunas sorpresas. Por mucho que se quiera limitar su carácter imprevisible, se han dado resultados electorales inesperados con *outsiders* no gratos. A pesar de todas las astucias de los que escriben las reglas para tutelarse, la cíclica repetición de la contienda electoral ha representado una oportunidad estructural de renovación y, con todos sus límites, ha traído algún beneficio –no secundario, pero no irrevocable– a los gobernados.¹⁷ Quien aspira al éxito electoral y necesita convencer a los electores alimenta la que, con excesivo menosprecio, se llama “demagogia”, es decir, el hecho de atender a los intereses de los electores y secundar sus expectativas.

Luciano Canfora lo ha explicado muy bien, describiendo la genealogía del concepto. La demagogia no solo se fundamenta en previsiones de conveniencia. También se puede fundamentar en la solidaridad, en la simpatía, en sentimientos de hermandad. No hay nada más impropio y políticamente orientado que el significado peyorativo que muy a menudo se atribuye al término, y que le atribuyen en especial todos los

17. A. Pizzorno, *Le radici della politica assoluta e altri saggi*, Milano, Feltrinelli, 1994, pp. 232-236.

que acusan al régimen representativo-democrático de hacer promesas ilusorias y de adoptar medidas políticas convenientes para los agregados políticos.¹⁸ No era este el significado originario del término. Al principio, lo que se prometía –y que se hacía– para gratificar al *demos* podía perjudicar, pero también podía ser útil.¹⁹ La situación no ha cambiado mucho. La demagogia ha alimentado el racismo, el antisemitismo, la xenofobia. Sin embargo, la demagogia también ha llevado al aumento del sufragio y de los servicios *welfare*. También las manifestaciones de la demagogia, y de la no demagogia, son hechos políticos.

Aun sin excluir formas espontáneas de protesta, la movilización popular fue promovida sobre todo por los políticos *outsiders* de la competición política, que planteaban promesas “demagógicas” para lograr el consenso necesario para entrar en el grupo de los contendientes legítimos a la autoridad del Estado. Históricamente, todas las veces que el séquito movilizado por los *outsiders* ha logrado unos resultados y una fuerza tan grandes como para dificultar la exclusión, los políticos *established* lo han tenido que aceptar. Es más, algunos de ellos han empezado a emplear la demagogia, a su vez, con promesas y con disposiciones concretas. Con mayor claridad, esto ha llevado a que se enfrenten los que querían que la exclusión permaneciera y los que pensaban que lograrían de los recién llegados consenso electoral y apoyo parlamentario.

El componente *octroyée*, paternalista, o demagógico del sufragio universal y del *welfare* fue muy fuerte. El consenso de las clases dirigentes en activo no fue menos relevante que las presiones de los *outsiders*. En el imperio alemán fue Bismarck –que no era propiamente democrático– quien introdujo ambas cosas. No ocurriría nada de eso si alguien no hubiera enrolado a los ciudadanos contra el orden de las reglas establecidas. La demagogia, estimulada por la exigencia de suscitar el consenso, que caracteriza también a los regímenes autoritarios, y aquella alimentada por los regímenes representativos por la exigencia de enrolar a los electores es lo que le ha permitido al pueblo convertirse en algo más que un abstracto principio de legitimación o un destinatario más o menos complaciente de la acción de gobierno.

Cuando han necesitado del apoyo del pueblo, los que compiten por el poder lo han movilizado, organizado e incluso transformado en sujeto político, o en una pluralidad de sujetos políticos.²⁰ Los aspirantes al poder se han convertido en sus portavoces, lo han dirigido a interesarse por la vida política, lo han empujado a que participara en ella, más

18. L. Canfora, *Demagogia*, Sellerio, Palermo, 1993.

19. El más explícito tal vez sea J. A. Schumpeter, *Capitalism, Socialism and Democracy* (1943), Routledge, New York-London, 1994.

20. S. Hayat, “La représentation inclusive”, en *Raisons politiques*, 50, 2013, pp. 115-135.

o menos activamente. Tal vez le hayan propuesto “metas inalcanzables”,²¹ persuadiéndole a creerlo. De esa manera, paradójicamente, no solo el pueblo ha sido movilizadado para que se convirtiera en un recurso para la lucha política, sino que también le ha sido otorgada una pequeña –aunque no irrelevante– parte de poder.

Similares efectos de los regímenes representativo-democráticos no han sido planificados de forma consabida y a largo plazo. Además, no todo el mundo los quería. La representación fue inventada más con la intención de legitimar a los representantes que para ayudar a los representados. Quien inventó el régimen representativo no quería ni siquiera que este sirviera para seleccionar a los más capacitados para gobernar. A pesar de eso, desde el principio fue considerado una nueva posibilidad de acceso al poder que –tal y como ha puesto de manifiesto Namier– dio lugar a una terrible aunque no sangrienta lucha por los cargos públicos.²²

3. La profesionalización de la política

Al principio, cuando nació el régimen representativo en Inglaterra, el Parlamento sirvió para consagrar como elite política a la elite social que ya se reunía en el Parlamento y que dominaba a la sociedad. Por lo que al perfil colectivo de la representación esbozado por Lewis Namier para los Comunes hacia mitad del siglo XVIII se refiere, la mayoría de los escaños de Westminster estaba ocupada por personajes notables que, en la competición electoral invertían su patrimonio, su prestigio social, sus relaciones familiares, los servicios de protección y de asistencia que erogaban a sus subordinados y que eran la característica de las relaciones entre notables. A menudo ese capital político se transmitía –junto con el escaño– de forma hereditaria.

Quienes se reunían en los bancos de los Comunes eran los primogénitos de las grandes familias aristocráticas a la espera de llegar a ser Lores y los grandes terratenientes. Era la facción de las clases propietarias del siglo anterior –que se había renovado parcialmente tras la revolución y la restauración– que competía con las nuevas facciones “burguesas” en busca de reconocimiento y de poder. En Westminster, también se hallaban funcionarios, oficiales, almirantes, algunos arribistas y políticos casi profesionales, sobre todo abogados, quienes se servían del prestigio del escaño parlamentario y de las consiguientes relaciones para aumentar su clientela. También había algún protegido de

21. R. Simone, *Come la democrazia fallisce*, Bompiani, Milano, 2015, p. 40.

22. L. B. Namier, *The structure of politics at the accession of George III*, MacMillan, Basingstoke, 1957, p. 16.

la Corona y del Gobierno, quien –tal y como acaecerá más tarde en Francia y en Italia– no dudaba en emplear los medios de los que disponía para orientar a su favor la composición de la representación. Para todos, el Parlamento era la posición desde la cual se podían lograr cargos, sinecuras, pensiones, pedidos y financiaciones, además que para negociar cualquier cosa.²³

Después de la mitad del siglo XVIII, este equilibrio empezó a comprometerse. La sociedad cambiaba. Los que aspiraban al poder aprendieron a aprovecharse de las potencialidades del dispositivo electoral. La actividad de reclutamiento de los electores empezó a sistematizarse, suministrándoles prestaciones materiales y simbólicas. Al mismo tiempo, los electores descubrían –por sí solos y/o con la ayuda de alguien– que el voto era un recurso a cambio del cual podían exigir otras cosas. El tribunal de la opinión –que se desarrolló alrededor del Parlamento– había empezado a analizar críticamente la vida pública y a hacer hincapié en ella, censurando tanto las injerencias de la Corona como las prácticas de *patronage* con las que los notables enrolaban a sus electores.

Se empezaba a hablar de uno de los argumentos más persistentes y versátiles de la polémica política –la tutela de la moralidad pública y del interés general–, contrastando la presencia constante en política de la autoridad social y de las redes de relaciones personales, junto con la movilización de los intereses. Pensemos en la figura de Burke, contrario tanto a las presiones sobre el voto ejercidas por la Corona y por el ejecutivo como a las presiones de los electores sobre candidatos y elegidos. Se obtuvo un primer resultado con la reducción de la lista civil, limitando la posibilidad de la Corona de condicionar las elecciones. Luego hubo algunas reformas de la administración pública contra las prácticas de *patronage* que la instrumentalizaban. También los miedos suscitados por la Revolución francesa tuvieron buenos resultados, aunque el más importante a largo plazo fue la reforma electoral de 1832, que renovarían bastante el personal político y sobre todo su composición.²⁴

Sin embargo, la más importante e inesperada innovación derivada de la contestabilidad legítima del monopolio estatal fue otra, es decir, el nacimiento de un nuevo y temible competidor por la lucha por el poder. Se trataba de los encargados profesionales de la política electiva.²⁵ En palabras de Elias, no todos sabían resolver una contienda con

23. *Ibid.*, pp. 158-172.

24. Por lo que al larguísimo camino de la reforma electoral se refiere, cfr. J. Cannon, *Parliamentary Reform 1640-1832*, Cambridge University Press, Cambridge, 1973.

25. El concepto de “clase política” de Gaetano Mosca no se limita solo a los regímenes representativos. B. Manin, *Principes d'ugouvernement représentatif*, habla de “aristocracia electiva”.

las palabras, es decir, con la persuasión.²⁶ Ni tampoco todos lograban un séquito electoral. La lucha política exigía que se supiera hablar en público, discutir, negociar, conciliar intereses diferentes, dependiendo del momento, legislar, siempre minimizando los riesgos electorales y evaluando –un político también razona sobre eso– los efectos de largo plazo de su acción.

La hipótesis más frecuente –sostenida por Weber– es que la moderna profesionalización política se ha impuesto gracias a los partidos.²⁷ En realidad es un fenómeno anterior. Cuando fue instituido el mercado electoral, aparecieron empresarios que intuyeron una oportunidad de inversión. Reclutar a los electores no era simple, pero sí rentable, incluso con un sufragio restringido. Si se ejercía presión para ampliarlo, también se podían reclutar a los electores potenciales. Para eso surgieron empresas políticas individuales y empresas dotadas de capitales políticos colectivos, es decir, los partidos, capaces de suministrar servicios de protección social a gran escala.

Gracias a la profesionalización política, las facciones que encabezaban el Estado se renovaron y democratizaron mucho, aunque de forma ambigua. El capital colectivo del que disponían los partidos les permitía reclutar a su propio personal en todas las clases sociales. En compensación, la profesionalización y la burocratización produjeron efectos de separación entre los encargados de la política y los electores, convirtiéndose en otro argumento de disputa política.²⁸ Sin embargo, lo que no se puede negar es que los partidos, encabezados por encargados profesionales, han sido un dispositivo muy útil para encauzar y reglamentar el pluralismo, aunque complicando los conflictos para el ejercicio del monopolio estatal.

Al principio, por la extracción social común, las burocracias públicas se parecían a los encargados de la política notables. Cuando los encargados de la política se profesionalizaron y su reclutamiento se hizo más democrático, ellos empezaron a necesitar de recursos para sobrevivir –aquellos públicos son más seguros que los privados– y el conflicto para el ejercicio del monopolio estatal se complicó más. De hecho, a la rivalidad entre facciones políticas se añadió la de entre facciones políticas y las burocracias que, mientras tanto, se habían convertido en totalmente profesionales, otorgándoles –gracias

26. N. Elias, *The Germans: Power Struggles and the Development of Habitus in the Nineteenth and Twentieth Centuries*, Columbia University Press, New York, 1996.

27. M. Weber, *El político y el científico* (1917-1919), El Libro de Bolsillo Alianza Editorial, Madrid, 1979, pp. 81-179; M. Weber, *Politik als Beruf* (1919), en Id., *Gesamtausgabe*, W. J. Mommsen, W. Schluchter (hg.), 17, Tübingen, 1992.

28. Con referencia a la burocracia, Max Weber emplea explícitamente el término “casta”. Por un lado, la democracia quiere zafarse de la aristocracia y de los notables, y por otra parte, desconfía de la creación de una nueva casta privilegiada, la de los profesionales de la política: cfr. Id., *Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, II, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2002, pp. 251 ss. Cabe referirnos a R. Michels, *La sociología del partido político nella democrazia moderna. Studi sulle tendenze oligarchiche degli aggregati politici*, il Mulino, Bologna, 1966.

a su competencia profesional verificada por medio de un concurso— la tutela del interés general contra las intromisiones centrífugas de las partes políticas. Una vez más, para contingentar la pluralidad derivante de las elecciones, en la segunda mitad del siglo XIX, las facciones que controlaban el monopolio del capital estatal revaluaron y potenciaron la que, entre ellas, había inventado la Razón de Estado, favoreciendo el “interés para el desinterés”.²⁹ Era inevitable que la burocracia chocara con la pluralidad simplificada, aunque aguerrida, que los partidos de masas transmitían, y solo en la segunda posguerra el problema fue provisionalmente solucionado.

Si, por una parte, es verdad que la sustitución de las luchas violentas para la autoridad estatal por luchas pacíficas caracterizó a los regímenes representativo-democráticos, por otra parte también es verdad que la competencia pacífica para los cargos públicos siempre fue muy dura y nunca demasiado leal, y llevó a veces a efectos devastadores. En palabras de Foucault, la política no es otra cosa que la prosecución de la guerra con otros medios, también en los regímenes representativos.³⁰ Es una guerra entre facciones de encargados del Estado, de la competición política, pero también de la economía, de la religión y de otros ámbitos; una guerra, pues, entre instituciones del Estado, como el ejecutivo, el Parlamento, la Magistratura, la Corte Constitucional, las administraciones locales, etcétera.³¹

Las reglas del régimen representativo encauzan, suavizan, pacifican y gobiernan las manifestaciones del pluralismo. Entre los contendores y sus portavoces, que viven por y para el poder, la posibilidad de conquistarlo de forma pacífica aumenta la disposición a negociar. Sin embargo, cabe destacar que también el conflicto pacífico cuenta con unos perdedores y con unas víctimas que sufren las consecuencias. Diríamos que esta es también la condición de los propios regímenes democráticos. Se habla mucho de crisis de la representación y de crisis de los regímenes representativos. En la base de esa reconstrucción, el término crisis está bastante sobredimensionado. Solo estamos observando una nueva oscilación del péndulo. Las técnicas de contingentación del pluralismo se han agudizado. La lucha política ha sacado a luz algunos rasgos de las instituciones oficiales de la representación y también ha multiplicado las formas extraoficiales de representación: las llaman sociedad civil, *lobbies* y tal vez *governance*.

29. P. Rosanvallon vuelve a proponer la fórmula de Pierre Bourdieu: cfr. *Democratic Legitimacy*.

30. M. Foucault, *Dits et écrits*, II, Gallimard, Paris, 2001, pp. 702-704. En realidad, Foucault se refiere a la política internacional.

31. Está claro que la guerra sigue con medios diferentes también en otros ámbitos: el mercado, la religión, etc.

Probablemente por eso, quedándose sin portavoces ni representantes, algunas franjas de las poblaciones occidentales estén por debajo del umbral de pobreza, y otros intereses –empresarios, finanzas, entre otros– que han encontrado otras maneras de estar presentes gocen de mayor tutela.

Traducción del italiano de M. Colucciello

.....

Tamar Pitch. Catedrática de Filosofía del Derecho del *Dipartimento di Giurisprudenza* de la *Università degli Studi di Perugia*, donde enseña también Sociología del Derecho. Se ha interesado mucho por la justicia penal, el control social, el tema criminal, los derechos humanos y el feminismo. Ha sido codirectora de “*Studi sulla questione criminale*”. Dentro de sus publicaciones más recientes, véanse: *Contro il decoro. L'uso politico della pubblica decenza*, 2013, Laterza y *La società della prevenzione*, 2008, Carocci. Contacto: tamar.pitch@unipg.it

.....

EL TEMA DE LA SEGURIDAD

Tamar Pitch

Università di Perugia

THE ISSUE OF SECURITY

DOI: 1017450/160105

Fecha de recepción 10 de noviembre de 2015; fecha de aceptación 11 de enero de 2016. El presente artículo se ha construido en el marco del proyecto de investigación desarrollado en el Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Perugia.

Resumen

Partiendo de la tesis de que el tema de la seguridad compromete a varios discursos, filosóficos, politológicos, sociológicos, cuya fuerza de penetración tiene que ver con los cambios sociales, simbólicos y culturales que atañen al mismo ámbito criminal, este ensayo analiza, antes que todo, la variedad y pluralidad de los significados del concepto “seguridad”. Luego, la autora se interesa por los diferentes niveles (global, de la Unión Europea y local nacional) de la seguridad, subrayando la importancia de la perspectiva de género, que sigue siendo muy poco estudiada en la literatura sobre esta materia. Finalmente, muestra cómo el tema de la seguridad incide de forma relevante en el tema criminal, volviendo a trazar sus confines: de la criminalización de nuevos comportamientos a la afirmación de medidas administrativas que tienden a criminalizar determinadas categorías y grupos de personas, que se consideran potencialmente peligrosas.

Palabras clave

Dispositivos de seguridad, perspectiva de género, ciudadanía, criminalización

Abstract

Starting from the assumption that the security issue involves a number of subjects –philosophy, political science, sociology– whose pervasiveness is related to social, symbolic and cultural mutations about criminal issue, this essay analyzes, first of all, the many and various meanings of the security issue. In the second place, the authoress focuses on the different levels (global, within the European Community and national) of security, underlining the importance of genre perspective, so far lacking in the literature about this subject. Finally, she shows how the security issue affects considerably the criminal issue, determining its new borders: from criminalization of new behaviors to the rising of administrative measures that tend to criminalize specific categories and groups of people classified as potentially dangerous.

Key words

Security devices, gender perspective, citizenship, criminalization

Empezamos este ensayo con la definición del término “seguridad” similar a la afortunada que acuñamos para explicar el término “criminal”. El problema es que “seguridad” es un término mucho más polisémico que “criminal”, cuyo significado –por mucho que sea tautológico– es claro: lo que la ley considera como tal. Además, desde el punto de vista de los saberes, las ramas que se ocupan del tema criminal son pocas: el derecho, la psiquiatría, la sociología, la criminología. En cambio, hoy día todo el mundo habla de seguridad: filósofos, sociólogos, politólogos, etc. Podríamos limitarnos al ámbito de los significados y de los estudios que más nos interesan y que conocemos mejor (criminología y similares); sin embargo, este mismo ámbito –tanto desde el punto de vista cognoscitivo como de los intereses– está sometido a tensiones y a esfuerzos derivados de la imposición de la “seguridad”. Queremos decir que lo de la “seguridad” es un discurso (un conjunto de discursos) cuya actual y difundida relevancia tiene que ver con cambios que atañen al mismo ámbito criminal, y esos cambios poseen, al mismo tiempo, rasgos sociales, simbólicos y culturales. En uno de nuestros últimos ensayos, hemos recorrido toda la “genealogía” de lo que dijimos y escribimos (y creíamos que sabíamos) acerca de la seguridad¹. Está claro que la

1. T. Pitch, “Prólogo”, en T. Pitch, *Contra el decoro y otros ensayos*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2015.

experiencia del comité científico de *Città sicure*, promovido y estimulado en primer lugar por Massimo Pavarini, fue fundamental en este itinerario, así como fueron fundamentales los estudios y las reflexiones del mismo Massimo Pavarini².

En primer lugar, intentaremos enfocar los temas y los problemas evocados por la “seguridad”, además de la variedad de sus significados actuales. En segundo lugar, analizaremos los niveles en los que se inserta el tema de la seguridad y, finalmente, intentaremos evidenciar cómo se relacionan entre sí el tema criminal y el de la seguridad. Está claro que esos tres puntos tienen muchas afinidades.

Algo de literatura

Un interesante librito de Lucia Zedner³ analiza el tema de la seguridad desde muchos puntos de vista e introduce a la perfección la literatura sobre esta materia. Sin embargo, en nuestra opinión, el libro parte de una consideración incorrecta: de hecho, Zedner dice que, hasta hace diez años, la seguridad era casi exclusivamente el ámbito de estudio de los expertos de derecho internacional, de estudiosos de las relaciones internacionales y de la guerra, y que solo recientemente los criminólogos la considerarían central. En realidad, criminólogos, sociólogos de la desviación y del control social, críticos y no críticos empezaron a estudiarla por lo menos desde principios de los años ochenta. Por ejemplo, el proyecto *Città sicure* fue inaugurado en 1992, tras las experiencias y las investigaciones que llevaban haciéndose desde hacía años en Francia y en el Reino Unido. Los programas ingleses de *community safety* y los franceses de *politique de la ville* fueron estimulados y caracterizados por muchas investigaciones sociológicas⁴. ¿Tal vez

2. M. Pavarini, “Controlling Social Panic: Questions and Answers About Security in Italy at the End of the Millennium”, en R. Bergalli, C. Sumner (eds.), *Social Control and Political Order. European Perspectives at the End of the Century*, Sage, London, 1997, pp. 75-95; M. Pavarini, “Il governo delle città e il bene pubblico della sicurezza”, en *Minorigiustizia*, 2, Franco Angeli, Milano, 1999, pp. 61-69; M. Pavarini, *L'amministrazione locale della paura*, Carocci, Roma, 2006; M. Pavarini, “Degrado, paura e insicurezza nello spazio urbano”, en *Cassazione Penale*, 2, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 389-399; M. Pavarini, “Democrazia e sicurezza”, en *Ius 17. Studi e materiali di diritto penale*, 17, 2, Bologna, 2009, pp. 805-820; M. Pavarini, “La metáfora de la guerra y la democracia de la seguridad”, en *Revista de derecho penal, criminología y criminalística*, 9, 2012, pp. 3-20; M. Pavarini, M. Donini, *Sicurezza e diritto penale*, Bononia University Press, Bologna, 2011.

3. L. Zedner, *Security. Key Ideas in Criminology* Routledge, London, 2009. Véase también G. Procacci, “Le trasformazioni del concetto di sicurezza”, en V. Borghi, O. De Leonardis, G. Procacci (eds.), *La ragione politica*, Vol. II, Liguori, Napoli, 2013, pp. 19-46.

4. Cfr., por ejemplo, P. Robert (ed.), *Les politiques de prévention de la délinquance a l'aune de la recherche. Un bilan International*, L'Harmattan, Paris, 1991; A. Crawford, *Crime Prevention and Community Safety: Politics, Policies and Practices*, Longman, Harlow, 1998; A. Crawford, *The Local Governance of Crime. Appeals to Community and Partnerships*, Oxford University Press, Oxford, 1999; A. Crawford, “Towards a New Reconfiguration of Powers? Local Orders and the Prospects for Governance through Partnerships”, ponencia presentada en la conferencia *Normes, déviances, controle social. Nouveaux enjeux, nouvelles approches*, París, 14-16 de octubre, 1999; Y. Cartuyvels, P. Mary (eds.), *L'Etat face à l'insécurité. Dériver politiques des années 90*, Ed. Labor, Bruselles, 1999.

por un motivo semántico las políticas de *community safety* no se consideren políticas de *security*?⁵ Y eso que las primeras tienen las mismas características que se atribuyen a las segundas, antes que todo el hecho de ser dirigidas al futuro, en la base de los principios de prevención y precaución.

Aun antes, en sus seminarios sobre seguridad y territorio de 1978⁶, Foucault detectaba en la seguridad el objetivo de la biopolítica. La mayoría de la literatura sobre la seguridad, en Italia y en Francia, parte de o se refiere a Foucault, para quien la seguridad es el objetivo de la biopolítica, un tipo de gobierno que se desarrolla a partir del siglo XIX y que está caracterizado por cuidar al viviente y a las poblaciones. Los objetivos principales de la “seguridad” son eliminar el miedo y la necesidad, buscando prevención y precaución. La salud y el bienestar de las poblaciones, fuente de riqueza y de poder de los estados nacionales, implican el empleo de numerosos dispositivos de gobierno y de control: pasando de la sociedad “disciplinaria” a la sociedad “de la seguridad” –lo que ocurriría alrededor de la segunda mitad del siglo pasado–; control y vigilancia dejarían de ser organizados de forma jerárquica y centralizada (el panóptico) para adquirir rasgos horizontales, anónimos y reticulares. Si la sociedad disciplinaria tenía su “lugar de la seguridad”⁷ en el cuerpo individual, la sociedad de la seguridad ejercería la seguridad pública sobre la población. Las nuevas tecnologías de vigilancia, además de todos los dispositivos que cada uno de nosotros emplea de forma habitual (móviles, tarjetas de crédito), permiten controlar continuamente los desplazamientos, los gustos, las preferencias, las idiosincrasias, incluso las transgresiones sin que se necesite de un controlador invisible y sin que se interioricen normas sociales o morales. En un ensayo de 1985, retomando algunas sugerencias de Foucault, Stan Cohen ya hablaba de un control que, para la mayoría de la población, aspiraba a observar los comportamientos en lugar de las “mentes”⁸. Y una corriente entera –que luego dio lugar a los estudios sobre la vigilancia– analizaba y analiza el funcionamiento y los efectos de las nuevas tecnologías, no solo aquellas que tienen esa determinada finalidad, sino también –y quizás sobre todas las que empleamos por conveniencia o elección⁹.

El contexto social y político en el que se forma la sociedad de la seguridad ha sido descrito de varios modos, que se podrían más o menos resumir en la afirmación de

5. Z. Bauman, *In Search of Politics*, Stanford University, Press, Stanford (CA), 1999.

6. M. Foucault, *Sécurité, territoire, population. Cours au Collège de France (1977-1978)*, Gallimard/Seuil, Paris, 2004.

7. G. Clavel, *La gouvernance de l'insécurité*, L'Harmattan, Paris, 2014.

8. S. Cohen, *Visions of Social Control*, Polity Press, London, 1985.

9. Cfr. D. Lyon, *Surveillance Society: Monitoring Everyday Life*, Open University Press, London, 2001. Cfr. M. Lianos, M. Douglas, “Dangerization and the End of Deviance. The Institutional Environment”, en *The British Journal of Criminology*, 40, 2, Spring, 2000, pp. 261-78; y N. Rose, “Government and Control”, en *Ibid.*, pp. 321-339.

un tipo de gobierno neoliberal¹⁰ respecto de un mundo globalizado, dominado por el capital financiero, en el que se debilitan los Estados nacionales (en realidad no todos) y su capacidad de producir seguridad *social*¹¹ a través de un *welfare* financiado mediante la tasación progresiva. Los confines cada vez más inestables, la desindustrialización y las siguientes deslocalizaciones, *outsourcing*, entre otros, con el consiguiente desempleo masivo, precariedad y “flexibilidad” del trabajo, sueldos muy bajos, crisis de los sindicatos y de los partidos tradicionales, desigualdad creciente, la necesidad de convertirse en empresarios de sí mismos sin contar con la ayuda de nadie (el capital humano...) son algunas de las características más destacadas que proporcionan inseguridad y, pues, cada vez mayores exigencias de “seguridad”¹². Incluso quien habla de un tránsito del Estado social al Estado penal¹³ hace hincapié en la relación entre crisis del *welfare* y exigencias de seguridad que se traducirían en “populismo penal”¹⁴, con el consiguiente aumento y empeoramiento de la represión penal.

Empleando el término “seguridad” tal y como fue utilizado en Italia, tanto por las políticas como por las retóricas públicas y por gran parte de la literatura, podemos decir que mientras en los “gloriosos treinta” se hablaba sobre todo de “seguridad social” en el sentido de afrontar las eventuales dificultades de la vida gracias a recursos públicos y colectivamente compartidos, a partir de los años ochenta el término seguridad fue empleado sobre todo –aunque no de manera exclusiva– como *safety*, es decir, como incolumidad personal, salvaguardia de los riesgos de victimización por parte de la delincuencia callejera, del incivismo, etcétera. Esto explica lo que hemos dicho antes.

Sin embargo, la seguridad no solo se exige del Estado y de lo penal. Gran parte de la literatura documenta el gran desarrollo del mercado de la seguridad, con los diferentes aparatos para la protección de sus propias pertenencias, antes que todo de la vivienda; policías privadas y *gated communities*, y tropas privadas contratadas en todas las guerras actuales. Así que la seguridad se ha convertido (también) en una mercancía, pues en un privilegio cuya adquisición separa aún más a los que pueden permitírsela de los que no, y en algunos casos (por ejemplo, las *gated communities*) representa una señal de riqueza,

10. P. Dardot, C. Laval, *La nouvelle raison du monde. Essai sur la société néolibérale*, La Découverte, Paris, 2009.

11. Cfr. R. Castel, *L'insécurité sociale, Qu'est-ce qu'être protégé?*, Seuil, Paris, 2003.

12. Entre otros, véanse Z. Bauman, *In Search of Politics*; R. Sennett, *In The Corrosion of Character: The Personal Consequences of Work in the New Capitalism*, W. W. Norton & Company, New York, 1998; U. Beck, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp Verlag, Berlín, 1986; A. Giddens, *The Consequences of Modernity*, Polity, London, 1990.

13. Cfr. L. Wacquant, *Les Prisons de la misère*, Éditions Raisons d'Agir, Paris, 1999. Cfr. A. De Giorgi, *Zero Tolleranza. Strategie e pratiche della società di controllo*, Derive Approdi, Roma, 2000.

14. J. Pratt, *Penal Populism*, Routledge, London-New York, 2007.

lo cual no nos induce a considerar la seguridad solo como un “bien público”¹⁵. A pesar de no ocuparse claramente de la seguridad, ya al principio de los años ochenta la literatura más específicamente criminológica y *mainstream*, dejaba de investigar las causas de la criminalidad para defenderse de la misma criminalidad¹⁶. El hecho de que se pusiera en práctica un enfoque actuarial¹⁷ –que identificara las principales características de las llamadas “poblaciones de riesgo” y/o la búsqueda de medidas penales capaces de neutralizar a los “criminales”, la búsqueda de tipos de esterilización del territorio (prevención situacional) y el hecho de dejar de interesarse por el pasado (las causas) para ocuparse del futuro (disminución de los riesgos de victimización)– destaca que el eje de esas criminologías era la seguridad. Simon¹⁸ ubica en la mitad de los años sesenta el nacimiento en Estados Unidos de un tipo de gobierno *through crime*, mientras Mary Douglas¹⁹, hablando del discurso de la politicidad de las elecciones con respecto a los riesgos, se pregunta por lo seguros que deben ser un lugar, una ciudad, una situación, para que se consideren realmente seguros a su vez, subrayando algo bastante desatendido en gran parte de la literatura sobre el tema, es decir, que las llamadas “seguridad objetiva” y la “seguridad subjetiva” no se pueden distinguir y que la “seguridad” siempre atañe a una comparación entre estados y situaciones.

Además, la mayoría de la literatura interroga acerca del llamado “paradigma victimario”. Queda confirmada la centralidad de la figura de la víctima en las políticas y en las retóricas sobre la seguridad²⁰. Sin embargo, la figura de la víctima o incluso el paradigma victimario²¹ están por doquier, tanto en las retóricas públicas como en los estudios e investigaciones. Para la literatura a la que nos referimos, esta ubicuidad (y centralidad) implica que la víctima es la otra cara del sujeto neoliberal²², es decir que a su vez, muestra la importancia de la seguridad en el tipo de gobierno neoliberal. En nombre de las víctimas, actuales o potenciales (incluidos nosotros), no solo se

15. Cfr. M. Pavarini, “Il governo delle città e il bene pubblico della sicurezza”, Zedner, citando a Pavarini, sostiene lo mismo, véase a L. Zedner, *Security*.

16. Cfr. D. Garland, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford University Press, Oxford, 2001.

17. Cfr. M. Feeley, J. Simon, *Actuarial Justice: The Emerging New Criminal Law*, en D. Nelken (ed.), *The Futures of Criminology*, Sage, London, 1994; P. O'Malley, “Risk, Power and Crime Prevention”, in *Economy and Society*, 21, 3, 1992, pp. 252-275.

18. J. Simon, *Governing through Crime. How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*, Oxford University Press, New York, 2007.

19. M. Douglas, *Risk Acceptability According to the Social Sciences*, Sage, London, 1986; *Risk and Blame: Essays in Cultural Theory*, Routledge, London, 1992.

20. En muchas criminologías, incluidas las “de izquierda”, véase también D. Garland, *The Culture of Control*.

21. Cfr. D. Giglioli, *Critica della vittima*, Nottetempo, Roma, 2014; G. De Luna, *La repubblica del dolore*, Feltrinelli, Milano, 2011.

22. Cfr. W. Brown, “American Nightmare. Neoliberalism, Neoconservatism and de-democratization”, en *Political Theory*, December, 34, 6, 2006, Sage, pp. 690-714.

ponen en práctica o justifican políticas represivas y preventivas por parte de los gobiernos locales y nacionales, sino que también se lleva a cabo una organización colectiva, una movilización, se adquiere voz. La categoría de la llamada “ciudadanía activa” no es pequeña y está constituida precisamente por grupos de “víctimas” o potenciales víctimas (llevando a “comunidades de cómplices”²³ o a comunidades excluyentes²⁴), un fenómeno antiguo, pero que hoy está mucho más difundido que hace veinte años, por haber disminuido aquel tipo de agregación y de movilización que no se fundamentaban en el miedo (sindicados, partidos de masas).

Por lo tanto, destacamos el protagonismo de la “víctima” tanto en el discurso científico como en el político. Los motivos son muchos, partiendo de los análisis filosófico-políticos como el de Wendy Brown²⁵ que, en la figura de la “víctima”, vislumbra el estatuto de la víctima que brota del cruce entre neoliberalismo y neoconservadurismo, y llega a los sociológicos y criminológicos. Por ejemplo, Jonathan Simon²⁶ pone de manifiesto la progresiva afirmación, en Estados Unidos, de lo que él llama “gobierno mediante la criminalidad”, es decir, una modalidad de gobierno inspirada en la lógica de lo penal y basada en el miedo, que se impone en muchos ámbitos sociales: escolar, ciudadano, empresarial y en las modalidades de distribución del *welfare*. Hay muchas conexiones entre la hegemonía neoliberal y neoconservadora (véase Brown por lo que a las diferencias y complementariedades de esas racionalidades políticas se refiere) y los resultados trazados por Simon. Al principio de los años ochenta, Thatcher en el Reino Unido y Reagan en Estados Unidos discutieron sobre el *welfare* y sus culturas: Thatcher sostenía que la sociedad no existía, que solo existían los individuos, mientras que Reagan negaba la existencia de la criminalidad como problema social y con causas sociales: solo se enfrentan los buenos y los malos y a los malos hay que combatirlos. Así que si –como decía Thatcher– la sociedad no existe, ni siquiera existen los llamados problemas sociales y la misma “criminalidad”, sino solo –como decía Reagan– personas “malas” que se deben combatir y reprimir. Atacando el *welfare*, pasamos de los criminales y de las causas que los inducen a delinquir, a las víctimas y a las maneras de defenderlas.

Ya en 1989²⁷ parecía que responsabilidad y victimización tuvieran muchas relaciones por la lógica de lo penal, donde responsabilidad solo significa causalidad de la acción

23. S. Bauman, *In Search of Politics*.

24. M. Feeley, J. Simon, *Actuarial Justice*.

25. W. Brown, “American Nightmare”, pp. 690-714.

26. J. Simon, “Theaching Criminal Law in an Era of Governing through Crime”, en *Law Journal*, 48, Saint Louis University, 2004, pp. 1313-1335.

27. Cfr. T. Pitch, *Responsabilità limitate*, Feltrinelli, Milano, 1989.

y pleno conocimiento, y víctima es quien sufrió un daño por parte del responsable. Ambos pierden cualquier otra característica social, cultural e incluso de “género” y también desaparece el contexto donde se origina la acción. Hay muchas similitudes con el sujeto neoliberal. De hecho, este es un individuo cuya libertad estriba en la total asunción de responsabilidades respecto de elecciones que derivarían de una racionalidad utilitarista, y también en su capacidad de pagar solo los eventuales precios. La libertad de este sujeto se acepta de forma apriorística y se considera que no depende de ningún contexto social, económico, institucional y político. Individualización y privatización de elecciones y costes se alejan claramente de la racionalidad política típica de los estados de *welfare*, donde ambos de alguna manera eran compartidos por la colectividad por medio de medidas de protección y de compensación de los riesgos, además de redistribución de la riqueza, y cuyas elecciones y costes dependían del contexto en el que ellos se daban. El rasgo de victimario de este sujeto reside en la coeva afirmación de la seguridad por parte del discurso político dominante, que legitima la actividad del Gobierno. Esta afirmación es totalmente clara y explícita por lo que atañe al tema criminal. La división entre ofensores y víctimas potenciales (todo el mundo) no solo sirve para separar a la gente buena de la mala (y, pues, para construir las nuevas clases peligrosas, caracterizadas por quien no puede correr peligros en el mercado del trabajo porque no puede pagar las eventuales consecuencias negativas), sino también para lograr el consenso de las clases medias empobrecidas por la crisis económica y más preocupadas por el cambio del mercado del trabajo –cada vez más precario y menos disponible– y por los recortes al *welfare* procedentes de las decisiones neoliberales que por la criminalidad. Más en general, estamos frente a una privatización y moralización del discurso público²⁸, en el que la acción del Gobierno se justifica como defensa de las “víctimas”. La desviación de la atención de los criminales a las víctimas implica renunciar a proyectos de reforma social y/o de rehabilitación personal por ser inútiles y costosos –incluso contraproducentes por ser desresponsabilizantes y “laxistas”– y razonar en la base de una óptica que une²⁹ el utilitarismo neoliberal y el discurso moralizante neoconservador.

En un libro publicado en 1996³⁰, Garapon también registraba un cambio (en Francia) de la justificación de la pena, que ya no se consideraba una manera de tratar al criminal, de restablecer el orden o de volver a imponer la ley, sino en cambio, una medida para satisfacer a la víctima. De ahí que la pena fuera una compensación psicológica.

28. W. Brown, “American Nightmare”.

29. Ibid.

30. A. Garapon, D. Salas, *La République pénalisée*, Hachette, Paris, 1996.

Garapon también deducía, en consecuencia, que ahora el Estado justificaba su acción poniéndose al servicio de los sufrimientos privados. Así que el nacimiento de una “sociedad de víctimas” incluso implicaba una creciente privatización del Gobierno y una especie de homologación de los escenarios social y penal con evidentes rasgos “moralizantes”; de hecho, neutralizar a los malos no solo les era útil a los buenos para protegerlos de las acciones de los malos, sino también para indemnizar por el padecimiento sufrido a los afectados por esas acciones. Así que la pena se refiere a la venganza privada y a aquella de la sociedad. La justificación retributiva –al mal se reacciona con otro mal– se relaciona con la retribución privada, a menudo muy claramente, como cuando no se infligen penas alternativas porque no lo quieren aquellas víctimas específicas. De alguna manera la introducción de la mediación penal responde a una lógica semejante³¹.

A partir de finales de los años ochenta, hay una convergencia de intereses entre estudios que se interrogan acerca del tema de la seguridad en el ámbito local y nacional y estudios que hasta aquel entonces se habían interesado por la llamada seguridad externa, es decir, la protección de los confines. La finalización de la Guerra Fría con el derrumbe del muro de Berlín implicó una reconversión de los tradicionales *security studies*, hasta aquel entonces dedicados al estudio de la seguridad externa, es decir, a la seguridad del Estado y, al mismo tiempo, un cambio del significado mismo de seguridad. El fin de un *territorialized enemy*, tal y como lo llama Bigo³², no solo llevó a reconsiderar la seguridad y a una larga serie de debates sobre el estatuto del cambio de paradigma introducido por la llamada Escuela de Copenhague³³, sino también a una ampliación de los ámbitos y de los fenómenos examinados en ese paradigma.

En el debate y en los estudios sobre la seguridad y la securitización no siempre se entiende si las novedades en la literatura dependen de los cambios en el uso político de la categoría de seguridad, o bien si tienen que ver con los cambios políticos (la desaparición, en Europa y en Estados Unidos, de un “enemigo territorializado”, una desaparición momentánea por lo que parece) y la consiguiente necesidad de expertos del sector de renovar sus saberes. Además, no está muy claro si los cambios de los que hablan los nuevos estudios críticos sobre la seguridad atañen al ámbito de los discursos políticos y de aquellos de los expertos, o bien a los cambios concretos, es decir, relativos a las

31. O. De Leonardi, T. Pitch, “Un mundo horizontal. Las retóricas y las prácticas contemporáneas de la mediación”, en M. Sozzo (ed.), *Por una sociología crítica del control social. Ensayos en honor de Juan S. Pegoraro*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2011.

32. Cfr. D. Bigo, “Protection: Security, Territory and Population”, en J. Huysmans, J.A. Dobson, R. Prokhorovnik (eds.), *The Politics of Protection. Sites of Insecurity and Political Agency*, Routledge, London, 2006, pp. 84-100.

33. B. Buzan, O. Waever, J. de Wilde, *Security: A New Framework for Analysis*, Lynne Rienner, Boulder-London, 1998.

nuevas condiciones geopolíticas. Lo cierto es que, a partir de los años noventa, los estudios sobre la seguridad, en otras palabras, sobre los procesos de securitización, se multiplican y a veces se cruzan, ignorando los trabajos anteriores de los estudios sociológicos y criminológicos. Lo que consideramos valioso de esta literatura es que se interesa por los procesos de securitización. La Escuela de Copenhague protagoniza este cambio de itinerario. Tras definir la “seguridad” como “estar libre de amenazas a la supervivencia”, esta escuela opina que la securitización es un acto lingüístico por parte de quien detiene el poder, que produce un determinado fenómeno, acontecimiento y proceso como “amenaza grave a la incolumidad, a la supervivencia” de alguien o algo, desplazando el fenómeno, acontecimiento o proceso del ámbito de la política ordinaria al de la emergencia. Se trata de un desplazamiento que, frente a la emergencia, lleva a decisiones que se legitiman en la base de la necesidad urgente de hacer frente al peligro de la amenaza y que, pues, no forman parte de la normal dinámica política. Esta escuela, así como muchos otros autores –tanto los que aceptan el paradigma que ella propone como los que lo critican parcial o totalmente– destacan que muchos Gobiernos, y en general las élites políticas, recurren cada vez más a la “securitización” que, en las sociedades democráticas, desplazaría de forma significativa el poder en las manos del ejecutivo, en detrimento de la discusión y de la decisión parlamentarias. Esto también llevaría a un aumento de los ámbitos, de los fenómenos, de los temas y de los procesos relacionados con ella.

Y si el tema más estudiado hasta ahora es el cambio de la inmigración (en Europa y en EE. UU.) de términos económicos o humanitarios a términos de seguridad³⁴, muchos estudios sobre la securitización se ocupan de otros temas, como el medio ambiente y la humanidad. De ahí que recurramos a numerosos discursos y políticas sobre materias diferentes que remiten todas al apelativo “seguridad”. Esta ampliación de los ámbitos en los que se invoca la protección implica consecuencias tanto en lo referente a la manera de entenderlos y construirlos como en su análisis (pénsemos, por ejemplo, en la significativa distorsión del tema, de todas formas controvertido, del “desarrollo”). A su vez, el significado de seguridad se ensancha hasta perder valor; sin embargo, su empleo desproporcionado pone de manifiesto que hoy la “seguridad” se ha convertido en tema fundamental en los discursos y en las políticas. La seguridad parece haberse convertido en la modalidad discursiva prevaeciente para analizar los problemas sociales e indicar su itinerario final. La *Comisión sobre la Seguridad Humana* de la ONU

34. Véase, por ejemplo, J. Huysmans, *The Politics of Insecurity. Fear, Migration and Asylum in the European Union*, Routledge, London, 2006.

(2000) es la prueba de cómo también los derechos humanos son englobados en la “seguridad”, que mejor que ellos sabría detectar lo más necesario y deseable a nivel político. La seguridad ya no es la condición mínima necesaria para la democracia, la libertad, el desarrollo humano, sino la finalidad que la política debe lograr. De instrumento se convierte en objetivo, de ahí que nos alejemos bastante también de la seguridad de Hobbes³⁵, según el cual ella era una condición necesaria y no el objetivo último de la acción colectiva e individual³⁶.

Sin embargo, no todos los discursos sobre la seguridad son securitarios, en el sentido empleado y teorizado por los *critical security studies*. Ciertamente no lo sea la “seguridad humana” exigida por la ONU, a pesar de que —como lo subraya Foessel³⁷— el paradigma de la seguridad humana aumenta el riesgo de confusión entre el deseo legítimo de estabilidad existencial y la finalidad de la relación política. Tal vez también en esa ocasión se trate de un problema de términos pero, por ejemplo en Italia, la desviación del significado de prevalencia social de seguridad al significado actual señala la crisis del Estado social y sus consecuencias, lo que destaca no solo —como en los *critical security studies*— la progresiva falta de distinción entre interior y exterior y la progresiva confusión entre enemigos y criminales, sino también que estos procesos tienen que ver con cambios procedentes no solo de la terminación de la Guerra Fría, sino también de la gradual hegemonía de políticas neoliberales y de una general racionalidad neoliberal.

Lo que destacamos es la utilidad del enfoque de la Escuela de Copenhague para el análisis de lo que la securitización conlleva: si no conlleva despoliticización, de seguro conlleva la desviación de los temas respecto de los cuales el debate político ordinario la aplica al registro de las urgencias y, pues, de la decisión por parte del ejecutivo. Pero también los estudios de los *critical security studies* contribuyen a destacar la casi inevitable *escalation* producida por los discursos y por los procesos de securitización, ya registrada por los sociólogos³⁸ y por los criminólogos. Además, la entrada de un tema en el registro discursivo de la seguridad ayuda a solucionarlo; es la solución que construye el problema y no al contrario. Y puesto que el discurso securitario es un discurso de la amenaza, de la urgencia y de la emergencia, este tenderá a ocultar o a englobar en su interior políticas incoherentes con la amenaza, con la urgencia y la emergencia, lo que ha ocurrido —lo explicaremos mejor más adelante— en la mayoría de los casos en el ámbito

35. M. Foessel, *Etat de vigilance. Critique de la banalité sécuritaire*, Le Bord de l'eau, Lormont, 2010.

36. Respecto de la relación entre seguridad y derechos humanos, cfr. B. J. Goold, L. Lazarus (eds.), *Security and Human Rights*, Hart Publishing, Oxford/Portland (OR), 2007.

37. M. Foessel, *Etat de vigilance*, p. 103.

38. Cfr., por ejemplo, R. Castel, *L'insécurité sociale, Qu'est-ce qu'être protégé?*

de las políticas locales de seguridad, incluso cuando estas tenían buenas intenciones y programas que intentaban integrar políticas de esterilización del territorio con políticas inclusivas. Entonces, esto ha ocurrido por todas las razones que hasta aquí hemos subrayado (tendencia a la *escalation*, desviación en el registro de la urgencia, conexión solución-problema): la referencia a la seguridad –en el sentido de *safety*– acaba dejando de lado las políticas sociales, haciendo prevalecer aquellas de tipo represivo. Además, la desviación de la inmigración, por ejemplo, de tema económico o humanitario al de seguridad lleva a políticas inmigratorias cada vez más restrictivas y penalizantes, que empujan a los migrantes hacia los territorios de la ilegalidad³⁹

En el amplio panorama de la literatura de la seguridad, cabe referir a dos filósofos ya citados, Wendy Brown y Michel Foessel. De la primera, además de la obra sobre neoliberalismo y neoconservadurismo en Estados Unidos –que citamos antes con respecto a la figura de la víctima⁴⁰–, es muy importante el ensayo sobre las nuevas barreras⁴¹. Los nuevos muros que se han construido por doquier (Brown recuerda el muro entre Estados Unidos y México; Israel y Palestina; Ceuta y Melilla; la India y Pakistán, entre otros, y también recuerda el muro de Via Anelli en Padua, además de las *gated communities*) después de veinte años de la caída del Muro de Berlín son barreras cuyo alcance es simbólico, aunque sus consecuencias son reales y a menudo trágicas. En un mundo en apariencia uniforme por los continuos flujos de mercancías, dinero, comunicaciones y también personas, se construyen muros en cada esquina⁴², y se trata de muros que deberían alejar las amenazas y los peligros procedentes del exterior (migrantes, terroristas, extranjeros, criminales, traficantes de droga, solicitantes de asilo, pobres en general), es decir, reconstruir, o incluso crear un Estado-nación, o una autoridad, pues unos muros de protección, nuevos *homines muniti*, porque estos muros, a diferencia de los de las cárceles y de los varios campos, no se construyen para “incluir” sino para “excluir”, como las paredes de las antiguas ciudades fortificadas. Y, como siempre ha ocurrido, producen efectos no solo en el exterior, sino también y sobre todo en el interior, por lo que contribuyen a construir subjetividades pasivas, paranoicas, xenóforas, en consecuencia, *homines muniti*. Podríamos preguntarnos cuál es el confín entre incluir y excluir, es decir, cuánto o cuándo estos nuevos muros acaban pareciéndose a los de las cárceles.

39. Pitch analizó el ejemplo de los gitanos, a menudo obligados al nomadismo por políticas que los “construyen” precisamente como “nómadas” y que, pues, no pueden integrarse en el tejido urbano, véase T. Pitch, *Contro il decoro. L'uso politico della pubblica decenza*, Laterza, Roma-Bari, 2013.

40. Cfr. W. Brown, “American Nightmare”.

41. Véase M. Foessel, *Etat de vigilance*.

42. M. Teheranian, J. Camilleri y K. Malhotra, *Reimagining the Future: Toward Democratic Governance*, Bundoora, Australia: Department of Politics, La Trobe University, 2000.

En este punto podemos recordar, en el caso de los muros, lo que dijimos con respecto a las medidas que llamamos políticas para la seguridad a nivel local y nacional: ellos sirven simbólicamente para separar a los buenos de los malos, mejor dicho, para considerar a los incluidos como buenos y a todos los demás como malos, y para intentar construir una relación entre los buenos basada en el miedo.

De hecho, esta interpretación nos explica incluso el aumento del mercado privado de la seguridad, que no solo se añade, sino que también interactúa⁴³ con los dispositivos securitarios públicos: los *homines muniti*; es decir, las subjetividades construidas sobre la base de la desconfianza y el miedo al otro están dispuestas, en otras palabras, son invitadas a defenderse también a solas si tienen los recursos económicos para hacerlo, tal y como sucede en el ensayo sobre las relaciones entre neoliberalismo y neoconservadurismo en Estados Unidos. Brown⁴⁴ muestra la aparentemente contradictoria pero fructuosa alianza entre modalidades de control interpersonales, basadas en la “libertad” individual y modalidades que, en cambio, se fundamentan en las “mentes”⁴⁵, por medio de retóricas “moralizantes”. Y eso que el hecho de hacer a solas, de convertirse en empresarios de sí mismos y de asumir toda la responsabilidad de sus acciones y de las relativas consecuencias es de por sí un imperativo “moral”⁴⁶.

Recordando ese ensayo de Brown, Foessel⁴⁷ se interroga acerca de lo que él llama banalidad securitaria, relacionando el aumento de la demanda de seguridad con el desengaño tanto respecto de la política como del derecho, dudando de que el significado actual de seguridad pueda derivar de Hobbes: para Foessel, la demanda de seguridad se presenta como una modalidad individual, moral y prepolítica, como si el modelo securitario puesto en práctica en esas últimas décadas invalidara la tesis según la cual solo un poder público puede solucionar el problema del miedo⁴⁸. Además de su “naturalización”, Foessel subraya la “seguridad” como *finalidad*, individual y colectiva⁴⁹. En realidad, diríamos que solo se trata de una naturalización en el sentido de que, por medio de la securitización, las amenazas se presentan como “objetivas”, en lugar de resultado de elecciones políticas⁵⁰; de lo contrario, todos los “peligros” y, lo más importante, todo todos los acontecimientos perjudiciales tienden a atribuirse a la acción o a la

43. Por medio de numerosos instrumentos, véase el resumen y la bibliografía presentada en L. Zedner, *Security*.

44. W. Brown, “American Nightmare”.

45. S. Cohen, *Visions of Social Control*.

46. Cfr. M. Douglas, *Risk Acceptability According to the Social Sciences*; Ead., *Risk and Blame*; T. Pitch, “I rischi della sicurezza urbana”, en *Parolechiave*, 22-23-24, 2000, pp. 71-97; Ead., *La società della prevenzione*, Carocci, Roma 2006.

47. M. Foessel, *Etat de vigilance*.

48. *Ibid.*, p. 18.

49. *Ibid.*, p. 104.

50. Cfr. M. Douglas, *Risk and Blame*; T. Pitch, *La società della prevenzione*.

omisión de alguien⁵¹. Ya dijimos precisamente que esto fundamenta la gran difusión del imperativo de la prevención, tanto individual como privada, tanto pública como colectiva, cuyo imperativo, a su vez, se da a conocer al modelo securitario.

Este breve *excursus* sobre una parte de la literatura sobre la seguridad producida en ámbitos disciplinarios diferentes permite descifrar convergencias y divergencias a la hora de analizar el fenómeno; tal y como ya ponía de manifiesto antes, las convergencias atañen al ámbito general de su relación con la imposición de una racionalidad política neoliberal; probablemente las divergencias tengan que ver con aspectos diferentes del fenómeno mismo. Por ejemplo, quien se ocupa de políticas securitarias en los diferentes ámbitos en que se manifiesten no solo tiende a descuidar la existencia de un gran mercado privado de la seguridad, sino también la relación entre público y privado⁵² que, en cambio, es fundamental para entender cómo cambia el tema criminal (del que hablaremos luego). Quien subraya que la gubernamentalidad neoliberal actúa por medio de la libertad individual y modalidades de control impersonales desatiende tanto los aspectos éticos y morales de esa misma gubernamentalidad como sus aspectos claramente coercitivos y represivos.

Los niveles

La seguridad en ámbito local y nacional es analizada sobre todo por sociólogos, criminólogos y antropólogos. Las investigaciones sobre el ámbito local son muy numerosas y, como hemos mencionado antes, comienzan a partir de los años ochenta⁵³. También en Italia hay muchos estudios sobre la victimización, el “miedo a la criminalidad”, las políticas de seguridad urbana⁵⁴, y en este ámbito, el proyecto *Città sicure* de seguro fue

51. Ibid.

52. Véase L. Zedner, *Security* y T. Pitch, *La società della prevenzione*, Carocci, Roma, 2006.

53. Una obra muy importante y poco citada por los criminólogos es el estudio de E. S. Merry, *Urban Danger. Life in a Neighborhood of Strangers*, Temple University Press, Philadelphia, 1981.

54. Véanse, por ejemplo, G. Amendola (ed.), *Paure in città. Strategie ed illusioni delle politiche per la sicurezza urbana*, Liguori, Napoli, 2003. Véanse Id., (ed.), *Il governo della città sicura*, Liguori, Napoli, 2003; F. Carrer, *Sicurezza in città e qualità della vita*, Roma, Editrice Libertà, 2000; A. Ceretti, R. Cornelli, *Oltre la paura. Cinque riflessioni su criminalità, società e politica*, Feltrinelli, Milano, 2013; M. Barbagli, L. Sabbadini, *La sicurezza dei cittadini*, il Mulino, Bologna, 1999; G. Mosconi, *Criminalità, sicurezza e opinione pubblica in Veneto*, Cleup, Padova, 2000; Id., “La sicurezza dell’insicurezza. Retoriche e torsioni della legislazione italiana”, en *Studi sulla questione criminale*, 2, mayo-agosto 2010, pp. 75-99; A. Dal Lago, E. Quadrelli, *La città e le ombre. Crimini, criminali, cittadini*, Feltrinelli, Milano, 2003; M. Pavarini (ed.), *L’amministrazione locale della paura*, Carocci, Roma, 2006; T. Pitch, C. Ventimiglia, *Che genere di sicurezza. Donne e uomini in città*, Franco Angeli, Milano, 2001; R. Selmini, “Le politiche di sicurezza in Italia. Origini, sviluppo e prospettive” en M. Barbagli (ed.), *Rapporto sulla criminalità in Italia*, il Mulino, Bologna, 2003, pp. 611-648; R. Selmini, “Paura, rischio e insicurezza tra domanda sociale e culture politiche: Torino, Bologna, Napoli”, en G. Amendola, *Il governo della città sicura*; Ead. (ed.), *La sicurezza urbana*, il Mulino, Bologna, 2004.

pionero (véase los *Quaderni de Città sicure*). Vamos a ver cuáles son, muy brevemente, los resultados más destacados de este gran trabajo. A pesar de su parcial diferencia entre ellas y a pesar de ser muy buenas, las políticas de seguridad implementadas a nivel local a menudo son englobadas en la “securitización”. Así que se impone la referencia a la seguridad como incolumidad de los ciudadanos respecto de las amenazas de criminalidad callejera, del incivismo, de las ilegalidades difundidas y sugiere medidas dirigidas también a la llamada “prevención social” (servicios sociales específicos, asistencia a las víctimas, saneamiento del territorio, aumento de la sociabilidad, etc.), total que los gobiernos locales (nos referimos a Italia) aspiran explícitamente no tanto al aumento de la seguridad, sino a la disminución de la *percepción* de inseguridad. La mayoría de los resultados de estos gobiernos ha sido importante sobre todo desde el punto de vista simbólico. Pensemos en la llamada temporada de las ordenanzas⁵⁵, que aún no ha acabado (véase, por ejemplo, la reciente ordenanza del alcalde de Padua Bitonci). Todos o casi todos los gobiernos locales, de todo tinte político, han dictado ordenanzas similares (incluso a veces copiadas las unas de las otras), cuyo objetivo es la esterilización del territorio, eliminar lo que se considera perjudicial, contaminante, enemigo, amenazador. Los blancos de estas ordenanzas son fáciles de detectar: antes que todo gitanos, prostitutas, mendigos, grafiteros, vendedores ambulantes, tiendas de comida “étnica”⁵⁶.

En Francia, la situación no es muy diferente⁵⁷. En cambio, Reino Unido fue uno de los primeros en equiparse con cámaras de circuito cerrado por doquier, algo que luego se difundió también en Italia, incluso en los pueblos más pequeños. Cabe añadir que ni las ordenanzas, ni las cámaras han logrado el objetivo que se habían propuesto. Las ordenanzas casi no se ponen en práctica, aunque hayan llevado simbólicamente a una división entre buenos y malos. Las cámaras se rompen enseguida y se quedan así, porque arreglarlas o sustituirlas cuesta demasiado. Su utilidad todavía no ha sido demostrada: tal vez sirvan para detectar a los transgresores, después de haber cometido el crimen. Sin embargo, lo fundamental es que la discusión sobre la seguridad ya se ha convertido –en todos los ámbitos– en un recurso político importante: se emplea para cosechar éxitos, para lograr fondos y para promover el disenso, con consecuencias incluso graves como las incursiones contra los llamados campos nómades y, de manera más reciente, contra los centros de acogida de los migrantes y los solicitantes de asilo.

55. M. Giovannetti (ed.), *Per una città sicura*, Roma, Cittalia, 2012 y Id., “Le ordinanze dei sindaci sulla sicurezza urbana”, en *ibid.*, pp. 25-60.

56. T. Pitch, *Contro il decoro*.

57. V. Gautron, *Les politiques publiques de lutte contre la délinquance*, Université de Nantes, 2006.

Así que si muchos proyectos y experimentos locales intentaban (e intentan) ocuparse tanto de las preocupaciones de los ciudadanos acerca de la habitabilidad y del empleo de los espacios urbanos como de las exigencias de que se respeten los derechos de todos y de todas las que emplean estos mismos espacios (lo cual no es nada fácil, por lo menos en Italia, cuando los recursos de los que disponen las autoridades locales disminuyen cada vez más) y si hay buenos instrumentos que se pueden emplear tanto en Italia como en otras partes (por ejemplo, Francia y Reino Unido), más se ha aspirado a esterilizar el territorio urbano y a estigmatizar una parte de la población urbana que a reconstruir relaciones sociales y producir confianza generalizada⁵⁸. Era de esperarse.

Los migrantes y los solicitantes de asilo –no solo en Italia– se han convertido en el objetivo principal de las políticas de seguridad a nivel nacional. La criminalización de la inmigración en los países europeos y en EE. UU. se ha difundido tanto como para haber creado un nuevo fenómeno, llamado *crimmigration*⁵⁹. Los estudios sobre este tema son muy numerosos. En el ámbito de la Unión Europea, el cambio de la inmigración desde terceros países por razones económicas o humanitarias a relacionadas con la seguridad ha sido analizado por los *critical security studies*. Por lo que a los contextos nacionales se refiere, es suficiente analizar los detenidos para entender los efectos de esas políticas, por ser los extranjeros superrepresentados (otro tema es la prisión administrativa, es decir, los diferentes campos, centros de acogida e identificación, diseminados en toda Europa). Los llamados paquetes de seguridad promulgados en Italia en los últimos años atañen no solo a los migrantes, sino también a un conjunto de fenómenos y figuras (piénsese en el “feminicidio”) caracterizados por ser “emergencia”. En Italia, pero también en Francia, una de estas “emergencias” han sido los gitanos.

Si, por una parte, sobre todo criminólogos y sociólogos han estudiado la seguridad en el ámbito local y nacional, por otra parte, las políticas de seguridad de la UE han sido analizadas en especial por los *critical security studies* (la ya citada Escuela de Copenhague), sobre todo con relación a la inmigración y a la solicitud de asilo de personas procedentes de terceros países, aunque esas políticas –como veremos– también atañen a los ciudadanos europeos.

La “securitización” de la inmigración en las políticas europeas es algo anterior tanto al 11 de septiembre como al fin de la Guerra Fría. Como subraya Huysmans⁶⁰, a partir de la mitad de los años ochenta, en el proceso de integración europeo se desarrolla un

58. T. Pitch, “I rischi della sicurezza urbana”.

59. J. Stumpf, “The Crimmigration Crisis”, en *American University Law Review*, 56, 2, Washington College of Law, Washington, 2006, pp. 1-55.

60. J. Huysmans, *The Politics of Insecurity*.

ámbito de seguridad interna que pone en relación temas de control de los confines, terrorismo, drogas, delincuencia organizada y solicitud de asilo, sobre todo a partir de los años noventa. Puede parecer paradójico que las medidas de seguridad se conviertan en relevantes para la UE justo cuando un “enemigo territorializado⁶¹” desaparece y se construye un espacio de libertad de movimiento para los ciudadanos europeos con los acuerdos de Schengen (1985). Esta paradoja se interpreta de dos formas: por un lado, en especial para los que hacen hincapié en la acción de las agencias de seguridad⁶², el proceso de securitización puede ser imputado, por lo menos por una parte, precisamente a la necesidad de los burócratas y de los expertos de seguridad de volver a orientar y definir sus tareas en un contexto que ha cambiado; por otra parte, este mismo proceso se puede considerar coherente con y útil para una racionalidad política neoliberal, mientras la seguridad está directamente relacionada con el impulso a la movilidad de poblaciones, mercancías y servicios⁶³. De ahí que una mayor libertad para los ciudadanos europeos y mayores restricciones para la movilidad de ciudadanos de terceros países impliquen una “noción liberal de seguridad”, según la cual se logra un mayor control gracias a medidas administrativas en lugar de prohibiciones legales. De hecho, como evidencia van Munster, mientras la movilidad de los ciudadanos europeos aumenta, la movilidad de los migrantes intenta ser inmovilizada por considerarse un peligro, y si logran moverse, su movimiento es controlado por tecnologías de gestión del riesgo⁶⁴. A través de la construcción de “poblaciones potencialmente peligrosas”, riesgo y gestión del riesgo fundamentan las políticas de seguridad de la UE y los cambios de las políticas criminales analizados por sociólogos y criminólogos en las últimas tres décadas.

Podríamos decir que los acuerdos de Schengen han facilitado la movilidad de los ciudadanos europeos y, al mismo tiempo, han dificultado a los ciudadanos de terceros países la posibilidad de entrar y moverse en este espacio. En 1990, la Convención para la aplicación de los acuerdos de Schengen ya pone en relación la inmigración con el terrorismo y la criminalidad transnacional, incluyendo las normas relativas a la inmigración en un contexto institucional dedicado a la defensa de la seguridad interna. Mientras Schengen 1 había sido negociado y escrito por funcionarios expertos de transporte y

61. D. Bigo, “Security, Territory and Population”.

62. Cfr., por ejemplo, D. Bigo, “From Foreigners to ‘Abnormal Aliens’. How the Faces of the Enemy Have Changed”, en E. Guild, J. van Selm (eds), *International Migration and Security: Opportunities and Challenges*, Routledge, London, 2005, pp. 64-81.

63. R. van Munster, *Securitizing Immigration. The Politics of Risk in the European Union*, Palgrave Macmillan, New York, 2009 p. 98.

64. Ibid., p. 98; Lianos y Douglas han documentado el mismo proceso a nivel nacional, cfr. M. Lianos, M. Douglas, “Dangerization and the end of deviance. The institutional environment”, pp. 261 -78.

de asuntos exteriores, Schengen 2 lo han escrito profesionales de la seguridad interna. En los acuerdos de 1985 el tema de la seguridad no era fundamental, luego lo llegó a ser. Y después del 11 de septiembre, la conexión entre la inmigración y el riesgo del terrorismo es concreta (cfr. los arts. 16 y 17 del *European Council Common Position on Combating Terrorism*, diciembre de 2001). Por lo tanto, los migrantes y los solicitantes de asilo pasan de ser un problema económico o humanitario a un problema de seguridad (también en el ámbito nacional nos enfrentamos con similar desviación).

Está claro que los migrantes y los solicitantes de asilo son la preocupación más candente de las políticas de seguridad de la UE, pero no son la única. Los acuerdos de Schengen y los documentos siguientes implican restricciones legitimadas por problemas de seguridad también para los ciudadanos europeos. Estas restricciones pueden ser aplicadas por los Estados contrayentes cuando se tiene la sospecha de que su seguridad corre peligro, pero ellos mismos deciden cómo y cuándo aplicarlas, así que estas decisiones son totalmente discrecionales. Se pueden bloquear en las fronteras a los que se consideren “perturbadores potenciales”, pero la molestia potencial se deja a la discrecionalidad de cada país en la base de la “sospecha” y de cálculos de riesgo, es decir, superando cualquier evidente estándar legal⁶⁵ (un ejemplo italiano fue Génova 2001). Por lo tanto, políticas creadas para combatir el terrorismo y la inmigración ilegal también se aplican a los ciudadanos europeos, considerados “sospechosos”. En este caso, no solo se niega la libertad de movimiento, sino también se menoscaban otros derechos fundamentales, como la libertad de expresión, porque se define “sospechoso” al sujeto en la base de sus propias ideas políticas. Así que aproximaciones, lenguajes y técnicas desarrolladas en nombre de la seguridad contra el terrorismo, la delincuencia organizada y la inmigración acaban atañendo también a los ciudadanos europeos.

Hay otra población de ciudadanos europeos considerada potencialmente peligrosa, cuyos derechos pueden ser limitados en nombre de la seguridad: hablamos de los llamados hinchas o *football hooligans*. En los documentos no hay ninguna definición de *hooliganism*. Más bien, para Tsoukala⁶⁶, la estigmatización de los *hooligans* está acompañada por un proceso definitorio fragmentado que atañe a la seguridad a nivel nacional e internacional⁶⁷, así que hay confluencias significativas entre las políticas de contraste al *hooliganism* en los ámbitos europeo, nacional y local⁶⁸. A partir de la desgracia del Heysel en 1985, las medidas

65. J. Apap, S. Carrera, “Maintaining Security within Borders: Towards a Permanent State of Emergency in the European Union?”, en *Alternatives. Global, Local, Political*, 29, 2004, pp. 339-416.

66. A. Tsoukala, *Football Hooliganism in Europe*, Palgrave Macmillan, New York, 2009.

67. *Ibid.*, p. 6.

68. Ya hablamos de esto en T. Pitch, *Contro il decoro*.

de prevención situacional, basadas en la segregación y en la vigilancia de los espectadores de fútbol, han aumentado en términos temporales (antes y después de los partidos), espaciales (lugares externos al estadio) y de poblaciones afectadas. Han aumentado las penas y las medidas represivas de tipo administrativo para actos que no se considerarían delitos o amenazas fuera de un acontecimiento deportivo⁶⁹). Por lo tanto, las recomendaciones del Consejo Europeo antes citadas no solo se aplican a perturbadores potenciales y a posibles manifestantes, sino también a los espectadores de fútbol y de otros acontecimientos deportivos; de hecho, el Consejo Europeo (2001) considera tanto al “*football hooliganism*” como a las manifestaciones políticas “amenazas a la seguridad urbana”.

No consideramos que la interacción entre los tres niveles (local, nacional y europeo) haya sido estudiada. Sin embargo, si los estudiamos de forma conjunta, estos niveles reflejan una ciudadanía limitada y a la que le han sido suprimidos algunos de aquellos derechos que, para Marshall, constituirían la misma ciudadanía moderna. En cambio, en esos tres niveles se destaca no solo una división entre “nosotros” y “ellos”, sino también la construcción de comunidades basadas en el miedo y en la desconfianza hacia quien es diferente de “nosotros”. Esta construcción choca tanto con las constituciones nacionales como con la Carta Europea de los derechos fundamentales, porque ellas subrayan, en cambio, una ciudadanía de tendencia inclusiva. En particular, incluso con sus límites, el Tratado de Niza parece seguir haciendo referencia al llamado modelo social europeo. Ese tratado no presupone una comunidad política ya existente, con valores y normas homogéneos que hay que defender de corrupciones “ajenas”; más bien, al menos por lo general, el mismo Tratado debería construir esta comunidad.

La relación entre políticas de seguridad e ideas de ciudadanía es muy estrecha y se necesita profundizarla. Tal y como dice Sassen⁷⁰, la ciudadanía de las constituciones de la posguerra está en crisis, y los derechos de los que los ciudadanos “regulares” gozan se erosionan de manera constante. Mientras, para Sassen, las grandes *corporations* y la elite global no necesitan tener una ciudadanía jurídica para lograr lo que quieran, al mismo tiempo a la mayoría de los migrantes —a pesar de formar parte de la ciudadanía de algún país— se les trata como si no tuvieran derechos; incluso son expulsados de sus espacios vitales porque empresas estadounidenses, europeas y asiáticas requisan las tierras en sus países⁷¹. De ahí que la ciudadanía se deba reconsiderar en la base —claro está— de las políticas de seguridad.

69. A. Tsoukala, *Football Hooliganism in Europe*.

70. S. Sassen, “Who Are We, the Citizens?”, en *European Alternatives*, 8 de octubre. 2014, disponible en <http://euroalter.com>.

71. *Ibid.*, p. 1.

Lo que falta

Ni el tema de la seguridad, ni tampoco las relaciones entre políticas de seguridad y ciudadanía pueden ser analizadas correctamente sin considerar el género, una perspectiva fundamental y que falta en la literatura sobre la materia. Esto es realmente paradójico, puesto que la mayoría de las justificaciones de las políticas de seguridad se refiere a la necesidad de proteger a “nuestras” mujeres. Sin embargo, una perspectiva que considere el género es también la única que puede estudiar por completo los efectos de esas políticas sobre el estatuto de ciudadanía de sujetos diferentes con respecto a la clase social, a la edad, al color de la piel, a la orientación sexual y a todas sus variables que definen la pluralidad de individuos que comparten hoy el mismo territorio, urbano, nacional y europeo.

El empleo del género femenino en las retóricas de la seguridad funciona muy bien para explicar la relación entre neoliberalismo y neoconservadurismo, y en este sentido analizar el caso italiano podría ser útil, con su faceta que llamaríamos neoliberal y la presencia de una noción de libertad que pretende ampliarse *all the way down*, en nombre del carácter sagrado de la elección, entendida como posibilidad de vender y comprar. Desde este punto de vista, la observación “Quién esté sentada sobre un tesoro, ¿por qué no debería emplearlo?”, de un famoso periodista del periódico *Corriere della Sera* es muy explicativa. La emancipación de las mujeres se considera como libertad de venderse. Lo femenino refleja la ideología dominante: se dice que en eso consiste la libertad, es decir, en la posibilidad de poner en práctica elecciones basadas en un cálculo de costes y beneficios, y si respecto de la mercantilización de las partes de su propio cuerpo los beneficios superan los costes, pues bien es justo perseguir esos beneficios. En este sentido, no solo todo puede convertirse en mercancía, sino –si puede– *debe* hacerlo. Al mismo tiempo –y solo parcialmente de forma contradictoria– lo femenino es la víctima por excelencia, ya sea por ser víctima potencial de los “malos”, los que no son como “nosotros”, los extranjeros, los migrantes, y como emblema y metáfora de la comunidad (ficticia) amenazada: la “cultura” nacional o local, la tradición, la lengua, la religión. La expresión “nuestras mujeres” significa todo esto. De ahí sale la faceta neoconservadora, que en Italia en los últimos años ha adquirido rasgos claramente racistas mediante el partido Liga Norte. Además, el reciente “descubrimiento” (en Italia) de la violencia masculina contra las mujeres, sobre todo la intrafamiliar o relativa a las relaciones íntimas, ha llevado a una importante campaña cuyo *leitmotiv* son la vulnerabilidad, la debilidad y la fragilidad femenina. Protección, tutela, seguridad para las

“víctimas” o potenciales víctimas son las palabras clave que han desembocado en un decreto en el que normas para contrastar el llamado “feminicidio” andan con normas que militarizan, en nombre de la “seguridad”, las obras del tren de alta velocidad del Valle de Susa (obra muy criticada y que el Gobierno quiere proteger incluso con el Ejército, si fuera necesario).

Así que las mujeres y lo femenino siempre se evocan en los discursos y respecto de los dispositivos de seguridad, a veces en sentido metafórico y a menudo muy concretamente, como en este último caso. Uno de los problemas es que hay mujeres y movimientos de las mujeres que entran en ese juego, o bien no se dan cuenta de eso. Ya ponía de manifiesto este problema en 1989, a propósito de la campaña contra el estupro. Sin embargo, ahora las desviaciones securitarias de un discurso basado en la victimización son mucho más evidentes que hace 35 años. Está claro que siempre se logra tener visibilidad, y esto puede interesar a alguien. Sin embargo, las consecuencias para la construcción de lo femenino y para la concreta libertad de las mujeres pueden ser y son muy profundas. En Italia, el discurso securitario saca provecho de las campañas sobre el “feminicidio” organizadas por las mujeres, y en Francia por las campañas contra la prostitución, también organizadas por mujeres. No hay duda de que la situación es muy compleja y delicada y, en ambos casos, puede ocurrir que el escenario político se reduzca al antagonismo entre buenos y malos, algo típico de los procesos de securitización y en total coherencia con la racionalidad política neoconservadora. De ahí que lo femenino se convierta en eje de la relación entre neoliberalismo y neoconservadurismo.

Además, hay una paradoja muy evidente en la idea de que la protección de las mujeres de la violencia masculina pueda ser confiada a las políticas securitarias, porque si quisiéramos proteger realmente a las mujeres con las medidas previstas por las políticas de seguridad, entonces deberíamos detener a todos los hombres, o bien ponernos a una policía hembra en casa⁷². Analizar esa paradoja es importante, puesto que más de la mitad de la población humana está compuesta por mujeres. En cambio, también en este caso el sujeto estándar cuya protección justifica las políticas de seguridad es un sujeto masculino, no reconocido como tal. Es verdad que las violencias contra las mujeres se emplean como pretexto para nuevas y mayores políticas represivas, pero la insistencia en la esterilización del espacio urbano, en la lucha contra las figuras típicas del “miedo” (mendigos, gitanos, extranjeros, drogadictos, etc.) atañe a un sujeto masculino, no demasiado joven, no demasiado pobre, que no necesita protegerse en su casa, sino solo

72. T. Pitch, C. Ventimiglia, *Che genere di sicurezza*.

en los espacios públicos de desconocidos. Por el contrario, las mujeres tienen que tener mucho más cuidado con quien conocen bien, en su propia casa, más en los lugares de trabajo que en el espacio público (del cual no pueden gozar, sobre todo en algunas zonas y a unos horarios determinados) y con desconocidos. En realidad, la conciencia de que la violencia procede sobre todo de los hombres, en perjuicio tanto de las mujeres como de otros hombres, aún no ha entrado completamente en los proyectos de las políticas públicas, así como en los estudios científicos, críticos y no críticos, sobre la criminalidad, la seguridad, el riesgo, etc.

Seguridad y el tema criminal

Así que el tema de la “seguridad” protagoniza el estudio de los cambios de la racionalidad política hoy día dominante, tanto en el ámbito global como continental (Europa, Estados Unidos), estatal y local. Tal vez ahora podamos definir el tema de la seguridad tal y como hicimos con “el tema criminal”⁷³, es decir, un ámbito de confines fluidos y siempre cambiantes, en el que se encuentran y chocan discursos, prácticas, políticas, saberes, pero también instituciones y actores colectivos, empresas privadas, movimientos sociales, ONG. Y, obviamente, los saberes, los discursos, las prácticas de seguridad, la acepción dominante de seguridad son analizados y (a veces) contestados no solo por estudiosos y políticos, sino también y sobre todo por actores colectivos, en el mismo ámbito en que las políticas de seguridad son implementadas. Esta contestación puede ser directa y consciente, pero también puede ser una resistencia difundida, no considerada como tal. Ya mencionamos⁷⁴ que el conflicto relativo al “orden público” era un conflicto *explícitamente* político, que atañía –más o menos de manera consciente– a la concepción dominante del orden social. Pero cuando el orden público se esconde detrás de la seguridad de cada cual, lo que se esconde es con precisión la referencia a las posiciones de poder, lo cual dificulta la contestación. En este sentido hay despolitización en los procesos de securitización, tal y como se evidencia en los *critical security studies*. Sin embargo, conflictos y resistencia igual se dan.

El tema de la seguridad incide mucho en el criminal, reformula sus confines, porque en nombre de la seguridad (de la emergencia, entre otros) no solo se criminalizan nuevos comportamientos, sino sobre todo se toman medidas administrativas que se aplican

73. T. Pitch, *Responsabilità limitate*.

74. T. Pitch, “I rischi della sicurezza urbana”.

a comportamientos no considerados crímenes y en la base de los cuales muchos grupos de personas se clasifican como potencialmente peligrosos, para vigilar, para alejar de los “buenos”⁷⁵. El paradigma securitario se basa en el principio de prevención, pero no por medio de la amenaza de la pena, sino a través de un complejo conjunto de dispositivos diferentes, algunos públicos, otros privados, que no solo aspiran a frenar a los delincuentes potenciales, sino más bien a defender a los que no lo son. El mismo ámbito penal cambia de sentido y naturaleza, adquiriendo la doble cara de simple neutralización de los condenados y de indemnización moral de las víctimas. En realidad, cada vez más a menudo tanto lo penal como las medidas securitarias tienen el objetivo de “tranquilizar” y crear consenso mediante la simple añadidura tanto de las normas como de las medidas de seguridad, lo cual no significa que sus efectos reales no puedan ser incluso muy fuertes. En el centro de todos estos dispositivos y de las retóricas que los justifican está la “víctima”, real y potencial, es decir, todos los hombres “buenos”. La importancia actual del “peligro” (y no solo del riesgo) parece recordar los paradigmas de la defensa social e incluso de la escuela positiva, pero ahora el peligro está por doquier y no bastan las paredes de cárceles y manicomios para contenerlo; tal vez la construcción de muros, reales y simbólicos, se necesite para defendernos a nosotros mismos, para alejar físicamente el “peligro”. A su vez, el peligro no necesita ser definido de manera precisa o que esté relacionado con comportamientos verificables empíricamente, lo cual lo convierte en más preocupante y lo pone en relación cada vez con figuras y fenómenos diferentes. Alejar el peligro no significa necesariamente analizar sus eventuales causas y buscar su solución. Es como si dijéramos: alejemos de las ciudades a los gitanos y a los sinti, poniéndolos en guetos y que se las arreglen ellos...

Traducción del italiano de M. Colucciello

75. Los criminólogos se han interesado mucho por este tema; véase sobre todo cfr. D. Garland, *The Culture of Control*.

Geminello Preterossi. Full professor of Philosophy of Law and History of Political Thought in the Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università degli Studi di Salerno. His main research interest is in philosophy of public law (both domestic and international) and history of political concepts. He recently published many works, including *La Politica negata*, Laterza, Roma-Bari 2011 and *Cosa resta della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2015.

Contact: gpreterossi@unisa.it

THE POWER AND THE SACRED: THE IMPOSSIBLE GOODBYE?

Between political theology and economic theology

DOI:1017450/160106

Geminello Preterossi

Università degli Studi di Salerno

Reception date 20th January 2015; acceptance date 15th February 2016. This article is developed within a project research held at the Dipartimento of Scienze Giuridiche, Università degli Studi di Salerno

Abstract

What holds together the social order? This question recurs even in post-traditional conceptions of the social bond and, explicitly or implicitly, leads to the relationship between power and pre-political sources of the legitimacy. Secularization is not liberation from the religious. The fact that politics, with modernity, occupy the space of religion charges politics itself of a supplementary symbolic function. The economic theology is not a paradigm change: neither the obliteration of political theology and its replacement with a different model. The economic theology is a disguised political theology.

Keywords

Political theology, economic theology, secularization, modernity, neoliberalism

Resumen

¿Qué es lo que mantiene el orden social? Esta pregunta está presente también en las concepciones postradicionales del vínculo social y, explícita o implícitamente, lleva a la relación entre poder y fuentes prepolíticas de la legitimidad. La secularización no significa liberarse de lo religioso. El hecho de que la política, con la modernidad,

sustituya a la religión carga a la política misma de una función simbólica suplementaria. La teología económica no es un cambio de paradigma, no es la eliminación de la teología política y su sustitución con un modelo diverso. La teología económica es una teología política disfrazada.

Palabras clave

Teología política, teología económica, secularización, modernidad, neoliberalismo

I will propose here a few considerations that are included in a larger study about the persistent link between the power and the sacred in modern and contemporary political thought. What holds together the social order? This question returns even in post-traditional conceptions of the social obligation and, explicitly or implicitly, leads to power and pre-political sources relationship, which are, for different reasons, covered with a sacred aura of legitimacy (that is the belief in the dutifulness of obedience). It is not surprising, considering that for most of human history that binding function is ensured by the religion. The same political power, in traditional societies, was the guarantor of order to the extent it could legitimize itself with respect to the sacred, from which it got its *auctoritas*. Verticality and obedience, community integration, collective beliefs and expectations, are semantic fields that convey the surplus of political affiliation, its difference from any other particular association: these notions and practices have something in common with the religious experience. From one point of view, while differing –politics has to do with power and conflicts, that is, with the secular order, with religion and with salvation– politics and religion can overlap and occupy –even though with different languages– the same region. In the name of salvation, power and conflicts may also be perceived as religious affairs: hence the constant struggle for hegemony or at least for the preservation of a public sphere of influence, as testified by the long history of the Holy Roman Church. At some point, however, with modernity, thanks to a number of steps that we usually call “secularization”, the political and legal mediation replaces religion as a cohesive secular power. Such a replacement burdens the politics of symbolic functions that used to belong only to religion. Nevertheless, the cohesive and mobilizing forces of religious faiths resurface into the public sphere, especially if the political power is unable to manage that symbolic function. The world we live in takes it upon itself to

show it every day: the end of political religions did not produce a global neutralized space, but the resurgence of devotional identities, not rarely politically aggressive. Clearly, in the modern secularization of power and law, something more complex than liberal neutrality was involved.

I am convinced that the idea of modern secular society emergence would be a liberation from religion, is misleading. The modern secularization was also, somehow, a form of political theology (although “secularized”)¹. The same process of de-theologizing law was achieved replicating residues of the sacred in a secular form, and reproducing them artificially (the monarchical sovereignty represented as a symbol that unify the multitude of people in Hobbes, the myth of the constituent power, the general will of Rousseau, the Gramscian hegemony, to the populism theory of Ernesto Laclau). The symbolic dimension of the social pact, which allows the maintenance, has itself a “mythic-sacral” core. This inevitably leads condition, politics, law and economics spheres. If the reference center of social obligation shifts from politics to depoliticized law, or to the economy as an expression of a supposed rational “human nature”, what does really determine the landslides in the legitimacy of the order? In my view, these tectonic movements, which invest the symbolic level, but also concern the balance of power between capitalism and democracy, are some of the causes that explain the current re-emergence of religion as an important element of public discourse. Obviously this is done by many different points of view: from the last Habermas, reflecting the pre-political resources of the democratic constitutional State and of those mythic-sacral rituals of discursive rationality,² to the conservative critique of modern societies as nihilistic, and underscore obsessive Islamist threat in the key of “clash of civilizations”, to recent theories of economic theology.

Many knowledgeable propose the theory that today; the so-called “West” has to face an existential challenge to its “values” (as it is shown by the Islamist offensive and the alleged weakness in facing it). Hence, we have an unexpected “problem”. Which puts into the foreground again the relationship between politics and religion. Now, if it is true that Western countries have a problem, it seems to me that such problem is related, first

1. On the topic, there is an extensive bibliography. I will just remind: C. Schmitt, *Political Theology*, edited by G. Schwab, University of Chicago Press, Chicago, 2005; C. Schmitt, *Political Theology II*, translated by M. Hoelzl and G. Warded, Polity Press, Cambridge, 2008; E. Peterson, “Monotheism as a political Problem”, in M. J. Hollerich, (ed.), *Theological Tractates*, Stanford University Press, Redwood City (CA), 2011; K. Löwith, *Meaning in History*, University of Chicago Press, Chicago, 1949; H. Blumenberg, *The Legitimacy of the Modern Age*, translated by R. M. Wallace, MIT Press, Cambridge (MA), 1983; E. W. Böckenförde, “Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation”, in E. W. Böckenförde, *Recht, Staat, Freiheit*, Suhrkamp, Berlin, 1991.

2. J. Habermas, *Nachmetaphysisches Denken II*, Suhrkamp, Berlin, 2012.

of all, to the countries themselves. That is, with their uncertain political identity, with the inability to respond politically to doubts about their “status”: is it really ultimately nihilistic, cut off by now from any axiological, ethical and political investment, from any democratic and social planning? Anyone who goes against the West (for understandable reasons of resistance to its arrogance or in the name of an irrational hatred) can only refer to its internal contradiction (as it appears as the “non-place” of the “cult of nothingness,” according to a successful autointerpretation), to which inconsistencies, hypocrisy, cynicism, lack of reciprocity, “humanitarian” violence can be connected. The fall of communism as political religion has left a void that needed to be covered, so Islam has become the reference point of those who were excluded from neoliberal globalization (beyond religion as such).

The question is always about a theological-political background (more or less secular) of every institution of society (Lefort, Gauchet)³. That is, the role played by references to “absolutes” –from the functional point of view, they are revealing because they are believed and felt as such– in the validation of society (Schmitt). If, in view of its deficit and in the absence of other sources of hope, a fundamentalist and uncompromising religious background melds, to an exponential growth of the sense of injustice and to the desperate need to imagine an alternative, the result is an explosive mix of social and identity anger. Moreover, we have to think that the political-symbolic establishment of the social is not only used to legitimize power, but also to keep open the prospect of change and therefore, of hope. The fact that current absolutist capitalism, whose background is denied and the hope of a better life is lost, are the reasons why the West appears disarmed.

If we add the fact that there is not any strategic vision, one that would be able to identify and defuse the deep wells of hatred, the tension centers for identity (such as the Palestinian question, which instead has been removed), and to avoid repeating the tremendous mistakes made in Afghanistan and Iraq, there is no reason to be optimistic. The deceptive nature of the thesis about the “clash of civilizations” in no way prevents that it may become a self-fulfilling prophecy, if is not rationally countered: with the action on the actual causes of “fundamentalist terrorism” and the shared responsibility of the West. Beyond the bad rhetoric about “Western canon” as a compact identity, a serious reflection on the dead end Western countries, have found themselves after 1989 and consequences on democracy of post-political ideology are absent or clearly inadequate

3. See C. Lefort, *Essais sur le politique*, Editions du Seuil, Paris, 1986; M. Gauchet, *The Disenchantment of the World*, Princeton University Press, Princeton, 1997.

in the mainstream thinking. The conformism of the elites is one of the most disturbing aspects of the crisis at West.

These calls upon the real guest of stone when it comes to dealing with power and sacred, religion and politics: capitalism and its “spiritual” dimension. Walter Benjamin had sharply caught, in a dense, short fragment, the “religious” character of capitalism⁴: not in the Weberian sense of his dependence on a particular religious ethos (for example, the Protestant spirit), but precisely in its deep structure. Capitalism is a religion without God and without dogma: pure worship. That is, daily and endless repetition of economic practices, as if they were rites (in a capitalist society “weekdays do not exist”). Or, to be more precise: God has lost its characteristic (transcendence, or its irreducible difference from the world with its automatism), but has not disappeared, instead he has been, let us say, metabolized: “Transcendence of God is failed. But he is not dead, he has been included in human destiny”. A weak God, if he could not resist the mechanism he was incorporated by and whose he had been the architect. Benjamin identifies capitalism as the parasite of Christianity (the religion of the incarnation, of a God that lowers himself/becomes worldling). As we know, such an immanence can be found in at least two different outcomes: on one hand, philosophies of history and political religions; on the other, translation of the divine into the daily worship of the reproductive mechanism of capital. But Benjamin tends (probably exaggerating) to overlap them, leaving in the background the other aspect of the “transcendence-immanence” dialectic, the one that deals with the secularization of religious issues in ideology and political action. Marx, Freud and Nietzsche (three notorious “masters of suspicion”) would be perfectly inscribed inside type of religious capitalist thought: socialism, psychoanalysis but also Nietzsche’s active nihilism, would express a strengthening of the human aspect that actualizes itself in the repetition of a cult that does not expiate, does not redeem, but creates guilt/debt (Schuld). Hence, capitalism is a strange religion of despair, that does not allow changes of direction: “the essence of this religious movement, capitalism, involves a persistence up to the end, until the last and complete guilt/debt attributed to God, until it reaches a condition of cosmic despair in which there is still a hope. That is why capitalism is unprecedented: religion is no longer the reform of the being, but its complete ruin. Despair becomes a cosmic religious condition from which salvation is expected”.

4. W. Benjamin, “Kapitalismus als Religion”, in W. Benjamin, *Gesammelte Schriften*, R. Tiedemann und H. Schweppenhäuser, Suhrkamp, Berlin, 1991, Bd. VI, pp. 100-102.

Contemporary capitalist ideology appears indeed to be an immanentist cult that denies the “transcendence” even in its secular version (i.e., needs of human beings not resign themselves to the system and to have an alternative), demanding to monopolize and to complete its request. There is a paradox reflected here: on one hand, the principle by which we must live is still “religious”, and on the other, it hides itself, and gets even stronger through its own misleading horizontality with no visible control. The true fideistic and intentionally misleading nature (though denied) emerges in the cult empowerment, which asserts itself –and here is the change, the difference– not through a sense of belonging to a “beloved” community but investing on the sense of an alleged “autonomy” of subjectivities assimilated by the neoliberal “cult” and thus, sterilized (from the “capitalization” of the whole expertise of human capacities to the generalized extension of the logic of evaluation, and to the economization of all social life). These mechanisms of indirect power make impossible to find a greater freedom, instead you will find control and passiveness. In our opinion, this is the reason why it is not allowed to harbor illusions on the alleged liberating potentialities of cognitive capitalism and on the possibility of significant changes from within the governance paradigm.

Regardless Benjamin, the huge gap between (modern) political theology and capitalism as a religion is that the “political” issue, taking on the problematic nature of human beings (hostility, vulnerability, fear, desire for power as symbolic recognition) and expressing transcendence in secular forms, left the anthropological question open in history. The post-political immanence of developed capitalism demands to reach a permanent end. Of course, as we know, for Nietzsche the replacement of theological by “political”, accomplished with modern political theology, would open the way to the elimination of the “political” (i.e., the State). But it is highly questionable whether it is a destiny, which in that difficult “replacement” has been already fully decided. More realistically, it is the accumulation of several historical concrete passages –not necessary, but determined by the interaction of forces, and hence subject to change in their turn– that can explain the feeling of at least apparent and at the same time, disarming fulfillment of the prophecies by Nietzsche and Benjamin. After all, on the contrary, both the Communist heresy (not as a system of control, but as one of strength and subjectivity to the organized labour movement), and in many respects the social democracies with their constitutions (thanks mainly to the consequences of the presence of that historical subject) are proof that you can provide, albeit in different forms and with various degrees, legitimacy to the “political” even in the post-traditional mass societies. This is the demonstration of a “difference”: the possibility of an alter-

native (of which in fact the new technocratic global elite would like to erase the traces, even in its social democratic form).

If we assume that the market is a form of general political rationality, immanent to society, escaping from which is illusory, such an assumption can only lead to the ideological enhancement of neoliberal domain devices: step towards the affirmation of “truth” (i.e., effectiveness) of the “discourse of the capitalist” (Lacan) is very short. Above all, it appears inevitable to deny the existence of a policy, which declares a real conflict. But if secularization is fulfilled in the form of economics, is it really purely economic, or rather can it still express a “theological” matrix, even if is it translated into a form of life that reverses the political theology into “anti-politics” theology?

Foucault of course, compares the paradigm of “government”, as widespread management of the lives and “population”, to the one of sovereignty, which is vertically legitimated as representative of “people”⁵. In doing so, it undoubtedly captures important aspects of the work of capillary power, focusing its investigation on its “terminal” (in the lower levels and the margins of society). But it seems to us that the “governmental” paradigm, more than a paradigm that expresses an autonomous and deeper social logic, is instead increasingly interwoven with the “sovereign” paradigm (which retains its validity, even with its metamorphosis and relativization), and in this key is more useful by a heuristic point of view. “Governmentality” would be a kind of long-term “material constitution”, whose roots would be in the “pastoral power”⁶, but later would find its full realization in the modern economic liberalism. Such an interpretation, beyond historical and philosophical stunt jumping, involves questionable consequences: for example, transformations of the modern State, such as those related to social rights and the affirmation of democratic sovereignty, are neutralized, like surface waves that do not change current the background. Not to mention, in the economic field, Keynes’s lesson. In my view, the “government” is not “the” paradigm of power in the West, a sort of its “revelation”, that destroys centuries of modern legal doctrines (which have had a role in the creation of effectiveness) and philosophical theories (such as those of Hobbes or Rousseau, that have shown a good capacity of rational articulation of political order). The problem of legitimacy is not overpassed or replaced by the governmental performance. After all, “gubernaculum” model (as management and composition of the parts) has not historically been a neutral model:

5. M. Foucault, *The Birth of Biopolitics*, A. I. Davidson (ed.), translated by G. Purchell, Palgrave Macmillan, London, 2008.

6. M. Foucault, *Security, Territory, Population*, I. Davidson (ed.), translated by G. Purchell, Palgrave Macmillan, London, 2009.

hierarchical, organismic, communitarian, used to ignore the principle of equality and the individual rights in the name of special immutable statuses and related duties. Is it not deeply ideological to identify the doctrine of sovereignty (relativizing the transition from a monarchic to a popular one) merely as a mask of a “real” story (and thus “truer”, of course), in a sort of paradoxical reiteration, with other categories, of the Marxian plan that opposed the structure to the superstructure? The “governmental” hypothesis is useful to enrich concrete practices of modern and late-modern power, to understand what are the resources (in terms of creation of subjects’ behaviour) from which globalization gleans (which however is not a definitive anthropological event but a process in motion, as all the events of history, and therefore susceptible to political action). But it makes no sense to generalize uncritically that paradigm. Archaeology as counter-history is a brilliant method that, based on a theoretical hypothesis underlying the power, enabled, in its application, irrefutable acquisitions (on insanity, prison, etc.). There is a risk that it could result, especially in certain uses of biopolitics, perhaps in spite of intentions, in a tacit philosophy of history and in a political philosophic camouflage of neoliberalism.

Recently, in the wake of Foucault and Benjamin, also Giorgio Agamben⁷ has attempted to outline an alternative paradigm to the theological-political one, investigating genealogically economic and pastoral function performed by the Christian religion and the Church, in order to understand the structure of the power as a “government of men” in western countries. Such an approach, despite its seemingly antiquarian character, is a philosophical-political stance tuned on the “Zeitgeist”. Of great interest, but also a source of doubt not only on the overall resilience of this interpretation of an historical-conceptual point of view, but also on its partiality despite the claim of being exhaustive: is it really true that the economic theology “incorporates” the political theology, and when exactly? Is it really true that the global economy is the recovery or even the fulfillment of an old, unitary and forgotten tradition (from Aristotle’s *oikonomia* to trinitarian theology)? Is it credible that the “glory” has to do with an essential “economic” power, and not also, and especially, with the autonomous symbolic efficacy of a charismatic leadership with a clear political and military profile (from ancient Rome to the medieval Germanic assemblies to the huge gatherings of the twentieth century)? Is the argument according to which public opinion and *acclamatio* are basically the same thing quite forced, as it states that they obey the same “communicative” logic (as if there were no distinction between critical discourse in a pluralistic society and plebiscitary acclamation), and that both are working as glo-

7. See G. Agamben, *The Kingdom and the Glory*, translated by Lorenzo Chiesa and M. Mandarini, Stanford University Press, Redwood City (CA), 2011.

rification of the totally inclusive power of the economy? Isn't there any risk of improper overlapping, in this retrospective game of mirrors, which borders ideological narrative? We can ask if the paradigm of economic theology is really able to give an account of a "material constitution" of long duration that cuts out or resize legal modernity: a kind of surface wave that always, secretly, guards, cares, increases the depth of a *bionomics* power. Is economic theology –pastoral, real or imaginary, of the Church, or the one, very different, of capitalism that today demands to govern our lives– able to take up the challenge of making order, the challenge that political theology used to win? Namely, protection of human vulnerability from violence, certainty of security, artificial and not spontaneous allocation of scarce resources to ensure the survival of the associates? Today the impasse of democracy, depoliticized by neoliberalism, arises also because of the tendency to bypass this issue. Neoliberalism is trying to stabilize itself by normalizing the "state of exception", turning it into a daily practice of government, of administrative nature. But it does pay a big price to constitutionalism. And in any case, it fails. A failure that can lead the way to neo-authoritarian escape routes. As it is shown by the crisis of Europe, which is pouring out upon the European nation states, undermining the democratic sovereignty and social integration.

Hence, my opinion is that economic theology is not a difference in the paradigm, the obliteration of political theology and its replacement with a different model. Economic theology is a disguised political theology. We must to be extra careful not taking too seriously the ideological self-narration of horizontality and the diffused and shared power. It is true that new techno-financial power is anonymous, dull and seemingly neutral, but in fact the load of verticality, hierarchy and even violence convey, is unusual. Just think about the logic of the exception and asymmetric wars that characterize it. In addition, this new power is the object of a cult and asks uncritical adherence. It shuns the sacralisation of visible, excess power, looking for joining the immanence of natural liberty. But in this way, it does not cancel the trace of power-violence, and it also leads to the sacralisation of *homo oeconomicus*. The fact that this appropriative and competitive paradigm may be covered and "morally" overloaded by the liberal ideology of internationalism and moral rights, not only confirms the renewed need of sacred, even instrumentally, but that the deficit of democratic sovereignty is offset by a moral surplus that also captures law. This trend causes a short-circuit between a chaotic economic theology and an uncertain legal humanitarian theology, increasingly detached by public law, which rhetorically produces consent but does not create an effective mediation and a real stability. It is not by chance if theological-political ghosts have not disappeared at all, but they keep on showing themselves, not as a legacy but as a real outbreak.

José Antonio Seoane. Professor of Philosophy of Law at the Facultad de la Universidade da Coruña. His research interests focus on legal reasoning, theory of legal system, human rights, bioethics and bio-law. Author of “Hermeneutik und Typus. Historische und systematische Bemerkungen”, in *Juristische Hermeneutik zwischen Vergangenheit und Zukunft*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2013; “Si vis vitam para mortem. Argumentos sobre la planificación anticipada de la atención y la toma de decisiones en el final de la vida”, in Triviño Caballero, Rosana & Rodríguez-Arias, David (eds.), *Cuestiones de vida y muerte. Perspectivas éticas y jurídicas en torno al nacer y el morir*, Madrid, Plaza y Valdés, 2016; “Todo exceso es insano, también para el Derecho”, in Elósegui María (coord.), *Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales. Homenaje a Robert Alexy en su 70 aniversario*, Zaragoza, Fundación Manuel Giménez Abad-Marcial Pons, 2016.
Contacto: jose.antonio.seoane@udc.es

IMPROVING BIOETHICAL DECISION-MAKING WITH A LITTLE HELP FROM LEGAL ARGUMENTATION

DOI: 1017450/160107

José Antonio Seoane

Universidade da Coruña

Reception date 10th February 2015; acceptance date 8th April 2016. This article is developed within a project research held at the Faculty of Law, Universidade da Coruña. This paper is a result of the research project “*The discourse of Biorights. Philosophical and Legal Foundations, Features and Implementation*” (reference number DER2014-52811-P), funded by the Spanish Ministry of Economy and Competitiveness.

Abstract

The most appropriate method for clinical decision-making is deliberation. The deliberative procedure aims to achieve wise and prudent decisions about health care taking into account facts, values and norms. Since deliberative reasoning is shared by healthcare professions, ethics and law, this paper introduces the structure and features of the bioethical deliberative procedure and suggests to improve it with some contributions from legal science and theories of argumentation.

Keywords

Bioethics, clinical decision-making, deliberation, legal argumentation

Resumen

El método más adecuado para la toma de decisiones biomédicas es la deliberación. El procedimiento deliberativo pretende alcanzar decisiones prudentes y razonables tras tomar en consideración hechos, valores y normas. Al ser la racionalidad deliberativa un rasgo compartido por las profesiones asistenciales, la ética y el derecho, el presente artículo expone la estructura y las características del método bioético deliberativo y propone mejorarla mediante algunas contribuciones de la ciencia jurídica y las teorías de la argumentación.

Palabras clave

Argumentación jurídica, bioética, deliberación, toma de decisiones clínicas

Healthcare decision-making is guided by different methods,¹ especially casuistry² and principlism.³ The former stresses the ethical relevance of cases as guidelines and the latter develops a set of norms by means of specification, although it has been claimed that balancing in ethical deliberation is more effective and accurate approach to bioethical conflicts than those.⁴ Furthermore, from a broader political and ethical perspective deliberation and deliberative democracy have been considered the most promising theories to deal with bioethical problems.⁵

A wise and prudent decision is the purpose of the deliberative reasoning. Due to its ability to harmonize the different elements involved in healthcare decision-making (facts, values and norms) deliberation has been deemed the method of medical ethics⁶ leading to the development of a deliberative procedure⁷ that has been widely adopted by bioethics committees.

1. See J. Sugarman, D. P. Sulmasy, *Methods in Clinical Ethics*, Georgetown University Press, Washington D.C., 2010.

2. See A.R. Jonsen, M. Siegler, W. J. Winslade, *Clinical Ethics. A Practical Approach to Ethical Decisions in Clinical Medicine*, McGrawHill, New York, 2010.

3. See T. L. Beauchamp, J.F. Childress, *Principles of Biomedical Ethics*, Oxford University Press, New York, 2013.

4. See J. P. DeMarco, P. J. Ford, "Balancing in Ethical Deliberation: Superior to Specification and Casuistry", in *Journal of Medicine and Philosophy*, 31, 2006, pp. 483-497.

5. See A. Gutmann, D. Thompson, "Deliberating about Bioethics", in *Hastings Center Report*, 27, 1997, pp. 38-41.

6. See D. Gracia, "La deliberación moral: el método de la ética clínica", in *Medicina Clínica*, 117, 2001, pp. 18-23.

7. See *ibid.*; D. Gracia, "Ethical Case Deliberation and Decision Making", in *Medicine, Health Care and Philosophy*, 6, 2003, pp. 227-233; D. Gracia, J. J. Rodríguez Sendín (dir.), *Guías de Ética en la práctica médica 2. Ética en cuidados paliativos*, Fundación de Ciencias de la Salud, Madrid, 2006; D. Gracia, "Teoría y práctica de la deliberación moral", in L. Feito, D. Gracia, M. Sánchez (eds.), *Bioética: el estado de la cuestión*, Triacastela, Madrid, 2011, pp. 101-154.

Since deliberative reasoning is shared by healthcare professions, ethics and law makes sense to complete deliberative procedure with some contributions of legal science and legal argumentation theories. Thus, this paper aims to theoretically explain how deliberation works in healthcare decision-making and how legal argumentation improves the deliberative procedure in its structure, foundations and implementation. Firstly, I describe the features and levels of a deliberative method for bioethics. Secondly, I characterise deliberative reasoning and explain its relation to bioethics. Thirdly, after this descriptive approach I develop a critical assessment of the method using some contributions of hermeneutics and theories of argumentation. Finally, I present a revised and updated version of the deliberative procedure for bioethical decision-making.

The deliberative method

General features

The deliberative method has brought a change in the language of bioethics, in that the original language of ethics was neither one of principles nor of rights, but rather one of values, one that is richer and more complex, flexible and even ecological. This leads us to consider that deliberation is not only a method for ethics or bioethics, but for practical reasoning in general, which is tantamount to say for human reasoning as a whole.⁸

The deliberative method rejects theoretical fundamentalism and pragmatism of decisionism. Its adoption as a procedure means abandoning the four bioethical principles theory, which is a simplification of the wealth and variety of moral reality. Decision-making is not a mechanical task that consists of establishing a hierarchy of principles and determining their order of priority in a given situation, and thus the deliberative method seeks to distance itself from an *a priori* rationality and creation of hierarchies that only do any exercise of prudence a futile one.⁹

8. See D. Gracia, "Prólogo a la segunda edición", in D. Gracia, *Procedimientos de decisión en ética clínica*, Triacastela, Madrid, 2007, pp. 1-8; Id., "Teoría y práctica de la deliberación moral", p. 120.

9. See *ibid.*, pp. 6-7.

The principles used in the initial version of the deliberative method¹⁰ have been replaced by values,¹¹ accompanied by facts, duties and norms.¹² The current version provides grounds for the method's meaning and characteristics, defines five steps in the argumentative process and includes a detailed theoretical reflection on deliberation presented in three orders: (1). Biological or anthropological: human being as *animal deliberans*; (2). Logical: deliberation as method for dialectical reasoning; and (3). Ethical or moral, which is about deliberation in three internally, related spheres: facts, values and duties.¹³

Structure

The deliberative procedure as a tool in biomedical decision-making is thus structured as follows¹⁴:

- I. Deliberation on *facts*.
 1. Presentation of the case.
 2. Deliberation of the case facts:
 - a. What is the situation? (Diagnosis).
 - b. How is it going to evolve? (Prognosis).
 - c. What can be done? (Treatment).
- II. Deliberation on *values*.
 3. Identification of the ethical problems presented by the case.
 4. Choice of the moral problem to be discussed.
 5. Determination of the values in conflict.
- III. Deliberation on *duties*.
 6. Identification of the extreme courses of action.
 7. Search for intermediate courses of action.
 8. Choose the optimal course of action.
- IV. Test of the *consistency* of the decision.
 9. Test of legality.

10. See D. Gracia, *Procedimientos de decisión en ética clínica*, Eudema, Madrid, 1991.

11. See D. Gracia, "Prólogo a la segunda edición"; in D. Gracia, *Valor y precio*, Triacastela, Madrid, 2013.

12. See D. Gracia, J. J. Rodríguez Sendín (dir.), *Guías de Ética en la práctica médica 2. Ética en cuidados paliativos*; D. Gracia, J. J. Rodríguez Sendín (dir.), *Guías de Ética en la práctica médica 6. Retos éticos en Atención Primaria*, Fundación de Ciencias de la Salud, Madrid, 2012.

13. See D. Gracia, "Teoría y práctica de la deliberación moral", pp. 108-124.

14. See *ibid.*, p. 125.

10. Test of publicity.

11. Test of time.

V. Making the *final* decision.

Deliberation and bioethics

The deliberative procedure used by bioethics committees is characterised by a series of features that explain the reason for its existence, structure and functioning.

Biomedical decision-making has to be based on a method, since ethical issues cannot simply be ignored or dealt with intuitively, and neither clinical experience, the dictates of conscience, common sense or even imitation are in themselves sufficient. What is needed is a process for identifying, analysing and deliberating on the facts, values, rights and norms involved in healthcare practice, one that provides a rational justification for the decisions.

Deliberation is a method, i.e. a way, to reach a decision (*metá*, towards; *hodós*, road). The deliberative method provides a stable and systematic criterion for rational decision-making, free from the vagaries of chance and *ad hoc* choices. It is, however, purely instrumental in achieving a greater end, this being a prudent and wise decision that can provide a solution for a real case.

The deliberative procedure is more than just a method for biomedical decision-making; it is an instance of the conception of bioethics as civil ethics.¹⁵ Deliberation is the logic of daily life,¹⁶ a pedagogical tool for each person's life and for building our society¹⁷ that lies at the heart of ethics, politics and practical philosophy.¹⁸

Deliberation is the mode of knowledge that characterises practical reason, in which there is no room for apodictic or demonstrative knowledge, only probable knowledge.¹⁹ The method is deliberative since it is a form of practical reason in the rhetorical sense, as a deliberative genre²⁰ that seeks to recommend the best alternative by combining

15. See D. Gracia, "Moral Deliberation: the Role of Methodologies in Clinical Ethics", in *Medicine, Health Care and Philosophy*, 4, 2001, p. 230; D. Gracia, "The foundations of medical ethics in the democratic evolution of modern society", in C. Viafor (ed.), *Clinical Bioethics. A Search for Foundations*, Springer, Dordrecht, 2005, pp. 33-40.

16. See D. Gracia, "La deliberación moral", in *Boletín de la Academia Chilena de Medicina*, 38, 2001, pp. 30-31.

17. See D. Gracia, "Teoría y práctica de la deliberación moral", pp. 108-113.

18. See D. Gracia, "La deliberación moral", pp. 30-32.

19. See Aristotle, *Nicomachean Ethics*, Hackett, Indianapolis, 1999.

20. See Aristotle, *Art of Rhetoric*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1926, 1358b, pp. 7-9.

rhetoric and dialectics,²¹ and in the ethical sense as the practice of prudence and balancing conditions surrounding a decision, before acting.²²

There are no *a priori* solutions, nor a science or *techné* of practical reasoning for clinical cases.²³ The deliberative method is prudential: it pertains to the sphere of dialectics and requires prudence, understood as both an intellectual virtue and practical wisdom.²⁴ Between the certainty of apodictic knowledge and mere opinion, prudent deliberation reconciles what is general with what is unique, seeking to establish the fair middle point.²⁵ It is a creative process for knowledge²⁶ that flexibly adjusts the general framework to fit the peculiarities of each new case, which always differs in one way or another from all previous cases.²⁷

Although the final decision is made after a conflict of values has been identified, the deliberative method itself seeks to establish harmony rather than conflict. The conflict is only irresolvable when radical approaches are involved, whilst the aim of prudent and wise decisions is to apply both positive values to the greatest possible extent at the same time. Conflict lies in reality, not in the method. The healthcare professional (Level I) is experiencing a conflict that committee expresses using the language of values (Level II), before deliberating and dissolving this conflict of values and duties with the best possible solution (optimization: level III) for the initially conflicting values.

The deliberative method is problematic rather than dilemmatic. It does not simply identify two desirable options, since reducing deliberation to extreme courses of action is a falsification of reality, which is always more complex and displays a variety of intermediate possibilities.²⁸ However, although extreme courses of action are not desirable, since they prevent the implementation of one positive value and the ethically optimal decision, identifying them does provide us with the ethical boundaries of the decision.

The problematic nature of this method separates it from dogmatism and the thesis of one right answer, both from a logical perspective, as a result of its connection with

21. See D. Gracia, "La deliberación moral", p. 42.

22. See Aristotle, *Nicomachean Ethics*, 1140a25-b5; D. Gracia, "La deliberación moral", pp. 29-45.

23. See Aristotle, *Nicomachean Ethics*, 1104a, pp. 3-8.

24. See Aristotle, *Nicomachean Ethics*, 1140a23-1140b34.

25. See P. Aubenque, *La prudence chez Aristote*, Presses Universitaires de France, Paris, 1963, p. 64.

26. See D. Gracia, "La deliberación moral", p. 42.

27. See D. Gracia, "Deliberation and Consensus", in R. Chadwick, H. ten Have and E.M. Meslin (eds.), *The SAGE Handbook of Health Care Ethics: Core and Emerging Issues*, SAGE, Los Angeles/London/New Delhi/Singapore/Washington DC, 2011, p. 86.

28. See D. Gracia, "Deliberation and Consensus", pp. 92-93.

dialogue and dialectical reasoning, and from that of the anthropological unsuitability of the dilemma, which involves an erroneous simplification of reality.²⁹

Deliberation is a complex activity that consists of a method of reasoning about facts, values and duties that takes abstract principles, specific circumstances and foreseeable consequences into consideration. It does not merely concern itself with reasons, but also with feelings, values, beliefs, traditions and expectations, all of which form part of our moral decision-making as human beings,³⁰ and does so by using axiological and ethical language, not commonly found in clinical practice.

We have not been trained for deliberation, which is a form of reasoning based on probability or plausibility requiring certain habits and qualities: intellectual humility, the ability to listen and prudence.³¹ The attitude and habit of the deliberation demand our respect for the other person as a valid interlocutor and distance us from fanaticism,³² confirming both the need for and value of other perspectives, which reveal varying approaches to reality.³³

A critical assessment of the deliberative method

The deliberative method is unable to provide a solution to all the healthcare problems, and it does not attempt to do so. One of the main reasons for this are limitations imposed by the very design of the procedure itself, such as the requirement to analyse only one ethical problem at a time (Step 4), which means that analysis of a second or further ethical issue involves returning to Step 3, choosing a new problem and then deliberating on it independently (Step 4₂).

The method is also open to errors in the way it is used, such as the enforced search for extreme courses of action (Level III, Step 6) knowing full well that the subsequent choice will have to be made from amongst the intermediate alternatives (Step 7). Even worse is its spurious or hypocritical uses, which create a risk of substantive irrelevance, where any conclusion deriving from the method is acceptable, with no need for external control or justification; or that of moral comfort, when a decision is taken as being

29. See D. Gracia, "Moral Deliberation: the Role of Methodologies in Clinical Ethics", p. 229.

30. See D. Gracia, "Philosophy: Ancient and Contemporary Approaches", in J. Sugarman, D. P. Sulmasy (eds.), *Methods in Medical Ethics*, p. 68.

31. See Aristotle, *Nicomachean Ethics*, 1003a-1004a; D. Gracia, "Deliberation and Consensus", pp. 88, 93.

32. See D. Gracia, "Teoría y práctica de la deliberación moral", pp. 124-129.

33. See D. Gracia, "Moral Deliberation: the Role of Methodologies in Clinical Ethics", p. 229; D. Gracia, "Prólogo a la segunda edición", p. 8.

“ethical” and “right” simply because it is an outcome of the method. These cases reveal even greater risks, such as that of accepting a rhetorical or pragmatic justification instead of looking for an authentic dialectical justification as a result of deliberation, or accepting a purely internal, procedural or intra-systemic justification that does not question the assumed concepts, values, duties and norms.

Taking the latest version of the deliberative procedure³⁴ as our point of reference, I shall now assess the significance of each level and step, introducing suggestions that strengthen its justification and implementation.

Facts

Two steps or two levels? Facts are the starting point of deliberative procedure. It is important to distinguish between two steps within this level (Level I), namely the presentation of the case (Step 1), which does not involve any deliberation, and the beginning of deliberation proper, in which facts of the case are clarified and defined (Step 2).

The impure nature of the facts: facts and values. Differentiating between the factual level (Level I) and the axiological and normative levels (Levels II, III, IV and V) helps us to organize the deliberative procedure and the decision-making process. This distinction is an analytical or operational one, but does not express the positivistic separation between facts and values, since all facts are value-laden.³⁵

It is impossible to avoid the normative influence when characterising facts, which are conditioned by the values, duties and norms of the case. They are not a mere description but rather a selection of ethically relevant features, and in this sense cannot be established in advance, but are instead shaped by deliberation. Thus, method acquires a certain hermeneutical tone.³⁶

Facts first. For the proper function of deliberative procedure, it is necessary to clarify matters of fact that have been resolved unsatisfactorily, either as the result of a lack of certain empirical knowledge at the time of determination and deliberation on facts (Level I), or of confusing empirical matters with axiological or normative ones when identifying the ethical problems (Level II, Step 3), or even of having paid insufficient attention to certain facts that subsequently acquire greater relevance in accordance with the ethical issue that has been chosen (Level II, Step 4).

34. See D. Gracia, “Teoría y práctica de la deliberación moral”, pp. 101-154.

35. See D. Gracia, “Philosophy: Ancient and Contemporary Approaches”, pp. 55-71; D. Gracia, *Valor y precio*.

36. See D. Gracia, “Teoría y práctica de la deliberación moral”, p. 121.

After Level 1, uncontroversial facts cease to be the subject of deliberation and become premises in the axiological and normative deliberation (Levels II and III, respectively).³⁷ However, if a matter of fact has been unsatisfactorily resolved or new matters of fact arise in the subsequent levels, we will have to return to the level of facts (Level I). The discursive theories of legal argumentation have resolved this issue in the form of transition rules,³⁸ whilst hermeneutics contemplate such a possibility *ab initio* as a way of determining the facts by means of a permanent dialogue between factual and normative elements.³⁹

Values

Identifying ethical issues

Confusing facts with values. The axiological level poses the problem of managing the language of values. Moreover, the identification of ethical issues combines the language of values with duties, creating further difficulties. It is important not to confuse technical or clinical issues (Step 2), which pertain to the factual dimension (Level I) –e.g. whether an intervention is clinically indicated–, with ethical issues (Step 3), which pertain to the axiological dimension (Level II) –e.g. questioning the rightness or ethical significance of a patient’s refusal of a clinically indicated intervention.

Choosing a new ethical problem

If, once the final decision has been made (Level V), a further ethical problem still needs to be resolved (Step 3), we will have to start the deliberation process from the beginning again by choosing a new ethical problem (Step 4) and repeating all the subsequent steps.

There may be times when, depending on the relation between the first problem to be chosen and those chosen subsequently, deliberation in the latter case may lack the ethical purity of that in the former, since it is hard to ignore argumentations and conclusions pertaining to the previous issue.

37. See C. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, *The New Rethoric. A Treatise on Argumentation*, University of Notre Dame Press, Notre Dame, 1969, pp. 68-69.

38. See R. Alexy, *A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, Oxford University Press, Oxford, 1989, p. 206.

39. See A. Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, Beck, München, 1997.

Identifying values in conflict

Confusing values and duties. Language of values is not an easy one to use.⁴⁰ Benefit should not be described as a value, since it is really the outcome of an action taken to fulfil a duty (Level III). Furthermore, both of the conflicting values are potentially beneficent for the patient, and it is precisely the uncertainty as to what is truly beneficent in the case in question that gives rise to ethical conflict experienced by the healthcare professional (Step 5).

Values, principles and duties. In line with the above, and eluding the vague and abstract language of principles, neither beneficence nor non-maleficence should be considered as values (Level II), since they are really actions (do good, refrain from doing harm) performed in order to fulfil the duty to implement the corresponding positive value (Level III).

Duties

The ideal dimension and the real dimension. One of the functions of the tests of consistency is to conclude the deliberative procedure with a decision that can be applied *hic et nunc* and provides an answer to the professional's query. This connection with the real world by no means rules out the possibility of ideal solutions with no immediate practical consequences; indeed, the tests of consistency facilitate and justify the coexistence of both dimensions. Nevertheless, we should not identify the ideal dimension with deliberation on values (Level II), nor identify the real dimension with deliberation on duties (Level III),⁴¹ because the normative level of duties allows for the simultaneous presence of both dimensions: real and ideal.

Optimal and sub-optimal courses of action. For this reason and in accordance with the nature of the deliberative procedure, if the optimal course of action (Step 8, Level III) fails to pass any of the tests of consistency (Level IV) we will need to return to Step 8 in order to choose a new course of action from the intermediate ones remaining (Step 7), this being the second-best ethical option or a sub-optimal course of action (Step 8₂).

Tests of consistency

The justification for testing consistency. Tests of consistency are ways of externally justifying the deliberative method, thereby reinforcing the normativity of the decision that

40. See D. Gracia, *Valor y precio*, pp. 223-245.

41. See D. Gracia, "Deliberation and Consensus", p. 89.

has been made from an ethical, legal and practical standpoint. Refining this justification and normativity and adding two further tests of consistency will make them even more robust.

Test of legality

Is this a legal decision?⁴² Once the case has been analysed from a purely ethical standpoint and the deliberative procedure has concluded, we also need to see whether the decision “[...] is also viable from a legal standpoint, because it cannot be generally considered prudent to make decisions in breach of law.”⁴³

Justification of the test of legality and its position at the end of the procedure. The test of legality is justified insofar as the law is deemed to be the normative system that establishes the common criteria for harmonious coexistence in a given society, and one that claims to be universal, comprehensive and supreme.

The reason for introducing this test at the end of the procedure is to prevent it from supplanting the ethical reflection and to ensure the purity of the ethical deliberation, without identifying legal norms as authoritative arguments or making any *juris et de jure* presumptions of correctness—since it is enshrined in law it is right—thus avoiding to use the law as a substitute for the moral answer.

What is legal is not necessarily ethically right, thus, it makes good sense to include the legal dimension at the end of the procedure. This also reinforces the distinction between ideal discourse, which determines the normative horizon or the ethically optimal answer in the ideal community of communication⁴⁴ or ideal deliberative community,⁴⁵ and real discourse, which fits the actual conditions of the case.

The meaning and scope of the term “legality”. Legality should be understood in its broadest sense, including both legislation and case law. Legality is equivalent to current applicable legislation, and thus excludes laws that have been repealed or have not yet come into force, as well as legislation that cannot be applied to material or territorial reasons. However, in order to enrich the deliberative procedure and the grounds for the final decision, it is possible to use legislative examples that are not applicable to the case to show courses of action considered to be ethically recommendable in other circumstances (e.g. legislation in other countries that provides a service or authorises

42. See D. Gracia, “La deliberación moral: el método de la ética clínica”, p. 27.

43. D. Gracia, “Teoría y práctica de la deliberación moral”, p. 149.

44. See J. Habermas, “Wahrheitstheorien”, in J. Habermas, *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1984, pp. 175-183.

45. See D. Gracia, “Deliberation and Consensus”, p. 87.

an intervention that are not recognised in the territory where the query has been made). For its part, case law is also of normative value, normally in the form of a precedent that guides the interpretation of the law or resolves legally relevant situations with no legal answer, and should therefore be contextualised in time and linked to the legislation applying at the time of the decision in order to avoid any anachronism.

Finally, legal norms should be seen and interpreted systematically, relating the immediately applicable norm to the whole set of related legal provisions.

Divergence between the ethical and legal answers. What should we do when a decision fails the test of legality, or in other words, when the ethically optimal course of action is illegal? Legality is not the same as legitimacy. As the deliberative method is a process of ethical assessment, the reasonable and coherent answer would be to say at Level V that there is an ethically optimal decision (Step 8: Level III), which is not a legal one at the time the decision is made (because it fails to meet the requirements of Step 9: Level IV).

Since the method is intended to be practical and to provide a solution to health-care professionals' conflicts, we should return to the intermediate courses of action (Step 7: Level III) and find a new suboptimal course of action that we then carry forward to Step 8 (Step 8₂ or Step 8_L) and subject the decision to the scrutiny of the tests of consistency (Level IV), in particular the test of legality (Step 9), until we have determined a course of action that is both ethically right and legal. This will enable the professional to implement the committee's proposal, and the latter to fulfil its advisory function.

Although the final decision will always be up to the professional who has made the query, it would be unreasonable, just to invite him or her break the law by suggesting a course of action that requires him or her to disobey a legal norm. On the other hand, if we include two answers at Level V –the ethically optimal, but illegal course of action (Step 8₁ or Step 8_L) and the ethical suboptimal, but legal one (Step 8₂ or Step 8_L), this will provide the professional with full and accurate information on the committee's deliberation and more elements for analysis.

Furthermore, a dual answer of this kind fulfils an additional function by bringing to light a situation that may indicate the need for legal reform, thus extending the beneficial effects of the committee's work. If the existence of a legal norm does not in itself imply its fairness or material correctness, the committee's deliberation would provide arguments to justify a refusal to abide by law or suggest legal reform.

Test of publicity

Would you be able to publicly defend your decision, and would you have sufficient arguments to do so?⁴⁶

Justification and formulation of the test of publicity. An appropriate formulation of the test of publicity could be the Kantian transcendental formula of public law: “All actions relating to the rights of other men are unjust, if their maxim is not consistent with publicity.”⁴⁷ Kant considers this not merely as an ethical principle, but also as a legal one. Ethics discourse has subsequently understood it as a ground rule for practical argumentation related to the requirement for openness and sincerity: all rules or arguments must be capable of being shown universally and openly.⁴⁸

The rhetorical nature and the limits of the test of publicity. Test of publicity refers to the *possibility* of knowing arguments on which the decision is based, but it is in no way designed to guarantee the decision’s correctness or fairness. The prevailing element is the decision’s *acceptability*, and in this sense it reflects a rhetorical, rather than an argumentative or dialectical, rationality. It would be possible deliberate with the sole intention of persuading or gaining assent of the audience, adapting one’s arguments to ensure its adherence.⁴⁹ Publicity is first and foremost aimed at the widespread knowledge and efficacy of the decision that has been reached through the deliberative process, and can be measured by how much the healthcare professional agrees or is satisfied with it.⁵⁰ It is no guarantee, however, of the rightness of the decision that has been reached, unless what is morally right is identified with persuasion, efficacy or majority.

Furthermore, nor is publicity a guarantee of universalization, since it is sufficient to obtain the agreement, or absence of disagreement, of the majority of the audience. The test of publicity ratifies its dimension of efficacy by operating with a utilitarian criterion: the greatest good for the greatest number.

Knowledge and understanding: intelligibility. Publicity is a guarantee of knowledge of access to decision and arguments on which it is based, but not of it being able to be understood. The use of highly technical or specialized arguments would be enough to ensure that the addressees would be unable to understand them. To the test of publicity,

46. See D. Gracia, “La deliberación moral: el método de la ética clínica”, p. 27; D. Gracia, “Teoría y práctica de la deliberación moral”, p. 150.

47. I. Kant, *Zum ewigen Frieden* (1795), in I. Kant, *Gesammelte Schriften*, VIII, Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften, Walter de Gruyter, Berlín, 1928, p. 381.

48. See R. Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*, pp. 130-131.

49. See C. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, *The New Rethoric*, pp. 4, 14, 23-25.

50. See *ibid.*, p. 45.

we should therefore add the requirement of *intelligibility*, intended as a guarantee of understanding and a ratification of respect for the addressee and his or her status as a valid interlocutor. Intelligibility does not so much refer to the way in which arguments and its subsequent decision are presented as to their being understood, and not only guarantees their ethical justification, but also their accessibility. Put another way, publicity is not just transparency: it is also accessibility and intelligibility.

All the arguments: sincerity and saturation. The test of publicity should be seen as a test of sincerity, honesty or truthfulness. *Sincerity* refers to the speaker's coherence, but is in itself insufficient, since it does not require one to say everything one knows, only that what is being said is believed by the speaker: every speaker may only assert what he or she actually believes.⁵¹ *Honesty*, on the other hand, requires those participating in the deliberative procedure not referring to justification they know is not valid,⁵² but is no guarantee that all the arguments are made known, since it does not require all the reasons, or everything the speaker believes, to be made public.

It is therefore not enough for arguments to be made public: the requirement is for *all* the arguments on which the decision is based to be made public. One way of ensuring this is to introduce the requirement of *truthfulness*, which reinforces confidence in the deliberative process by combining two characteristics or virtues: accuracy and sincerity.⁵³ An alternative way is to fulfil the requirement of *saturation*,⁵⁴ according to which an argument (optimal course of action: Step 8) is only complete and justified if it contains all its premises. Saturated premises or arguments can be both empirical (Level I) and normative, referring to values and duties (Levels II and III), and are always open to being discussed or questioned anew.

Test of time

Would you take the same decision in a few more hours or days?⁵⁵ “It is a question of knowing whether the decision has been made as the result of a rush of emotion.”⁵⁶

Verification and the rebus sic stantibus clause. The purpose of the test of time is not so much to ratify the decision after a certain amount of time has passed, as to subsequently verify that deliberative procedure and decision are not insufficiently justified, due to

51. See R. Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*, p. 188.

52. See A. Aarnio, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Reidel, Dordrecht, 1987, p. 197.

53. See B. Williams, *Truth & Truthfulness. An Essay in Genealogy*, Princeton University Press, Princeton, 2002, p. 11.

54. See R. Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*, p. 245.

55. See D. Gracia, “La deliberación moral: el método de la ética clínica”, p. 27.

56. D. Gracia, “Teoría y práctica de la deliberación moral”, p. 150.

an incomplete analysis of the facts, values and norms as a result of the circumstances (emotional, severe restrictive or emergency circumstances).

According to the *rebus sic stantibus* clause, whilst the circumstances remain the decision taken as a result of the deliberative procedure will continue to be the final decision.

The principle of inertia and justification of any change. The test of time is no obstacle to a decision possessing certain characteristics proper to the specific circumstances in which it was adopted, nor the persistence over time of the criterion that has been followed, thereby acting as a guarantee of certainty. One reason to justify its inclusion and explain its significance would be the principle of inertia, basis of the stability of spiritual and social life. Until proven otherwise, we must suppose that the stance adopted will continue forward into the future. Thus, once accepted a decision can neither be rejected nor abandoned without sufficient motive.⁵⁷ Only change requires justification,⁵⁸ and those who claim a decision to be erroneous, should provide further reasons for abandoning it and propose a new answer.

Furthermore, from the normative standpoint, test of time relates to the doctrine of precedent and the principle of justice.⁵⁹

A new test of consistency: test of universalizability

Justification and formulation of the test of universalizability. Equality of treatment, the foundation stone of formal justice, is utmost important in ethics and law. The test of publicity is unable to provide a guarantee of this requirement; this can be done, however by means of a new test, that of universalizability. This test furnishes us with a discursive or argumentative justification, as opposed to the rhetorical nature of test of publicity, which offers insufficient guarantees in societies that admit an unfair or discriminatory treatment of their members that could be defended in public but which would fail the test of universalizability. This new test of consistency gives us something different and more demanding than publicity, which only requires a decision to be known (and accepted) by the majority, whilst the test of universalizability refers to the universe of addressees and also to justice and equality of treatment.

Kant provides us with a formulation of this test in the first expression of his categorical imperative: “Act only in accordance with that maxim whereby you can at

57. See C. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, *The New Rethoric*, p. 106.

58. See R. Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*, pp. 195-197.

59. See C. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, *The New Rethoric*, pp. 218-219; R. Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*, pp. 274-279.

the same time will that it become a universal law.”⁶⁰ Furthermore, “I ought never to conduct myself otherwise than so that I could also will that my maxim become a universal law.”⁶¹

The meaning of this test can be explained by the rule of generalization, common in analytical theories of legal argumentation, which states that one may not refer to a value judgement that one would not generalize to cover other similar cases; or a willingness for role exchange, according to which one should be able to accept the consequences of decisions affecting others where one was in the position of those persons.⁶²

Universalizability, dignity and rights. Although the deliberative method and practical decision-making require an individual analysis of each case, all of them nevertheless share a common starting point, namely the inadmissibility of unjustified discrimination. Furthermore, their connection with precedent or requirements of equality invokes an external ethical justification, complemented by Kant’s second formulation of his categorical imperative: “Act so that you treat humanity, whether in your own person as in that of any other, always at the same time as an end and never merely as means”;⁶³ as well as by the third: “In the realm of ends everything has either a price or a dignity. What has a price can be replaced by something else which is equivalent; on the other hand, what is above all price, and therefore admits no equivalent, has a dignity”;⁶⁴ or even the invocation of material ethical and legal universals such as human rights.⁶⁵

A new test of consistency: test of feasibility

Justification and meaning of the test of feasibility. Deliberative method aims to provide an answer to a clinical question by formulating a course of action that can be implemented. It must be possible to implement or apply the course of action stated in the final decision (Level V): if not, method’s practical purpose would be thwarted. We therefore have to introduce an additional test of consistency: feasibility.⁶⁶

This test presupposes an empirical knowledge of the facts and their context, confirming the relevance of the factual dimension (Level I). It may not be possible, however, to implement the ethically optimal course of action (Step 8) due to a lack of per-

60. I. Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (1785), in I. Kant, *Gesammelte Schriften*, IV, ed. Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften, Walter de Gruyter, Berlín, 1911, pp. 421, 6-7.

61. *Ibid.*, pp. 8-9.

62. See R. Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*, p. 203; A. Aarnio, *The Rational as Reasonable*, p. 198.

63. I. Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, pp. 429, 10-13.

64. *Ibid.*, pp. 434, 31-34.

65. See J. A. Seoane, “La relación clínica del siglo XXI: cuestiones médicas, éticas y jurídicas”, en *Derecho y Salud*, 16, 2008, pp. 1-28.

66. See R. Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*, p. 205.

sonal, technical, financial or other resources. In this event, it will be necessary to offer a second-best option that can be implemented, in keeping with the method's practical intentions and in order to provide a satisfactory answer to the healthcare professional's query (by returning to Step 7 and choosing one or more new intermediate courses of action before proceeding once again to Step 8), since the case in question could be solved by adopting a sub-optimal course of action (Step 8₂ or Step 8_p).

An optimal decision that could not be implemented would be admissible as a theoretical exercise if a committee were using the method to draft a general recommendation, but not in the case of a specific consultation. The possibility of theoretical learning is parasitical to the latter: it goes against the purpose of deliberative method to conclude the procedure by proposing an ethically wise course of action (Step 8) of no practical consequence because it fails to provide a solution to the real problem (Step 8 should lead to Level V, that of the final decision, after passing a test of feasibility in Level IV). It must therefore be possible to ensure practical feasibility of the decision that concludes deliberate process. Non-feasible courses of action are admissible when identifying intermediate courses of action (Step 7, Level III), and also, but to a lesser extent, when initially formulating the optimal course of action (Step 8, Level III), but it would make no sense whatsoever to adopt one as a single final decision (Level V) after passing the filter of consistency tests, one of which should be test of feasibility.

The deliberative committee should be aware of the impossibility of implementing an optimal course of action when the situation being dealt with is a general one, but it might well not be in the case of a specific situation affecting a healthcare professional that has not been brought to its attention. In the first of these cases, it could decide *ex officio* to continue its deliberations in order to come up with a second-best but a feasible course of action (Step 8₂ or Step 8_p). But in the latter, it should perhaps accept the optimal proposal and, when its unfeasibility is demonstrated, the healthcare professional can bring the case before the committee again, explaining why the initial decision cannot be implemented, these reasons then being taken into account at the level of facts (Level 1) of the new deliberative procedure.

Proposing ethical or normative ideals and deliberating on issues of justice. The explicit inclusion of the test of feasibility emphasizes ethical analysis and the potential identification about the optimal course of action as a normative ideal, whether it matches reality or not, and also keeps the committee's educational function without losing its practical orientation. Limiting itself to identifying optimal courses of action, regardless of their feasibility would refute its practical purpose; restricting

the scope of its ethical deliberations to fit the real circumstances of the case would condition the purity of its ethical analysis, modify the method's structure and steps and suppress the ethical requirement to seek an optimal course of action, since it would be limited to reproducing reality, thereby eliminating the possibility of imagining better models. The distinction between the ideal dimension and the real one explains why it may be impossible to implement the optimal course of action here and/or now, without depriving it of its relevance as a normative horizon. It serves to identify possible defects in a system or to propose changes to legislation or health-care policy. The opposite, however, does not hold true: if real conditions of the query are known from the outset, the committee has no obligation to add a reflection on the ideal solution.

Test of feasibility requires equity and fair distribution of resources to be taken into account. This should be seen as an advantage, because the method only allows one problem to be dealt with at a time and questions of justice may have been left to one side; now they can be taken into consideration. The course of action chosen would be the one that is the fairest, most equitable or most efficient: this may even come into contradiction with that chosen as the optimal course of action (Step 8, Level III), if the latter is based on other values or principles, such as autonomy or beneficence, instead of taking justice as a point of reference (Step 4, Level II).

Final decision

A recommendation, not a command. The decision that constitutes the end point of the deliberative procedure is a recommendation, a proposal based on the best decision and the best possible course of action. It is thus neither a command nor an order that is binding for the healthcare professional. Nor should it be interpreted as an exclusionary reason for following the course of action that has been chosen, but as a valid *prima facie* reason for considering that such a course of action is the best possible one, and as such, should be implemented.

Seeing the decision as advice or a recommendation is in harmony with a distinctive feature of healthcare ethics committees, consultative bodies that raise a claim to authority (of a moral kind: *auctoritas*) as the reason for their decisions being accepted and implemented, but which have no power (*potestas*) to impose them. The committee has the duty to communicate the outcome of its deliberations and the course of action it proposes (Level V) in order to advise healthcare professionals in making of a decision, but

not to assume their responsibility, since they are who have the final say as to the solution of their problem.⁶⁷ Committee provides the best ethical answer to the query, but cannot replace or take away a healthcare professional's decision-making responsibility.

Unanimity, consensus and dissenting opinion. Prudent and wise deliberation is concerned with issues that may differ with what is contingent. Committee's arguments may be convincing and reasonable, but never apodictic or absolute: another reason, argument, course of action and decision is always possible. Deliberation is not tantamount to consensus, but rather to a prudent and wise decision.⁶⁸ Far from requiring a decision to be unanimous, its essence is that a reasonable and prudent decision should be reached after an exchange of reasons and arguments has taken place.

The possibility of more than one decision at Level V may be the consequence, first of all, of a matter of content. When an ethically optimal course of action (Step 8, Level III) fails to pass the tests of consistency (Step 9, Level IV), it is necessary to formulate a new and sub-optimal course of action (Step 8₂) that can pass the tests and be adopted as the final decision (Level V). As has already been pointed out, deliberative nature of the method requires communication not only of the final decision that has passed all the tests of consistency (Step 8₂, Level III, and Level V) but also of the ethically optimal decision (Step 8₁, Level III) that has failed to do so, meaning that there will be two decisions at Level V.

The existence of more than one decision at Level V may also come about for a subjective reason. When a committee's members hold differing opinions, it will be impossible to arrange an unanimous final decision. In such circumstances, the final decision (Level V) must be adopted by a majority vote, with one or more different courses of action being considered optimal by a minority or even a single member. These must be communicated, in the form of dissenting opinions, to the healthcare professional that made the query, so as to fully and truthfully reflect on deliberative procedure.

Both situations can be seen as positive: unanimity reinforces the authority and persuasive power of decision, whilst its absence can be taken as an example of the fertility of genuine deliberation, of the dialectical wealth existing within the committee and of the latter's plural nature and maturity (if it were to be considered as a symptom of dogmatism or intransigence we would have to talk of a pseudo-deliberative procedure or a failed deliberation).

67. See D. Gracia, J. J. Rodríguez Sendín (dir.), *Guías de ética en la práctica médica 2. Ética en cuidados paliativos*; D. Gracia, y J. J. Rodríguez Sendín (dir.), *Guías de ética en la práctica médica 6. Retos éticos en Atención Primaria*, p. 2.

68. See D. Gracia, "Deliberation and Consensus", p. 93.

A plurality of decisions of this kind is a true reflection of deliberative procedure and enriches the answer to the query, adding an educational dimension to the committee's intervention. The healthcare professional, who has taken the decision, will have more than one option at their disposal, even though the committee's answer establishes an order of priority by proposing one of the decisions as the final one, either because it satisfies the greatest majority or because it is the only one that pass all the tests of consistency, putting forward the others as less optimal alternatives.

A revised deliberative procedure

The deliberative method has been enhanced through each of its successive versions. Respective its structure and formulations I put forward a further revision, which aims to be a fuller, more coherent and more accurate version of the current bioethical deliberative procedure:

I. Presentation of facts.

Presentation of the case.

II. Deliberation on facts.

Deliberation of the case facts.

III. Deliberation on values.

Identification of moral issues presented by the case.

Choice of the moral problem to be discussed.

Determination of the values in conflict.

IV. Deliberation of duties.

Identification of extreme courses of action.

Search for intermediate courses of action.

Choice of the optimal course of action.

V. Deliberation on the consistency of the decision.

Tests of consistency.

Test of legality.

Test of publicity.

Test of time.

Test of universalizability.

Test of feasibility.

VI. Making the final decision.

Final decision.

This reformulation of the deliberative procedure combines levels and steps. It begins by restructuring the factual level, differentiating between the new first stage and level (Level I) of the presentation of the case (Step 1), which is descriptive in nature, from a deliberative stage itself (Step 2), now considered to be a level in its own right (Level II). Although both steps belong to the factual stage, only the second one requires deliberation. Dividing this stage into two levels lends the method's structure greater clarity, since it now starts and concludes with two non-deliberative levels (Levels I and VI), reserving deliberative procedure for the intermediate levels (Levels II, III, IV and V).

Tests of consistency level (Level V, previously Level IV) change its name to include a reference to deliberation, because these tests involve a true deliberative procedure rather than being a purely formal check. The five tests of consistency are seen as sections of a single step, namely the transition from (or transformation of) what is ethically optimal to the final decision.

The last level, making the final decision (Level VI, previously Level V), incorporates a stand-alone step (Step 10. Final decision), allowing the deliberative procedure to conclude with a new numbered step. Level VI, like the new Level I, is not a deliberative one. The final or definitive decision is more of a corollary to the procedure, which leads to the said decision as conclusion of a practical syllogism that does not involve any deliberation within the procedure. The revised procedure thus places the deliberation on the facts, values and duties between these two non-deliberative levels.

Valeria Giordano. Professor of Jurisprudence and Legal Theories and Argumentation at the Dipartimento di Scienze Giuridiche - Università degli Studi di Salerno. She is the author of *Il positivismo e la sfida dei principi* (Napoli, 2004) and *Modelli argomentativi delle teorie giuridiche contemporanee* (Napoli, 2008). Among her most recent publications, about legal positivism, constitutional and rights interpretation and legal globalization: *Justification et Force en droit: Une dicotomie irréductible?* In J. F. Kervégan, M. Plouviez, P. Y. Quivigev (eds.), *Norme et violence*, Olms, Verlag, Hildesheim, Zürich-New York, 2015, pp.41-54. “Pluralismo de los valores y neutralización jurídica”. In *Soft Power. Revista euro-americana de teoría e historia de la política*, 2, 2014, pp.124-146.
Contact: vgiordano@unisa.it

INSIDE AND OUTSIDE LEGALITY:

A pluralistic and social construction of law

DOI: 1017450/160108

Valeria Giordano

Università degli Studi di Salerno

Reception date 5th October 2015; acceptance date 18th December 2015; This article is developed within a project research held at the Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università degli Studi di Salerno

Abstract

What is inside and what is outside the law?

A question that is not easy to answer and that forces legal theory to ask itself about which are today the forms of normative production and which are the boundaries of law.

Through the analysis of the deep transformations of the global legal order and of the issues related to the boundaries of law and to the forms of hybrid legality, the essay offers a pluralist and dynamic interpretation of the social genesis of law.

Keywords

Boundaries, transnational law, normativity, pluralism

Resumen

¿Qué es lo que está dentro y lo que está fuera del derecho? Es un dilema difícil de solucionar, que obliga a la teoría jurídica a interrogarse acerca de las actuales formas de producción normativa y de los mismos confines del derecho. A través del análisis de las profundas transformaciones del orden jurídico global y de las problemáticas que atañen a los confines del derecho y a las formas de juridicidad híbrida, este ensayo se presenta como una lectura pluralista y dinámica de la génesis social del derecho.

Palabras clave

Confines, derecho transnacional, normatividad, pluralismo

1. Pluralistic and transnational dimension of law

In one of his famous article, John Griffith provokingly wrote that the term “law” should be totally deleted today, so to be able to develop a sociological theory using a legal pluralism approach.¹ This interpretation is tied to self-regulation processes and, according to Sally Moore’s ideas², confines law to a social scope which is only partially autonomous but, before the decline of sovereignty of the legal device due to globalization processes, it forces legal theory to question itself about which are today the social control measures attributable to the legal world, and which are the situations and forms of law.

In his work published in 1986 and entitled “What is legal pluralism?”³, the biggest obstacle to a descriptive theory of law had been already identified in legal centralism, deeply compromised with the idea that the State factual power is able to guarantee the empirical condition for the existence of law: the illusion, the myth of sovereignty that follows the directive traced by Bodin-Hobbes-Austin, transposed into the obsession for hierarchy of the Grundnorm⁴ and the rule of recognition of Hart⁵.

It is unquestionable that the term “pluralism” is used in many contexts which are deeply different from each other, and that it covers a multifaceted semantic area, so that is susceptible to many possible variations. In the same way, it is unquestionable that the answer to the question about what the law is absorbed ontologically the whole theoretical reflection, and that today, within an extremely non homogeneous and fragmented scenario, it appears incredibly complex as it reveals the asymmetry and ambivalence of what has been defined the *Soft Revolution*⁶ of the global governance.

1. J. Griffiths, “The Idea of Sociology of Law and its Relation to Law and to Sociology”, in M. Freeman (ed.), *Law and Sociology: Current Legal Issues*, 8, 2006, pp. 63-64.

2. Sally F. Moore, “Law and social change: the semi-autonomous social field as an appropriate subject of study”, in *Law and Society Review*, 7, 1973, 4, pp. 719-746.

3. J. Griffiths, “What is Legal Pluralism?”, in *Journal of Legal Pluralism*, 1984, 24, pp. 1-55.

4. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*. Verlag Franz Deuticke, Wien, 1960.

5. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, London, 1961.

6. The reference is to M. R. Ferrarese, “Soft Revolution with Hard Political and Legal Effects”, in *Soft Power. Revista de Teoría e historia de la política*, 1, 2014, pp. 35-56.

In fact, if the world of modern institutions, together with its legal-political logics oriented to coherence within the sovereign system, persists and coexists with the new logics of governance and governmentality, which are inspired to economy and which are both pragmatic and inclusive but perpetually evaluative and selective, the strength of weak links will spread over, lying outside the theoretical structures of legal science, involved inside an incessant process of modulation and readjustment among new languages and traditional archetypes⁷. Hence, we find ourselves before a horizon pregnant with questions rather than answers, ambivalences and difficult choices rather than anchorages and achievements, observing discontinuity of forms and porosity of legal edges so that the attempt to clearly draw a unique device-law becomes insidious.

It is actually unquestionable that within the global scene, besides unprecedented procedures of legal adjustment –as for example, soft law and *lex mercatoria*–, different types of procedures can be noted. Such procedures become more and more similar to the Anglo American types of judge made-law and are the reason why conflict in the world is becoming a common practice, in a prospect of a growing proceduralism of the legal system.

This aspect can be contextualized within the general theory of law, within the prospect of a deep reassessment of a pragmatic/argumentative rationality that is originated from the improvement of decisional power of courts that becomes crucial for the evolution of transnational law, and that shows a strong theoretical propensity to interpret the global nature of law as legal reasoning. The preponderance of the contractual and judicial law within the global governance reveals that it is impossible to focus only on aspects which are functional to the creation of a system made of proxies and authorizations within a sovereign system, implying a new modulation of the relationship between duty and power, as well as of the dichotomy order/conflict, main feature of the recomposing effort of modernity.

If legitimacy criteria of the decisions of transnational law tend to require a new interpretation of recognition issues, not only from a sources systematization point of view, but above all with respect to the recourse to moral reasoning, the dyad sovereignty-obedience, on which self representation of the modern philosophic-legal thought is founded, will weaken. And the long, hard democratic process during which representation and control have become legitimate, loses its meaning⁸.

7. As in L. Bazzicalupo, "Editorial", in *Soft Power. Revista de Teoría e historia de la política*, 1, 2014, p. 12 and ff.

8. As in L. Bazzicalupo, *Politica, identità, potere. Il lessico politico alla prova della globalizzazione*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 103.

On one side, the fragmentation of the legal system, determined by the global governance in the way Griffith pointed out, seems to be hardly compatible with the ordering need expressed by modernity, so deeply involved with the creation of a formal, hierarchical structure of the power. On the other hand, a pluralistic interpretation seems traditionally to widen disproportionately the borders of legal system, up to the point of being unable to explain the systemic, functional differentiation that the whole Luhmann's⁹ legacy asks to express.

Undoubtedly the contemporary theoretical scenario shows how the prestige of law authority has become weakened, and in some cases the way in which legal regulation has transfigured into a global net made by institutions and organizations, because of which, it is particularly hard to draw a line to distinguish the inside and outside of the notion of law. Hence, the dissolution of public/private dichotomy radicalizes, through the globalization processes, the normative techniques focused on the deploying of legal effects originated by power conferring rules, deflating those that are attributable to the command theory of law or kelsenian coercive model of the XX century. It seems, then, to support Hart's theory according to which the normative pluralism that deconstructs the strong deontic language *à la* Kelsen develops within the paths of social practices, identifying several different itineraries of the normative game.

Sovereignty myth, its obsession, which leads the law back to a single rule system, unified and hierarchical, deeply binded to the features of the national political organization, which, as we have seen, in Griffith's concept is attributable to the same XX century positivistic methodology, actually in Hart's concept develops in a normative relationship between practices and recognition of law. Such a relationship gives rise to a categorial transformation of effectiveness, a factuality actualized in the wittgensteinian direction into legal normativity. The categorial transformation of a mere fact – a convergence of behaviors – into a reason to act, a rule of recognition that, generating legitimate expectations, creates a framework of mutual entrustment and presumptions of conformity.

The legacy of linguistic analytic philosophy that identify the essence of linguistic games in a number of critic-reflective attitudes related to the idea of *following rule*, in

9. In the footsteps of the interpretation in terms of systemic differentiation, see N. Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechts – Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtslehre*, Suhrkamp Verlag, Berlin 1981; N. Luhmann, R. De Giorgi, *Teoria della società*, Franco Angeli, Milano, 1992; R. De Giorgi, "Il mondo come sistema complesso", in P. Barcellona, R. De Giorgi, S. Natoli (eds.), *Fine della storia e mondo come sistema: tesi sulla post-modernità*, Dedalo, Bari, 2004, p. 50; A. Febbrajo, *Funzionalismo strutturale e sociologia del diritto nell'opera di Niklas Luhmann*, Milano, Giuffrè, 1975; Id., *Il diritto frammentato*, (with F. Gambino), Milano, Giuffrè, 2014.

Hart's social rule theory is expressed by conventionalism that explains on one side the dependence of law on social behavior, and on the other side its normativity, its ability to offer reasons to act. The acceptance explains why these reasons are generated, since those who accept a norm are also offering it, publicly, as a foundation to guide and criticize both their own and others behavior: in this scenario, it is possible to generate a mutual and stable pattern which is the heart of the very idea of convention.

Undoubtedly, the pluralism of normative production sources and the progressive weakness of the public/private dichotomy cause a new semantic analysis of the legal lexicon, just as the emerging of new structures of global power and the porosity of legal edges generate a problematization of social convention concept, as it is understood nowadays within the most fragmented legal scenarios ever existed.

The weakening of autoreferentiality of law and of the attempt of neutralization of conflicts traditionally attributable to the modern paradigm, and as consequence of the myth, the illusion of sovereignty, seems to cause a better fluidity of the concept of "la" in relation to areas that, until a short time ago, were subject exclusively to legal authority, so noticing an osmosis between legal and economic-financial fields identified by processes of local and institutional encapsulation of economic globalization. Such osmosis on one side is generative of a new cartography of global law, according to the variable geometry¹⁰ in which the constitutive elements of the political dimension are re-written according to the weak version –territory, authority, rights– and produce new *assemblages*¹¹ of national and global features, within the new systemic global fragmentation.

The assembly metaphor has been used by Sassen to generate a new profile of contingency and dynamism of the global scenario in which new geometries of power, which are generating the denationalization phenomenon illustrated by Sassen, are constantly trying to conform to the space-time dimension and to the interconnection generated time by time between national and global, within a polycentric but never conclusive net.

It is undoubted that several and unknown power configurations can be noticed on the global scene characterized by a structural flexibility, so as it is certain that the never conclusive process of transition from hierarchy to the net evokes a reconsideration of some fundamental issues, for example the problematization of the dyad obligation/power starting from the participation demands so often expressed by pluralistic ideas

10. See M.R. Ferrarese, *La governance fra politica e diritto*, Il Mulino, Bologna, 2010.

11. S. Sassen, *Territory, Authority, Rights: From Medieval to Global Assemblages*, Princeton University Press, Princeton, 2006, especially I, *Assembling the National*, and part 2 *Disassembling the National*.

or starting from an active¹² use of law, that has to be protected, inevitably through a methodological-cognitive demand.

It is the cognitive demand of positivistic methodology that, contrary to what Griffith thought, with Kelsen overtakes the sovereignty dogma refusing the extreme subjectivism of the State in the name of an objectivistic idea of law based on the supremacy of international law and on the anti-ideological tendency of Legal Science, or recomposes it, in Hart, inside the empiric-normative dimension of recognition acts by the officials in charge of the application/identification of law –in this interpretation, considered a social practice.

Today, we assist to a softening of the dichotomy convention/cooperation developed by the legal philosophic thought, as well as to a interpretation of legal positivism, depending on its autoreferentiality and practical authority in regard to moral values, into the forms of *soft* and *hard positivism*¹³: an osmosis between law and morality inside the same criteria of legal validity, that in some cases seems to tone down the category of recognition to a moral acceptance, an adhesion to values, to the practice of rights, presented as basically homogeneous, rooted inside the processes of judge made-law of the global systems.

To which extent, today, within a context ruled by multiple power vectors, it is really appropriate to turn down the need for anti-ideological disclosure by a jurisprudence that from an assessment point of view is not engaged?

Tension between the powers that are acted into a social pattern, between antithetical views of the world, between rights and economic interests, between irreconcilable *moral points of view*, should not encourage us not to loosen the dialectic, the one that belongs to the whole modern tradition, between recognition and consensus?

12. Such participation demands from all partners, connected to logic-formal recognition, represents the core of A. Catania's works, "Che cos'è il diritto?"; "Che cos'è la decisione", both published in V. Giordano (ed.), *Effettività e modelli normativi. Studi di Filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2013, respectively pp. 3-12 and pp.71-80.

13. The debate about soft and hard positivism is very wide and is related to the way in which separability thesis is meant. In fact, the idea that exists a not necessary connection between law and morals, so as it is expressed by H. L. A Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals", in *Harvard Law Review*, 71, 593-626, is reinterpreted in a weak version by soft positivism as separableness between law and morals, where the idea of contingency becomes central. About this interpretation, see, J. Coleman, "Negative and Positive Positivism" (1982), in J. Coleman, *Markets, Morals and the Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988, pp. 3-27; J. Coleman (ed.), *Hart's Poscript, Essay on the Poscript to the Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001; J. Coleman, *The Practice of Principle. In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2001.

W. J. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford, 1994; J. J. Moreso, "In Defence of Inclusive Legal Positivism", in P. Chiassoni (ed.), in *The Legal Ought*, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 37- 63. From the hard positivism perspective, where the separability thesis is re-read as a necessary separation between legal and moral areas, see J. Raz, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford University Press, Oxford, 1979.

2. Softness in global governance

Soft seems thus to be the adjective that might represent the global language. *Soft power*¹⁴, *soft law*¹⁵, *soft positivism* reshape the cartography of the global scenario remodeling the forms of modern rationality, even if without totally cancelling the preexisting logics, getting nourished exactly from unstable, heterogeneous balances, which are inevitably precarious but suitable for the incessant change of the pluralistic structures of powers, within an incessant logic of compatibility and conflict, hybridization of categories traditionally represented from a dialectic point of view.

Soft power can be traditionally¹⁶ described as the other side of the *hard power*,¹⁷ thus, not fitting to coercive/repressive modalities: the attraction becomes dominant also within the net of legal relationships of a power weakened of its ability to impose itself and that uses, then, persuasive methods which are able to model people's preferences, orienting actions in an alternative way from the initial strategies.¹⁸

It is a soft, widespread power that reveals a scenario of unequal, intermittent, conditioned powers which have widespread –through the modern and postmodern political and economic socialization– through all the forces of society where mutually

14. The expression “Soft power” was first used by J. Nye, “The misleading metaphor of decline,” in *The Atlantic Monthly*, March 1, 1990, pp. 86-94. In that essay the author claims that if the United States were to follow policies that cut domestic consumption by the two percent of GNP by which it rose in the past decade, the richest country in the world could afford both better education at home and the international influence that comes from an effective aid and information program abroad. What is needed is increased investment in “soft power,” the complex machinery of interdependence, rather than in “hard power” –that is, expensive new weapons systems.

15. Literature about the soft law is immense. Just as an example, see A. Somma, *Soft law and hard law nelle società post-moderne*, Giappichelli, Torino, 2009.

16. The most important definition of soft power has been developed by J. Nye, “Soft Power: The Means to Success in World Politics”, in *Public Affairs*, New York, 2004, p. 6-7: “Soft power rests on the ability to shape the preferences of others. In the business world, smart executives know that leadership is not just a matter of issuing commands, but also involves leading by example and attracting others to do what you want. Similarly, contemporary practices of community-based policing rely on making the police sufficiently friendly and attractive that a community wants to help them achieve shared objectives. [...] Soft power is more than just persuasion or the ability to move people by argument, though that is an important part of it. It is also the ability to attract, and attraction often leads to acquiescence. Simply put, in behavioral terms, soft power is attractive power. Soft power resources are the assets that produce such attraction.

17. “Hard and soft power are related because they are both aspects of the ability to achieve one’s purpose by affecting the behavior of others. The distinction between them is one of degree, both in the nature of the behavior and in the tangibility of the resources”: J. Nye, “Soft Power”, p. 7.

18. “Soft co-optive power is just as important as hard command power. If a state can make its power legitimate in the eyes of others, it will encounter less resistance to its wishes. If its culture and ideology are attractive, others will more willingly follow. If it can establish international norms that are consistent with its society, it will be less likely to have to change. If it can help support institutions that encourage/other states to channel or limit their activities in ways the dominant state prefers, it may not need as many costly exercises of coercive or hard power in bargaining situations. In short, the Universalism of a country’s culture and its ability to establish a set of favorable rules and institutions that govern areas of international activity are critical sources of power.” J. Nye, *Bound to Lead: The Changing Nature of American Power*, Basic Books, New York, 1990, pp. 32-33.

conditioning relationships are composed, from high and from below, multiple and heterogeneous.¹⁹

A scenario overflowing with disparate, cross vectors of powers that fits inside the law structure in a variety of acting spaces. Acting spaces ruled by using the legal device through voluntary negotiation among partners, for example, in contract drafting, or through multiple and diverse forms of legal mediation, including also the alternative dispute resolution, and even the flexible and agile tools of soft law. A soft power, then, irregular in comparison to a hard one, that can fit within the power conferring rules structure which generates Hart's normative pluralism, incentivizing and disincentivizing the exercise of the subjective rights of individuals, their *facultas agendi*, manifesting, within the practical-political activity related to the use of the legal device, in multiple subjectivization processes²⁰.

A legal universe, then, more and more characterized by forms of legal self-regulation very distant from traditional normative tools. This is the case of *soft law*, whose binding force is often controversial, even though characterized by an increasing efficacy and pervasiveness. It concerns, as it is well known, both the European governance regulation, which is influential within the community borders, and the one that comes from the "globalization factual institutions"²¹ within the commercial and financial area (for example, city takeover code, corporated governance code), which show, regardless their ambiguous legal nature, a clear inclination towards increasing levels of enforcement.

It is not insignificant, according to this interpretation, the reception of some rules of soft law within the directives of the European Union, and their use, with no doubt controversial and disputed, in the indirect integration of criminal norms²².

It is a mostly technical rule, that refers to the recommendations, the opinions and all preparatory acts of European institutions, even outside the normative prevision of article 249 of the European Community Treaty, which has undoubtedly made more problematic and complex the whole system of the sources of the international regime, since it shows deviations from that same system that reveal the steps of decision processes

19. "It is a form of rationality that makes of the mechanism of interdependencies, of the co-existence of heterogeneous techniques and styles the vehicle for government processes that do not operate through the mechanism of coercion (although we will never grow tired of arguing that they co-exist with it), but rather aim to produce subjectivations appropriate for a unstable world, and power relations referred to individuals or free associations that remain active even when they find themselves in the weakest and subordinate position in an asymmetric power relationship": L. Bazzicalupo, "Editorial", p. 13.

20. About subjectivization processes, cfr. A. Tucci, "Crossing the borders of governance", in *Soft Power. Revista de Teoría e historia de la política*, 1, 2014, specially pp. 71 e ff.

21. The expression is by M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione*, Il Mulino, Bologna, 2000.

22. For an in-depth analysis, see N. Boister, R. J. Currie (eds.), *Routledge Handbook of Transnational Criminal Law*, Routledge, London, 2015.

of global governance. A multilevel system that falls outside the pyramidal structure of legal science, conferring importance to multiple, different subjects, especially within the commercial and financial area: as an example, we can mention the *best practices* of controlling systems on global scale considered as authentic referring patterns and guidelines, extremely binding for many national systems.

The question if it is a graduated normativity²³ is a theoretically complex one, and it is strictly dependent on the importance attributed to social practices, as well as to the pervasive use of this kind of forms and, thus, necessarily related to the available definition of the law. But it is out of doubt that we are dealing with legal procedures that sometimes are not easily distinguishable, through a binary logic, from hard law techniques²⁴ and that recall, for the legal self-regulation, those common customary practices that were typical of premodern law. This aspect is particularly clear in the current *lex mercatoria* that, being flexible and having formed from the lower levels, for many aspects has evoked new forms of medievalism²⁵, the idea of a global law without a State²⁶.

In this last interpretation, *lex mercatoria* is considered as the transnational law of economic transactions, that causes a decentralization of political juridification and the production of new forms of “heterarchy”: from hierarchy/to center-periphery. This last distinction on one side, reproduces the dichotomy internal/external to the law, without ignoring the legality of peripheral production of law in which are placed the political legislation and the forms of governance regulation; on the other side, rebuilds the dimension of law within a structural coupling with normativity processes that refer to different social system, characterized by distinctive and contradictory rationalities: “private” autonomous legal regimes explain the irrevocable crisis of modernity project, of legal fragmentation and, hence, of the “king’s many bodies”.²⁷

That implies reconsideration and a complexification of the translation/betrayal processes between different languages, logics and systemic codes. Before the falling of

23. For a more detailed study, see B. Pastore, “Soft Law y la teoría de las fuentes del derecho”, in *Soft Power. Revista de Teoría e historia de la política*, 1, 2014, pp. 81 e ff. About the idea that soft law is in the penumbra of law, see A. Peters, “Soft Law as New Model of Governance”, in U. Diedrichs, W. Reiners and W. Wessels (eds.), *The Dynamics of Change in EU Governance. Studies in EU Reform and Enlargement series*, Edward Elgard Publishing, Northampton (Mass.), 2011, p. 23.

24. About the refusal of the binary logic, see K. W. Abbot, D. Snidal, “Hard and Soft Law in International Governance”, in *International Organization*, 54, 3, 2000, pp. 421-456; O. Perez, “Private Environmental Governance as Ensemble Regulation: A Critical Exploration of Sustainability Indexes and the New Ensemble Politics”, in *Theoretical Inquires in Law*, 12, 2, 2011, pp. 543-579.

25. P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2003.

26. G. Teubner, “Global Bukovina: Legal Pluralism in the World Society”, in G. Ten (ed.), *Global Law without a State*, Aldershot, Dartmouth, 1977, pp. 3-28.

27. G. Teubner, “The Kings many Bodies: The Self-Deconstruction of Law’s Hierarchy”, in *Law and Society Review*, 4, 1997, pp. 763-787.

hierarchies and the generation of normative expectations, Teubner's theory is that law de-constructed itself according to polycontextual key, through the intersection of society subsystems generated from heterogeneous spheres of interest and fields. Different normative codes, contradictory rationalities coming from economic and other social areas, as science, technology, mass media, health care, education etc., reproduce within the legal scenario those structural conflicts already existing among functional systems, generating each time new compatibilities and new disputes. What is changing, then, is the geometry of legal conflicts.

A possible interpretation of legal globalization processes that in rewriting the map of conflicts disjoins it from the dimension of space and territory, and entrenches it into the encounter/clash between heterogeneous normative codes and incompatible communicative matrix. Whose mediation is entrusted to the progressive institution-ization into a networking pattern of society fragments, that is to say to the processes of self-constitutionalization²⁸ and, thus, ultimately to the risk of metaphysical self-regulation of the market.

Undoubtedly, it is an interpretation of globalization that allows us to take the theme of law's borders seriously, with a new interpretation of legal decentralization within the perspective of a greater and greater systemic reflexivity, with a sociologically centered view on the characters of the global scenario. In this sense, Teubner's pluralism highlights how the participation moment and the role of subjects are inescapable. Nevertheless, it seems that entrusting in self-regulation forms means to underestimate the social and political conflict, even if Teubner's interpretation is not based in principle on a non-conflicting and pacified society.²⁹

In the combination of functional differentiation what is still missing is the impartial third party, that is to say the identification of a third guarantor of the processes of institutionalization of conflicts that refer to the incessant processes of constitutionalization which are so confined inside the perimeter outlined by the rationality and autopoietic ability of the system.

Finally, if we downgrade the law to a social field that is only partially autonomous, we end unavoidably to reduce its demand of neutralization of conflicts, its ability to act as a "stabilizing" tool of pretensions rooted inside the society, to orient, at the end, social behaviors, practical choices, briefly the collective acting.

28. G. Teubner, *Verfassungsfragmente: Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*, Suhrkamp Verlag, Berlin, 2012.

29. On these themes, see A. Tucci, *Immagini del diritto. Tra fattualità istituzionalistica e agency*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 97-98.

Can a lucid acknowledgement of the polytheism of rationalities really combine with the recognition of a practical authority of law, with the possibility that still today law, its technique, is a tool of reasonable transactions?

3. Can Conventionalism be not essentialist?

Within the theoretical general debate, except the legal pluralism model called “monotypic”, that is to say based on a definition of law that includes the relationship with an enforcement of institutional rules, or with “many self-regulated semiautonomous social fields” *à la* Teubneir, has also been outlined a version that we can call non “essentialist”³⁰, in which pluralism element does not rely on legal notions and there is no attempt to identify the functionalist side.

For this specific interpretation of legal pluralism, law has not to be built as a scientific category, inevitably ascribable to state system, nor as a single concept or single definition, but as a many-sided phenomenon that goes beyond the structural/functional dialectic and settles inside the processes of recognition by the members of a group. Hence, law cannot be represented as a totality of element that one can include into a “formulaic description”, neither it can be considered as something that has to guarantee order, coordinate expectations of social behaviors, resolve social conflicts through an institutional path. These definitions are vitiated by the obsession to identify the essence, the heart of law, that is nothing else than what the participants think it is.

A non “essentialist” perspective that identifies the legal pluralism in the multiplicity of forms with which the legal system reveals itself and is identified –state law, habits, *lex mercatoria*–, but inherits the conceptual cornerstone of Herbert Hart’s conventionalism, the idea of the law as a social practice, even if the interpretation proposed is not, somehow, disengaged from the psychological moment and is tied to the critic/reflective attitude of those who take part to the system.

Undoubtedly, the ambivalence of Hart’s notion of convention, in which Searle’s dialectic between regulative rules and constitutive rules³¹ has been transposed, is clearly

30. B. Z. Tamanaha, “A non Essentialist Version of Legal Pluralism”, in *Journal of Law and Society*, 27, 2, 200, pp. 296-321.

31. “Regulative rules regulate a pre-existing activity, an activity whose existence is logically independent of the rules. Constitutive rules constitute (and also regulate) an activity the existence of which is logically dependent on the rules: J. R. Searle, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge University Press, Cambridge 1969, p. 34. About recognition rule as a regulative rule, see J. Coleman, “Incorporationism, Conventionality, and Practical Difference thesis”, in J. Coleman (ed.), *Hart’s Poscript*, pp.1232-147; in the same volume, about the recognition rule as a constitutive rule, A. Marmor, *Legal Conventionalism*, pp. 193-217.

expressed by the global processes of *judge made-law*, reflecting the complex nature of the empiric-constitutive root that binds actualized practices and normativity game.

If preserving a logic-cognitive demand for the operations of recognition before the proliferation of source of normative production and the unprecedented flexibility of legal forms seems inescapable, it is also true that the constitutive root of effectiveness is claimed by those who are part of the system with the use of the game rules within a form of normativity that is compulsorily legal. But, in this case it is necessary to know the game rules, the goal set of players, the penalties to ascribe for the violations to required behavior: briefly, the definition of the game.

Such an aspect proves to be impossible if we have to adhere to a form of non-essentialist conventionalism.

Within this context, in fact, the attempt to reject the central objection posed to legal pluralism, concerning the possibility to distinguish law from any other form of social life, proves to dissolve into an idea of *convention* that is deprived of any normative element and as such is incapable to discriminate in regards to the configuration of psychological aspects and attitudes of internalization. Hence, it is not able to delimit the edges of the normativity game.

Undoubtedly, the heart of this interpretation is Hart's social rule idea that identifies, according to the artificialism, the existence of a legal obligation with the normativity generated by a shared practice; nevertheless, the exclusively sociological view, "moderate external", adopted in this approach does not allow to identify in which manners law can orient social behavior, offering reasons why one should adhere to the practice itself. The attention to the belief of actors of global arena and never on their demands for conformity and expectations of normativity seems to break the short circuit of empiric-normative origin generated by the attitude of participants, in the same way that the refusal of any form of functionalism related to the role of the law does not allow to identify the specificity of legal normativity, the exclusivity of its notion.

In other words, what is missing in the concept of "non-essentialist legal pluralism" is the internal point of view. The view of the participant. The view of someone who not only has a belief about what the law is inside the society, but also of anyone who demands the adoption of the legal practice because external conformity is part of the reason to follow a rule, so as the expectation of legal implementation represents a key element for the social construction of the law. In this perspective, what is missing then is the construction, in terms of collective intentions and shared expectations, of the

social convention concept, what determines the categorial transformation of the factual moment that is immanent to Praxis into a normative phenomenon, into a dimension of legal binding force.

For some aspects, this concept allows to extend law identification to the immanence of social practice, going beyond the risk of a statist reductionism thanks to the recognition of multiple forms with which global legal normativity is covered. On the other hand, because of the decline of normative elements and the choice not to define the differential concepts of law in comparison to other social phenomenon, it seems to generate a vicious circle, unable to grasp a concept, even in its minimal form, of practical authority of law. It is clear that, in comparison to hard positivism perspectives in which the separation thesis is reinterpreted according to the strong version –in the definition of rules as exclusionary reasons³²– the importance of legal tool to neutralize the practical conflict, the position of non-essentialist pluralism disengages the legitimacy of global systems from any structural and functional element of law. But, it does not manage, through this distancing, to confer it any practical difference within decisional context, in any form of deliberative process.

Undoubtedly then, the risk of a too deformed image is very high. If, as Tamanaha claims³³, the current tendency of legal theory is a sociologic approach, it is necessary not to forget that social practice is not just a mere empiric device. It is the critic-reflective attitude of the participants of the system, in that vital twist, the constitutive and pluralist twist of the normative puzzle, transforms a mere empiric convergence into a pretense of binding force that ends up building the practice itself as a tool to control/orient but also to exclude/include legal normativity.

4. The social construction of law: conventional games

It would be possible, then, from this perspective, to import from Griffith, the theoretical assumption that pluralism is a fact, a social fact, whose construction in legal terms is a duty of the general theory of law. An undoubtedly complex task that includes the description of legal reality, today within an enigmatic context which demands to give a voice to claim of normativity not always externally covered with a legal form, but

32. B. Z. Tamanaha, "A non Essentialist Version of Legal Pluralism", p. 313.

33. B. Z. Tamanaha, "The Internal/External Distinction and the Notion of a 'Practice' in Legal Theory and Sociolegal Studies", in *Law & Society Review*, 30, 1 (1996), p. 201.

in which the need to describe does not prove to be, as in the non essentialist conventionalism, tainted by a definitional gap. And, in this perspective, to reinterpret the normativity of transnational law as a question of degree, in which the concept of social pressure that innervates Hart's perspective and founds the dialectic between social habits/social and legal rules will give back new compatibilities and new conflicts of the social business that necessarily proves the irreducibility of the political/decisional character and the partiality of legal synthesis.

Then, an inter-institutional interpretation that could read again the legal aspects of global law as a dynamic process, of social construction, between practices and normativity play probably would be able to avoid the transfiguration of the legal normativity and at the same time, not to darken those aspects of contingency, intermittence, that highlight a current paradoxical disequilibrium of effectiveness over the normative dimension of law.³⁴

The inter-institutional normativity is contingent, intermittent and can blur within the global governance those fundamental theoretical assumptions—objectivity and permanence of organizations—that characterized the positions of traditional legal institutionalism, *à la Romano*. Nevertheless, it enables to inflect in the plural, according to a multilevel version, those legal decisions that emerge from practices, if they can provide a certain degree of intensity and interaction³⁵, giving back each time areas of normative inclusion/exclusion, unstable balances and forms of legal representation.

An interpretation, thus, in terms of compatibility between *soft power* and *hard power*, but also necessarily in conflict; the type of conflict that generates the same social construction as the law does, within an irregular path where legal system can be active or inactive, where you can have battles, claims and defeats.

In this perspective, then, we should not disregard the essence of law, the fact that law is a tool for social regulation. And it is just in relation to social regulation that it has to make a difference, offering—with its capacity to neutralize conflict—tools for normative orientation, reasons to act.

If the convention is not simply an actualized practice, but a constitutive rule or a coordinative rule that provides for an absent agreement³⁶, counterbalancing the choice between divergent options, the categorial transformation of a mere convergence of

34. In this interpretation of global normativity, see K. Culver, M. Giudice, *Legality Borders: An Essay in General Jurisprudence*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

35. For an in-depth analysis, see K. Culver, M. Giudice, *Legality Borders*, p. 99.

36. The idea that conventions do not give for granted an agreement but that they are an alternative way to obviate to an absent agreement is by D. Lewis, *Convention: A Philosophy Study*, Harvard University Press, Mass., 1969.

behaviors into a conventional practice cannot neglect to identify the game rules and the function of the game. A construction of legal reality that starts, then, from the definitional elements through which social practices are established and from the purpose of the convention itself, starting from which it is impossible not to characterize the essence of law, the nature of legal normativity.

Of course, weakening the project for the conditioning and controlling of modern representation requires a new semanticization of legal lexicon, a decline of the deontic linguistic structure, so as it is undoubted that together with the persistence of statist root of law come up a more and more binding factuality, actualized practices characterized by a strong social interaction that go beyond the monolithic limit of systems and get placed inside the transnational net of global institutions.

Undoubtedly, a possible way to account for transnational legality could be eluding the dichotomy of validity/applicability of law³⁷, in which the essential aspects of law end up being inflated in a process of endless abstraction and separation between national systems and sources of heterogeneous kind, and a revaluation of the pluralist demands coming from global area, looking at the levels of institutionalization of social pressure through which Hart discerned between legal and social normativity.

But, we have to assume that law is a tool for social stabilization. And that, filtering, it juridificates expectations of legal implementations that depend on the circle of recognition originated from the belief/claim of normativity³⁸, that represents the conceptual cornerstone, the heart, of any normative game. So, it is not a tacit approval of the law system towards forms of graduated normativity coming from the organizational net on the global scene, but an active, explicit approval, actualized in social practices, in the encounter/clash that generates the social construction of law.

A social construction made by numerous, not always identifiable, often changing actors, characterized by irregular paths and arduous itinerary, by forms of intermittent and discontinuous normativity: but that will not help to deliver us –on the edges of law– the dynamic, pluralist genesis of legal practices.

Translation by Stefania Rega

37. This strategy is adopted by J. Raz, *The Authority of Law*, pp. 101-102.

38. On this conceptual couple, Catania based his interpretation of normativity in A. Catania, *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell'età globale*, Laterza, Roma-Bari, 2008.

Francesco Amoretti. Associate Professor of Political Science and of E-democracy and E-Government Policies at the Università degli Studi di Salerno, Dipartimento di Scienze politiche, sociali e della comunicazione. His recent research activity, basically developed within the general field of relationship between media and political systems, regarded three areas which can be described as: Mediatization of politics in Italy; the electronic government, and the digital revolution and the processes of constitutionalisation.
Contact: amoretti@unisa.it

Mauro Santaniello. Researcher at the Dipartimento di Scienze politiche, sociali e della comunicazione of the Università degli Studi di Salerno. His research focuses on Internet regulation and on the relationship between digital networks and power.
Contact: msantaniello@unisa.it

BETWEEN REASON OF STATE AND REASON OF MARKET:

The developments of internet governance in historical perspective

DOI: 1017450/160109

Francesco Amoretti and Mauro Santaniello

Università degli Studi di Salerno

Reception date 8th November 2015; acceptance date 20th February 2016 this article is developed within a project research held at the Dipartimento di Scienze Politiche, Sociali e della Comunicazione, Università degli Studi di Salerno.

Abstract

“No sovereignty, no elected government, no authority, no borders”. It was exactly twenty years ago, John Perry Barlow proclaimed his *Declaration of the Independence of Cyberspace*. And those were his keywords. Today, we can say that the development of Internet governance as a global policy arena is the answer to the questions that Barlow believed irrelevant to the proper development of cyberspace. If founding myths about an ungovernable, borderless, and intangible Internet have been demolished, what power relations have emerged in the Internet governance arena? What are the ideas –or the *normative values*– that sustain and legitimize the political role of governmental and nongovernmental actors? And, finally, is the *multi-stakeholder* model capable of grasping the *real* conflicts over political power, or is it part of those conflicts, a narrative supporting specific interests and coalitions? The main aim of this article is to consider these issues by analysing the developments of political conflicts over Internet governance, from the IAHC to WSIS, until recent processes such as the WCIT and NetMundial.

Key words

States, sovereignty, political conflicts, giant corporations, Internet governance

Resumen

“Ninguna soberanía, ningún gobierno electivo, ninguna autoridad, ningún confin”. Hace veinte años, John Perry Barlow proclamó su Declaración de Independencia del Ciberespacio. Y estas eran las palabras clave. Hoy día, podemos afirmar que el desarrollo del *Internet Governance* como ámbito de *policy* global responde a las preguntas que Barlow consideraba irrelevantes precisamente por lo que al desarrollo del ciberespacio se refería. Una vez que los mitos fundadores de un Internet sin confines, inmaterial y falto de estructuras de gobierno han sido derrotados, ¿cuáles son las relaciones de poder que han emergido en el campo del dominio del Internet? ¿Cuáles son las ideas –o los *valores normativos*– que sostienen y legitiman el papel político de los actores gubernamentales y no gubernamentales? Además, ¿el modelo *multi-stakeholder* sabe distinguir los conflictos de poder *reales*, o él mismo parte de esos conflictos, como un discurso de apoyo de los intereses y de las coaliciones en juego? El objetivo principal del artículo es analizar esos cuestionamientos a través del análisis del desarrollo de los conflictos políticos respecto de la gobernanza de la red: del IAHC al WSIS, hasta llegar a los procesos más recientes, como el WCIT y el NetMundial.

Palabras clave

Estados, soberanía, conflictos políticos, *Giant Corporation*, *Internet governance*

1. Introduction

“No sovereignty, no elected government, no authority, no borders”. It was exactly twenty years ago, John Perry Barlow proclaimed his Declaration of the Independence of Cyberspace¹. And those were his keywords. These were the words –and predictions– of a visionary. It was instead the dominant conception, in those years, in the international scientific community as well as in the areas most directly involved in the design of

1. J. P. Barlow, *A Declaration of the Independence of Cyberspace*, 1996, <https://projects.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>

cyberspace. In a 1998 article by Carey entitled “Internet and the end of the national communication system” were established the general coordinates within the theoretical and empirical research on the relationship between digital media and states might be placed². The diffusion of networks was redefining roles, functions, and policies of the state –of the states– involving, all in all, a negative balance for the state –less sovereignty, less authority, less regulatory capacity–, and control of information flows. In the map of the world telecommunications market, states were destined to play secondary roles; in the Old as the New continent were being celebrated the glories of neoliberal globalization. The withdrawal of states was also deemed necessary to the full deployment of the network’s potential. Those who had at heart the renewal of politics; saw in the opportunities offered by digital networks a historic opportunity, one to be seized without too many ifs and buts.

With governments to act as guarantors, with specific policies, of technological innovation; keeping away the states from these processes was therefore not only desirable, but also possible, considering which way the wind had been blowing for about two decades. That it was Bill Gates to announce, in a famous 1996 speech, with the expansion of cyberspace and the creation of Adam Smith’s dream of a free international market, it is not surprising. The cyber-optimists’ community did not only include entrepreneurs and professionals of the computer industry. Besides these, intellectuals, professionals, politicians, and citizens looked to cyberspace as a new frontier –along the “Information Superhighway”– the old myths of American culture were being revived³. Subtracted to the control –and the powers– of the state, the virtual space imagined and hoped for would be a transparent and ubiquitous space; and everyone might communicate freely with one another. A free world, that of cyberspace, which would guarantee freedom for everyone. Betrayed in the off line world, the First Amendment, the true lynchpin of American constitutional and legal culture, would find in the expansion of the Network a vast territory to protect but also an opportunity to regenerate itself. The state, certainly transformed, does not abandon the scene. Yet the scene occupied by the state can neither be –nor should be– that of virtual reality which, for its characteristics, can escape its intervention. It is a “borderless and timeless world”⁴, and the virtual and, as such, not disciplinable/regulating the sovereign authority of states.

2. J. W. Carey, “The Internet and the End of the National Communication System: Uncertain Predictions of an Uncertain Future”, in *Journalism and Mass Communication Quarterly*, 75, 1, 1998, pp. 28–34.

3. V. Mosco, *The Digital Sublime Myth, Power, and Cyberspace*, The MIT Press, Cambridge & London, 2004.

4. R. Johnson, D. G. Post, “Law and Borders: The Rise of law in Cyberspace” in *Stanford Law Review*, 48, 5, 1996, pp. 1367–1402.

Today, we can say that the development of Internet governance as a global policy arena is the answer to the questions that Barlow believed irrelevant to the proper development of cyberspace. If founding myths about an ungovernable, borderless, and intangible Internet have been demolished, what power relations have emerged in the Internet governance arena? What are the ideas –or the *normative values*– that sustain and legitimize the political role of governmental and nongovernmental actors? And, finally, is the *multi-stakeholder* model capable of grasping the *real* conflicts over political power, or is it part of those conflicts, a narrative supporting specific interests and coalitions? The main aim of this article is to consider these issues by analysing the developments of political conflicts over Internet governance, from the IAHC to WSIS, until recent processes such as the WCIT and NetMundial. The objective is to answer the following research question: are the redefinitions of powers in such a global policy field generated by the *shifting* relationship between the *Reason of State* and the *Reason of Market*? More precisely, through a reconstruction of the main conflicts that have occurred over two decades, we can indeed describe and analyse state sovereignty in some of its concrete forms and inter-institutional dynamics. A prospect that, as we shall see, will allow us to avoid dilemmas that still run through the academic debate, dilemmas that appear historically inconsistent and, therefore, theoretically and analytically unproductive: suffice it to think, in particular, of the predicament over the true or alleged return of state sovereignty, and to the question of the relationship between public authorities and economic powers that so much play in defining boundaries and content of state authority.

But let us clarify first of all what we are referring to. Although a clear definition of Internet Governance is problematic at best –Janette Hofmann speaks of it as “a policy area with ambiguous boundaries and structures [...] a normative idea on the move”⁵– it refers to the configuration and the allocation in powers for determining and controlling all levels of articulation and operation of the network –infrastructures, interfaces, devices, data centres, etc–. Beyond the technical language, Internet Governance is concerned with what the network is at a given moment in history, and with what can be done on the net and through the net⁶ in different contexts and at different times. Internet governance concerns a global power struggle and its outcomes, and it is founded as a research field with the idea that the Internet is governable⁷. As Mueller has put it:

5. J. Hofmann, “Internet Governance: A Regulative Idea in Flux”, in R. K. J. Bandamutha (ed.), *Internet Governance: An Introduction*, Icfai University Press, 2007, p. 75.

6. We have addressed the issue of “governance through the net” in F. Amoretti and M. Santaniello, “Governing by Internet Architecture”, in *Soft Power*, 1, 1, 2014, pp. 109-127.

7. A sound definition of Internet Governance is that provided by Milton Mueller: “Internet governance is the simplest,

The question now driving discussions over Internet politics is not whether the Net can be governed, but whether there is (or there should be) something new and different about the way we do. Does a globally connected information infrastructure require –or is it already producing– new global institutions? Asking that question leads inexorably to the issue of the nation-state and to the relationship between national and global governance⁸.

The state, as political scientists insist, is still the predominant supplier of effective public governance, and it is still an immensely powerful institution. But there is a strong and persistent tension between state sovereignty, which is territorially bounded, and the non-territorial space of social interaction created by networked computers. This tension places strain on the existing nation-centered institutional arrangements in communication and information policy.

2. Internet vs the Nation-State

Three assumptions about the nature of the Internet have influenced the study of political institutions in the so-called “information age”. Three great images that have often been uncritically taken for granted by social and political scientists, who have built them around post-Westphalian, post-democratic, post-capitalistic, post-human theories. The first assumption relates to the immateriality of cyberspace, that is, the idea that the Internet is a virtual world completely separated from material reality. A world of bit opposed to the old world of atoms, as stated by Nicholas Negroponte⁹. A corollary of this assumption is that in a world of bit, with its completely symbolic and reproducible resources, there is no scarcity, and that the abundance of resources inevitably produces a downfall of conflicts and, finally, the end of politics. This image strongly contrasts with the empirical reality of digital networks, which work thanks to infrastructures and devices made of plastic, metal, and silicon; thanks to transoceanic cables, antennas, power stations, and heavy geostationary satellites; thanks to computer centers as large as whole cities. All of these are scarce resources whose control produces tensions and conflicts.

most direct, and inclusive label for the ongoing set of disputes and deliberations over how the Internet is coordinated, managed, and shaped to reflect policies”. Cfr. Note 8: 9.

8. M. Mueller, *Networks and States. The Global Politics of Internet Governance*, MIT Press, Cambridge, 2010, p. 1.

9. N. Negroponte, *Being Digital*, Alfred A. Knoff, New York City, 1995.

The second assumption relates to the borderlessness of the virtual world, that is, the idea of a deterritorializing flow of information leading to the end of geography and the death of all distances. Even this is a mystification, as demonstrated by the many cases in which authorities of individual countries have ordered an Internet shutdown, within their borders, during the political crisis. This has happened, for example, in Syria during the early stage of riots, and in Egypt during the Arab Spring. More recently, it happened in Turkey and Burkina Faso, where national authorities have been able to block access to some specific websites (Twitter, Facebook, YouTube). It routinely happens in China and authoritarian regimes.

The third assumption concerns Internet's scalability, that is, the idea of a cyberspace that, notwithstanding its growth in terms of population, geographic extension, and interactive density, remains always the same. The substantial continuity of the Internet has as a corollary the idea of its un-governability, a hypostatization of the characteristics of the early Internet, such as openness, neutrality, decentralization, horizontality, and so on. This idea also clashes with empirical reality, particularly with the evidence of many transformations undergone by Internet infrastructures, interfaces, codes and devices over time. All transformations that have heavily defaced those traits. Transformations which are more similar to disruptions than to changes.

These assumptions –immaterial and abundant resources, borderlessness, and resilient un-governability– have inspired many studies of “Internet Governance” in which states, and governments, play an increasingly marginal role to the advantage of other institutional actors¹⁰. Hardly surprising, it might be said, if it is true that in the last decade of the twentieth century “outsourcing sovereignty” –i.e. the transfer of public power to other hands– has expanded in many directions¹¹. Certainly, the vast majority of national governments has almost no power on Internet standards, protocols, and critical resources, and has only an advisory role in its main institutions, such as the ICANN. However, to speculate about the erosion of the international system of sovereign nation-states leads to some misunderstandings. Firstly, the overcoming of the post-Westphalian order does not mean that the nation-states system disappears. The emergent conditions do not *necessarily* override the sovereignty of states. Not all states are incapable of exercising control over critical Internet resources. It is not necessary to accept the *hegemonic*

10. In some cases, such assumptions have strengthened the idea of the end of the nation-state, of a decline of its functions and structures – with no spaces and physical events left on which it might exercise the monopoly of the use of force, without geographies and jurisdictions, the state would lose its own *raison d'être*.

11. P. R. Verkuil, *Outsourcing Sovereignty. Why Privatization of Government Functions Threatens Democracy And What Can Do About It*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.

paradigm to recognize the predominant role of the U.S. government in building and developing the cyberspace, and its effort to legitimate, also from a cultural/normative point of view, the political strategies pursued¹². We are going to argue, in this article, that the *asymmetry* between the United States and most other countries is at the origin of *every* relevant political conflict that has shaped the Internet governance. In other words, the role of the state has always been at the core of the debate on how to govern the cyberspace, as the main controversy crossing discussions about Internet ontology and deontology. Secondly, as we shall see, the movement towards digitally bordered “national internets” or more correctly, the claim for new governmental and intergovernmental mechanisms to strengthen states over the Internet, is not taken into account by the dominant analytic perspectives. Yet, this is perhaps, in the international arena, the main political development of the last decade. Last but not least, the power relationships between states and the forces of the market are not a zero-sum game.

In the face of the capacity of the global economic actors to impose the operational logic of the capital market as a *new normativity* of national policymaking, the states do not retreat in the same way everywhere –nor do they do so– with the same outcome. As argued by Saskia Sassen in her innovative works, sovereignty and territory remain key features of the international system, even though “to some extent national states are producing the necessary instrumentalities that enable new forms of authority”, notably exercised by corporations operating transnationally¹³. Anyway, it is anachronistic to refer to sovereignty and territory as features of nation-states without considering the most complex institutional and structural rearrangement of our epoch¹⁴ (Sassen, 2013). To understand this rearrangement, however, it is useful to grasp the *shifting* relationship between the *Reason of State* and the *Reason of Market*.

12. An analytical perspective focused on the concept of hegemonic regime is in S. Bradshaw, L. DeNardis, F. O. Hampson, E. Jardine, M. Raymond, “The Emergence of Contention in Global Internet Governance” in *Global Commission on Internet Governance paper Series* no. 17, July 2015. The authors argue: “Hegemonic transition theory can partially account for some of the contentious state behaviour marring global debates concerning Internet issues. States that are currently dominant in the Internet governance regime, such as the United States, are coming into increasingly conflict with other states that hold different ideological viewpoints and that see American dominance of the system as illegitimate or even an outright security challenge. Many developing nations that have yet to fully move online are now giving voice to the fact that they are compelled to adopt a system that is governed in a way that they did not help to directly develop. Other nations, such as Russia and China, have simply transposed tensions from other areas onto the Internet governance debate, making the issue particularly fractious. Hegemonic transition theory is less able to account for the nature of the alternatives preferred by these actors, which are shaped both by domestic values and international norms, or the processes of global rule-making by which these objectives are pursued. Again, this highlights the interactions between distinct factors that collectively account for increased global contention over Internet issues”.

13. S. Sassen, *Territory, Authority, Rights. From Medieval to Global Assemblages*, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 1996, p. 233.

14. S. Sassen, “When Territory Deborders Territoriality”, in *Territory, Politics, Governance*, 1, 1, 2013, pp. 21-45.

3. Conflict #1: Towards a Corporate Coalition

The first conflict for the control of the Internet set the Clinton Administration against the community of the founding fathers¹⁵. One of them, Vinton Cerf, had founded the Internet Society (ISoc) in the early 1990s in order to institutionalize the deliberative practices developed during the 1970s within some informal organizations such as the Internet Engineering Task Force (IETF). Aiming at stopping the ongoing privatization of the Domain Name System (DNS), ISoc launched the International Ad Hoc Committee (IAHC) in 1996, an initiative which elaborated an institutional design for the governance of Internet domains that was clearly rooted into a model of “technical regime” (Hofmann 2005), and which excluded governments –all governments, including the US government– from critical resources management and administration. Seeking to be legitimized and looking for organizational support, ISoc involved the International Telecommunication Union (ITU), the UN agency that handles interstate relations concerning telecommunications networks such as telephone, mobile and satellite networks. In front of this initiative, the US government initially announced its intention to give up its authority over the DNS root zone, but it soon made clear that no Internet institution could be established without the US government’s license: “the United States paid for the Internet”, the US Internet Policy czar Ira Magaziner said¹⁶. Against the IAHC and the so-called MoUvement (i.e. the movement which supported the new Memorandum suggested by the Isoc) doubts about security were advanced and voice was given to those big investors who claimed a protected environment for their billion dollars’ investments in e-commerce.

The ITU involvement into an organization based in Geneva was condemned as the prelude of an Internet “over-regulation”, as a breach through which governments could enter the operational management of the Net, and as a deadly embrace with the corrupt and inefficient world of the United Nations¹⁷. On January 28th of 1998, the US government definitively took away any hope from the MoUvement stating, with a Green Paper of the National Telecommunications & Information Administration (NTIA), that the root zone management would be entrusted to a private organization based in Califor-

15. The reconstruction of Internet governance conflicts presented here is a summarized and upgraded version of that presented in: M. Santaniello, “Net democracy: la sfida democratica all’Internet governance”, in E. De Blasio and M. Sorice (eds.), *Innovazione democratica. Un’introduzione*, LUISS University Press, Rome, 2016, pp. 63-86.

16. Cit. in J. Goldsmith and T. Wu, *Who Controls the Internet?: Illusions of a Borderless World*, Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 41.

17. W. Drake, *Reframing Internet Governance Discourse: Fifteen Baseline Propositions*. Memo #2 for the Social Science Research Council’s Research Network on IT and Governance, 2004.

nia. For this purpose, on September 18th the Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) was founded with a governance structure very similar to that designed by the IAHC, but set up as a nonprofit corporation with offices in Playa Vista, Los Angeles. Vint Cerf became chairman of the ICANN, and the “self-governance” principle, as well as the anti-government rhetoric, once banners of the technical community in its battle against the US government, became flags of the new giant corporation. And no matter if ICANN came to be formally linked, through a series of contractual obligations, to the US Department of Commerce. The outcome of this first conflict for Internet governance was the skidding of the self of “self-governance”, the slipping of the subject who should govern himself: from the technical community of the founding fathers to the US private sector. It was the formalization of a process of Internet privatization that had already started in the second half of 1980s with the splitting of Arpanet into Milnet (for military purposes) and Internet (with commercial aims), and with the switching off of the early network a few months after the fall of the Berlin Wall. A process proudly defended by the US government that was able to impose the *reason of the market* over the technical community.

In that context, *Reason of the Market* means that it was the private sector in the core economies and, here, specifically transnational corporations, technology companies, large providers of digital content and information services –that took the lead in shaping the regulations thanks to and sustained by governmental policies¹⁸–. More specifically, according to Saleh, “when the gates of the Internet were opened to the non-academic public, including commercial users of the network”¹⁹, core governments and ICTs companies worked out the rules that would govern online communication, consolidating a *Corporate Coalition* that acted fast as a global phenomenon on the Internet’s regulatory scene. The absence of preexisting rules that established rights, duties, and entitlements in the cyberspace gave them competitive advantages in the promotion of their preferred framework of rules. Within the United States, the Federal Communications Commission treated the Internet as an unregulated application. The view was that “limited government intervention is a major reason why the Internet has grown so rapidly in the US. The federal government’s efforts to avoid burdening the Internet with regulation should be looked upon as a major success and should be continued”²⁰.

18. These private actors dominated the development of the three main aspects of the Internet regulatory framework: (1) technical standards surrounding the Internet; (2) strategic vision for the Internet; and (3) governing domain names.

19. N. Saleh, *Third World Citizens and the Information Technology Revolution*, New York, Palgrave MacMillan, 2010, p. 57.

20. Cit. in W. J. Drake et. al., “Internet Fragmentation: An Overview”, in *Future of the Internet Initiative White Paper*, World Economic Forum, 2016, p. 31.

4. Conflict #2: the dawn of multi-stakeholderism

The foreclosure to ITU meant the refusal to equate the Internet to other international networks, such as telephone and railway networks. It was supported by the affirmation of an ontological incompatibility between the Internet and the Westphalian system of interstate governance based on the borders, national sovereignty, and legal equality between states. It was backed, in other words, by the idea of “Cyberspace”, a completely different social space. This is what triggered the second conflict over Internet governance. The setting was that of the World Summit on Information Society (WSIS) organized by the ITU under a mandate by the UN between 2003 and 2005. Milton Mueller, one of the most attentive observer of this process, has described it as:

A clash between two models of global governance: one based on agreements among sovereign, territorial states; the other based on private contracting among transnational nonstate actors, but relying in some respects on the global hegemony of a single state²¹.

Those described by Mueller as sovereigntists, or realists (i.e. governments other than the US one that would not tolerate the subtraction of the Internet to intergovernmental regulation) managed to impose the issue of ICANN governance on the Summit agenda in 2003, winning the attempts of the US government and ICANN itself to exclude from negotiations and final declarations any reference to domain names and Internet addresses. The Geneva Summit (2003) issued a Declarations of Principles that, at the articles concerning Internet Governance (from 48 to 50) was heavily inspired by positions –above all European and South American– that contrasted the American one. In particular, the right of governments and of intergovernmental organizations to be involved in Internet governance was clearly affirmed. On the contrary, the US government did not go beyond the assignment of advisory functions to governments within ICANN, through the Government Advisory Committee (GAC), and a promise of a complete transition, which would end the US supervision over ICANN before 2006²². At this point, aiming at solving the conflict by producing new ideas, the UN General Secretary established the Working Group on the Internet Governance (WGIG). WGIG's

21. *Supra*, note 8, p. 55.

22. This approach was expressed in the new Memorandum of Understanding between the US government and the ICANN in 2002, envisaging the end of US government supervision.

composition and its working procedures became the example of that inclusive model of Internet governance initially supported by the EU and based on the participation of multiple stakeholders²³. Also the definition of Internet governance proposed by the WGIG was a tribute to the multi-stakeholder model:

Internet governance is the development and application by Governments, the private sector, and civil society, in their respective roles, of shared principles, norms, rules, decision-making procedures, and programmes that shape the evolution and use of the Internet²⁴.

However, no US representative joined the WGIG, indicating that the US Government did not intend to grant anything to the multi-stakeholder model in Internet governance. The WGIG ended its report on June 20, 2005. Ten days later, the Bush administration issued its “US Principles on Internet Domain Name”, which affirmed the exclusive and indefinitely policy authority of the United States over the Internet, and dismissed any kind of legitimacy by the UN²⁵. The EU has kept advancing “a new model of cooperation” involving all stakeholders and protecting “the architectural principles of the Internet, and claiming the priority of: “the question of internationalising the management of the Internet’s core resources, namely, the domain name system, IP addresses and the root server system, appears to be one of the main issues currently being discussed”²⁶. Even if the European proposal suggested to focus governments’ initiative on “principle issues of public policy, and [to] exclude any involvement in the day-to-day operations”²⁷, it was rejected by the US government with a letter sent by Carlos Gutierrez (US Secretary of Commerce) and Condoleeza Rice (Secretary of State) to Jack Straw, at the time Ministry of Foreign Affairs during the UK presidency of the EU.

23. The term “multi-stakeholder” was used within the UN, from the early 2000s, to describe a series of “civic control” initiatives in which intergovernmental organizations and non-governmental organizations “encourage companies to participate in programs that set social and environmental standards, they monitor the compliance, report and promote social and environmental auditing, certify good practices, and encourage dialogue among stakeholders and social learning” (P. Utting, “Regulating Business Via Multistakeholder Initiatives: A Preliminary Assessment”, paper prepared for the UNRISD project on Business Responsibility for Sustainable Development, [http://www.unrisd.org/80256B3C005BCCF9/%20\(httpAuxPages\)/35F2BD0379CB6647C1256CE6002B70AA/\\$file/uttngls.pdf](http://www.unrisd.org/80256B3C005BCCF9/%20(httpAuxPages)/35F2BD0379CB6647C1256CE6002B70AA/$file/uttngls.pdf), 2001, p. 2).

24. WGIG, *Report of the Working Group on Internet Governance*. Château de Bossey, <http://www.wgig.org/WGIG-Report.html>, 2005.

25. NTIA, U.S. *Principles on the Internet’s Domain Name and Addressing System*, <https://www.ntia.doc.gov/other-publication/2005/us-principles-internets-domain-name-and-addressing-system>, 2005.

26. European Commission, *Towards A Global Partnership In The Information Society: The Contribution of the European Union to the Second Phase of the World Summit on the Information Society (WSIS)*, COM (2005) 234 final.

27. *Ibid.*

As we approach the World Summit on the Information Society (WSIS), we should underscore the vast potential of the Internet for global economic expansion, poverty alleviation, and for improving health, education and other public services, particularly in the developing world where Internet access remain unacceptably low. The Internet will reach its full potential as a medium and facilitator for global economic expansion and development in an environment free from burdensome intergovernmental oversight and control. [...] Burdensome, bureaucratic oversight is out of place in an Internet structure that has worked so well for many around the globe. We regret the recent positions on Internet governance (i.e., the “new cooperation model”) offered by the European Union, the Presidency of which is currently held by the United Kingdom, seems to propose just that - a new structure of intergovernmental control over the Internet.²⁸

Just a few days before the Tunis Summit, the US Congress unanimously expressed unconditional support to the US Principles, backed up by domestic public opinion, which mobilized against the danger of a “UN takeover”. The Tunis Agenda was a mediation between these positions. WGIG’s Internet governance definition as a multi-stakeholder process was kept, and a procedure started in order to establish an ad hoc forum for policy dialogue, the Internet Governance Forum (IGF), which became an annual event and a champion of the multi-stakeholder model in Internet Governance. On the other side, every hypothesis to internationalize a multi-stakeholder mechanism for ICANN’s political supervision was rejected²⁹. Once defeated the multi-stakeholder model as an institutional alternative to the US supervision on critical resources, the US government turned into the most active supporter of the multi-stakeholderism, but limiting it to non-binding policy arenas, like the IGF, or implementing a weak version of it where there was a real exercise of public power, like in the ICANN. Multi-stakeholderism entered ICANN’s language and its official documents, just like, some years before, the self-governance flag had been lifted by the corporation after the victory of the US government over the technical community that aimed at attaining self-governance.

28. The text of the letter is available at: http://www.theregister.co.uk/2005/12/02/rice_eu_letter.

29. The WGIG had proposed four alternative models for the management of domain names and IP addresses.

5. Conflict #3: the sunset of the multi-stakeholder model

Discontent about the efficacy of the IGF in implementing the Geneva Principles arose in 2010, when China and the Non-Aligned Movement threatened to oppose the renewal of the IGF mandate for other five years³⁰. Mueller³¹ has described this conflict as the struggle between hawks (asking for binding declarations and effective policy-making) and doves (mainly the US government, backed this time by the EU, who understood the IGF as a non-binding policy dialogue). The IGF mandate was renewed and the doves' approach prevailed for the years to come, but, at the end of 2012, the issue was revived at the World Conference on International Communications (WCIT), held by the ITU in Dubai in order to update the 1998 International Telecommunication Regulations. These new treaties affirmed that:

All governments should have an equal role and responsibility for international Internet governance and for ensuring the stability, security and continuity of the existing Internet and its future development and of the future internet, and that the need for development of public policy by governments in consultation with all stakeholders is also recognized³².

The ITU's role as a deliberative arena for Internet governance was relaunched. States were put in charge of “ensuring the strength and the security of international telecommunication networks”, of preventing spam, and minimizing its impact on services (Art. 5a), enabling in this way the regulation of data flows by governments. Article 7 even disciplined the right of Member States to “suspend international telecommunication services, partially or completely”. US reaction was soon to come: “the US voiced concerns that the revised ITRs aim to replace the multi-stakeholder model of Internet governance and pose threats to an open Internet. A broad coalition of non-state actors, including civil society organizations and large Internet companies, mobilized against WCIT-12”³³.

30. E. Brousseau, M. Marzouki (2015) “Internet governance: old issues, new framings, uncertain implications”, in E. Brousseau, M. Marzouki, C. Méadel (eds.) *Governance, Regulations and Powers on the Internet*. Cambridge University Press, Cambridge, p. 380.

31. *Supra*, note 8.

32. ITU, *Final Acts of the World Conference on International Telecommunications (WCIT-12)* <http://www.itu.int/en/wcit-12/documents/final-acts-wcit-12.pdf>, 2012, p.20.

33. J. M. Chenou and R. Radu, “Global Internet Policy: a Fifteen-Year Long Debate”, in J.-M. Chenou and R. Radu (eds.), *The Evolution of Global internet Governance. Principles and Policies in the Making*, Springer, Berlin, 2014, p.13.

On December 5th of 2012, while WCIT was in progress, the US Congress approved a resolution stating that:

Whereas proposals have been put forward for consideration at the 2012 World Conference on International Telecommunications that would fundamentally alter the governance and operation of the Internet [...] Secretary of State, in consultation with the Secretary of Commerce, should continue working to implement the position of the United States on Internet governance that clearly articulates the consistent and unequivocal policy of the United States to promote a global Internet free from government control and preserve and advance the successful multi-stakeholder model that governs the Internet today³⁴.

The WCIT declaration, in calling for more power for governments and ITU, also appealed to a “multi-stakeholder model of Internet”, but the outcome of the Conference made it clear that the US model of Internet governance had no consensus at the international level. The final declaration was signed by a majority of 89 states, against 55 unfavorable votes, and new ITRs went into effect on January 1st of 2015. After five months, in May, a similar struggle livened up the World Telecommunication/ICT Policy Forum (WTPF) organized by the ITU in Geneva.

6. Conflict #4: Unveiling the Surveillance Coalition

The fourth conflict was triggered on June 2013. Internet governance suddenly came at the centre of international tensions and public debate in every country of the world. *The Guardian*, soon followed by other newspapers worldwide, started publishing documents provided by a mole in the National Security Agency (NSA), an agency of the US government responsible for the collection, monitoring, and processing of information for foreign intelligence and counterintelligence purposes. Edward Snowden, who worked as a system administrator for a contractor of the NSA, demonstrated with its revelations that the agency had exceeded its statutory goals, creating programmes for collecting whatever data was available in the Internet, wherever it was: passing through

34. One Hundred and Twelfth Congress of the United States of America, *S.Con.Res.50 - A concurrent resolution expressing the sense of Congress regarding actions to preserve and advance the multistakeholder governance model under which the Internet has thrived*, Washington, <https://www.congress.gov/bill/112th-congress/senate-concurrent-resolution/50>, 2012.

oceanic fibre optic cables, or on the American backbone, housed in the large Web 2.0 database, in the Cloud, or on social networks, or stored on the computer of any individual user. Snowden leaks showed that, while governments were being invited to discuss within multi-stakeholder forums in order to “build an information society that were popular, inclusive, and oriented towards development”, the US government and its closest allies were using the Internet to set up the largest and the widest mass surveillance system ever created in human history. Snowden’s revelations shed light on a type of governmental activity completely different from those debated at the WSIS, the WCIT, and the IGF, and one built on very different power relations between stakeholders.

Alongside the escalation of existing geopolitical tensions caused by this information, the scandal opened a second front for the US government. If American civil society, as well as Europe and other Western countries, had compacted around the US administration to curb the action of authoritarian countries like Russia and China, the revelations about mass surveillance rekindled the reasons for the challenge to a private regime of governance dominated by a single country. The systematic violation of civil and political rights inside and outside the United States opened a rift between the US-led multi-stakeholder model and the human rights discourse, around which movements, associations and dynamic coalitions had taken a positive dialogue with the Internet technical community. On October 7, 2013, the leaders of the organizations involved in the technical management of the network (ICANN, IETF, IAB, WWWC, Internet Society, and the five regional registry of Africa, America, Asia-Pacific, Latin America and Europe) subscribed to the “Montevideo Statement on the Future of Internet Cooperation”. The statement denounced the damage done to the trust of Internet users by pervasive surveillance and monitoring activities, stated the need to evolve the multi-stakeholder model, and called for an acceleration of the ICANN’s “globalization towards an environment in which all stakeholders, including all governments participate as equals”³⁵.

The US government reacted to the scandal of NSA-leaks by applying the same pattern it had followed in previous crises. On March 14, 2014, the NTIA announced once again the intention of the US government to initiate a transition of supervisory functions of the “root zone”³⁶. The ICANN was entrusted with the task to “gather the stakeholders in the global Internet community to build an appropriate transition plan” in

35. AA.VV., *Montevideo Statement on the Future of Internet Cooperation*, <https://www.icann.org/news/announcement-2013-10-07-en>, 2013.

36. NTIA, *NTIA Announces Intent to Transition Key Internet Domain Name Functions*, <http://www.ntia.doc.gov/press-release/2014/ntia-announces-intent-transition-keyinternet-domain-name-functions>, 2014.

view of the expiration of the IANA³⁷ contract on September 30, 2015. Five weeks later, the ICANN supported the Brazilian government in the organization of a multi-stakeholder meeting, NetMundial, held in Brazil on 23th and 24th of April, during which the Brazilian President Dilma Rousseff, herself a victim of illegal wiretapping by the NSA, signed the “Marco Civil do Internet”, a Brazilian law to protect the rights of network users³⁸. NetMundial produced a non-binding declaration that was the result of a compromise between the primeval, radical intentions of the Brazilian government, the positions of the US government, and the leadership of ICANN. The final declaration proposed a mild condemnation of mass surveillance programs, it required compliance with international human rights and called on the international dialogue in forums such as the Council for Human Rights and the Internet Governance Forum. On November 6, ICANN, together with the World Economic Forum (WEF) and the Brazilian government agency that deals with the regulation of the Internet (Comite Gestor Internet no Brasil), launched the NetMundial Initiative (NMI).

NMI established a Coordination Council with twenty four members from five stakeholder groups: technical and academic communities, civil society, governments, private sector, and organizers (WEF, the Brazilian government and ICANN). There were not representatives of intergovernmental organizations. The UN and the ITU were cut off by the Council. Some civil society organizations and some groups of the technical community, such as Just Net Coalition and the Internet Society, disassociated themselves from the initiative, criticizing the NMI because:

Involvement of the World Economic Forum in the initiative signals an attempt by economic and political elites to secure a central role in Internet governance; that the Initiative has been organised in a top-down manner that privileges its three promoters above other stakeholders; and that devoting time and resources to the Initiative may detract from other processes such as the Internet Governance Forum.³⁹

37. The acronym IANA stands for Internet Assigned Numbers Authority, and it refers to the function of DNS root servers' management.

38. M. Mueller, *The Core Internet Institutions Abandon The Us Government*, IGP, <http://www.internetgovernance.org/2013/10/11/the-core-internet-institutions-abandonthe-us-government/>, 2013.

39. Cit. in V. Paque, *Civil Society Coordination Group and NETmundial Initiative Information*, Diplo Foundation, <http://www.diplomintnetgovernance.org/profiles/blogs/civilsociety-coordination-group-and-netmundial-initiative-inform>, 2014.

Moreover, the Multi-stakeholder Advisory Group (MAG) of the IGF was initially filled with “insiders of the ICANN regime”⁴⁰. Among the 24 members of the NMI Council, nine were members of the corporation⁴¹. Thus, just like it had happened with terms like “self-governance” and “multi-stakeholder”, the US government seized the NetMundial initiative, which was born to protect human rights and as a response to mass surveillance programs, changing its meanings and direction. At this point, the typical pattern of action of the conservative forces of Internet governance can be retraced: to announce some concessions, to hijack dissent “into harmless activities such as discussions in gigantic workshops that lack any real power”⁴² as the IGF and the WSIS, ensure nonetheless significant vantage points in their agenda setting and seizing the vocabulary and narratives of the opponents. The long-term vision, however, remains the same, defended and repeated by the announcement of the NTIA:

Transitioning NTIA out of its role marks the final phase of the privatization of the DNS as outlined by the U.S. Government in 1997. [...] NTIA will not accept a proposal that replaces the NTIA role with a government-led or an inter-governmental organization solution⁴³.

On March 11, 2016, the ICANN finalized its proposal to the NTIA which, consistently with the NTIA conditions, excluded governments and intergovernmental organizations from the governance of Internet critical resources.

7. Conflict #5: Towards the Sharing Surveillance

Meanwhile, terror attacks in Ottawa (October 24th, 2014), in Paris (January 7th and November 13th of 2015) and in Brussels (March 22nd, 2016) had the perverse effect of limiting criticism to mass surveillance programs and to push several Western governments towards adopting for –or legalizing– policies and practices of electronic control. Just to offer a few examples, in the aftermath of the Charlie Hebdo shooting, the French Interior Minister Bernard Cazeneuve flew to the Silicon Valley to gain advice about

40. Supra, note 8, p. 116.

41. The list of Council members is available at: <https://www.netmundial.org/council>.

42. J. A. Lewis, “Internet Governance: Inevitable Transitions”, in M. Raymond and G. Smith (eds.), *Organized Chaos. Reimagining the Internet*, Centre for International Governance Innovation, Waterloo, 2014, p. 124.

43. Supra, note 35.

surveillance by Google, Facebook, and Twitter, pointing out that “in the course of the investigation we do not want to go through the usual governmental channels, which can take a long time”. In February, the Italian government adopted “urgent measures to contrast terrorism” which extended police powers in data processing, and the Italian Interior Minister Angelino Alfano met in Rome “the Italian representatives of the main web and computer giants (Google, Facebook, Twitter, Microsoft, Hp, Ibm) in order to fight terrorism”. In the following months, many Western countries took measures that restricted the freedom of expression and the right to privacy, and widened the margins of manoeuvre of security agencies. Internet companies have come to be legitimized, de facto, also in Europe, in a new role as national security advisors and providers of surveillance services. However, a new conflict over Internet governance triggered soon, this time between some governments (particularly the Anglo-Saxon ones) and Internet companies. The controversy arose around encryption services offered by some Internet companies such as Facebook (for its application WhatsApp) and Apple (for its smartphones).

Encryption is a technical process of encoding information in order to avoid that unauthorized third parties can read intercepted messages between the legitimate sender and addressee. Encryption, in the Internet, has been used in military contexts and governmental environments for a long time as an essential tool to protect state secrets and communications. Its use has become more widespread, and more problematic, after Snowden’s revelations about mass surveillance programmes as the public awareness about systemic threats to privacy in the Internet had the effect to raise the demand for data protection even among civil Internet users. This emerging market orientation led to a substantial change in IT corporation policies about users’ data. Afraid of their loss of reputation and trust for their involvement into US mass surveillance programmes, and fearing the rise of new competitors offering alternative solutions focused on privacy, information leading companies started to offer encryption facilities through their own services. Already a few days after Charlie Hebdo shooting, the British Prime Minister Cameron expressed a strong stand against encryption and announced laws requiring of smartphones’ manufacturers and apps’ developers to include “back doors” into their own products enabling the access to data by public authorities. The director of MI5 Andrew Parker, the director of GCHQ Robert Hannigan, and FBI Director James Comey publicly supported him. Currently, the Investigatory Powers Bill (IP Bill), which limits encryption and extends powers for UK intelligence agencies and law enforcement for data interception and collection, is undergoing legislative scrutiny by the UK Par-

liament. In the U.S., a similar conflict arose between FBI and Apple. On February 9th of 2016, the FBI announced that it had recovered an Apple iPhone which was used by one of the shooters involved in the December 2015 San Bernardino terror attack, but it was unable to unlock the device due to the encryption of user data. The FBI asked Apple to create a new version of the phone's operating system that could be installed in the phone in order to disable encryption. Apple refused to comply, and the FBI achieved a court order, which mandated Apple to provide the requested software. Apple opposed the order, and explained its reasons in a letter to its customers, stating that the order was to create a dangerous legal precedent undermining the security of electronic devices. On March 28th, the FBI announced it had unlocked the iPhone by purchasing a tool by some professional hackers paying more than US \$1.3 million. However, on April 13th, the US Senate Intelligence Committee released draft legislation that would authorize state and federal judges to order any Internet company and hardware manufacturer to provide assistance in unlocking encrypted data and to ensure they comply with such kind of orders.

This conflict, more than the others, seems to set one against the other Reason of State (particularly national security needs) and the Reason of Market (the need of Internet companies to compete in a market where privacy and data protection have become added values). However, at a closer look, governments' requests of back doors are not so disruptive for the private sector. In fact, if this kind of demands are not extemporaneous, like in the case of FBI–Apple encryption dispute, but are codified into general laws, like in the UK IP Bill and the US Senate Encryption Bill cases, there would be no competitor able to provide privacy-enabling technologies and services. Thus, these kind of *erga omnes* obligations would not damage dominant shareholders, keeping their competitive advantage untouched. The one opposing governments and Internet corporations seems like a conflict between different narratives –the governments' one about national security, and the companies' referring to the free flow of information and to freedom of communication– rather than to a conflict of sovereignty. These narratives have been often colliding, as we have seen before. But a substratum of tacit, substantial cooperation has always prevailed. It is even more probable today, when the business of Internet companies such as Google, Facebook, Apple, Amazon is itself fundamentally based on the surveillance of their customers and of Internet users⁴⁴.

44. Profiling and tracking users, collecting data about their behavior, both online (with clickstream analysis, network analysis, sentiment analysis, and other techniques) and offline (with geolocation, biometrics, sensors and robots) are practices that are commonly used in order to provide services and sell products.

8. Conclusions

Analysing the different conflicts that have emerged since the advent of the Internet as a global phenomenon through the lenses of the shifting boundaries between *Reason of State* and the *Reason of Market* has allowed us to shed light on some inter-institutional dynamics and political issues often neglected by researchers. While recognizing that such conflicts on –and around– Internet governance are the new spaces where political and economic power is unfolding in the twenty-first century, they assert that the diffuse nature of the Internet puts pressure on the traditional nation-state, increasingly attributing the control over these public interest areas to a transnational private ordering regime and new global institutions. According to this scholarship, governments continue to oversee many Internet governance functions, developing national or regional statutes related to information policy; but the overriding of the nation-state’s borders in this policy domain is a crucial indicator of the weakening of state authority in his capacity to exert its power⁴⁵. As we have said above, this is *partially* true. There is no doubt that the Westphalian order is dead, and that the dilution of the state’s formal power is a long-standing trend.

Our hypothesis is that the *unequal* distribution of power within the interstate system, and the predominant (hegemonic) role of the United States in building the cyberspace are at the origins of the *main* changes in the nature, intensity, and institutional outcomes of the conflicts in the global Internet governance arena. Whether the political power of the U.S. government regulates the cyberspace to the detriment of the communities –technicians and academics– which claimed an open and uncontrolled Internet, or whether the conflicts between the U.S. government and the giant corporations of the ICTs on crucial policy domains –privacy vs security– are exacerbated; or whether it retreats from some jurisdictional domains –IANA transition– or it seems to agree with the Internet governance model it has always opposed –multi-stakeholderism– the *rationale* is basically the same: to preserve (reassert), in a changing geopolitical environment, its dominance according to the *Reason of State* as well as the *Reason of Market*⁴⁶.

45. According to Laura DeNardis, “whereas national laws and [...] international treaties have jurisdictional boundaries that complicate cross-border enforcement, the Internet’s intermediating infrastructures transcend these borders and are targets of intervention for content control that is not possible through traditional governance mechanisms”. L. DeNardis, *The Global War for Internet Governance*, Yale University Press, New Haven and London, 2014, p. 11.

46. The rekindled interest towards the category of sovereignty needs to be placed in a historical-political scenario radically different from the past, as has been recently pointed out, among others, by Charles Maier who, in retracing the history of the state in the last one hundred and fifty years, speaks of a Leviathan 2.0 to distinguish it, in fact, from the Leviathan 1.0, designed to solve conflicts through its absolute sovereignty. A state that has been able, therefore, to reinvent itself in

The rise of a *Corporate Coalition* was a turning point. Leading authors spoke at that time of the *death of cyberspace*⁴⁷, but it was only a predictable outcome in light of the features of the geopolitical context of the 1980s and 1990s, when the U.S. government and the ICTs corporations were re-writing the rules of the Internet: a network of networks inspired to the universalistic values of Western societies. A normative and political perspective which has persisted over two decades. This perspective is still challenged by two fronts. A sovereigntist front, whose strategic agenda is driven by a coalition of states –including Russia, China and the Arab states– which has a clear, more state-centric vision of the Internet. Against them the metaphor launched in the public debate by the Western countries is that of “balkanization”, i.e. an Internet digitally divided according to national or macroregional segments. Another front is that of the constitutionalists, who would limit the power of both state and corporations by elaborating a set of binding principles framed within the international human rights law and, more recently, in national constitutions. This democratic challenge to Internet governance is supported by a heterogeneous set of actors, ranging from global civil society organizations to national parties and parliaments. The aim of this type of initiative is to produce concrete legislative outputs and further a substantial policy change.

In any case, the issue of the enforcement of those laws that protect and promote rights remains outstanding. Violations of these, in the cyberspace, can be extremely difficult to detect and prosecute. In the case of mass surveillance and censorship, the citizen is confronted by state apparatuses and giant corporations and, even when he can prove that he has suffered a violation, he is not always able to gain effective legal recognition. For these reasons, an effective democratic strategy for the Internet, beside the production of normative standards at national and international levels, needs a concrete political initiative on technical standards. As DRM technologies protect digital property rights, digital rights of the person are in need of consistent architectures and codes inserted directly into the design of media, platforms, and infrastructures. This orientation can be found in the field of protection of privacy, in some well-known design practices such as “Privacy by default” and “Privacy by Design” (PBD), and in the architectures of the so-called “Privacy Enabling Technologies” (PETs).⁴⁸

many ways, coming to achieve, in this period of history, a precarious balance with economic forces that seem even more powerful than itself.

47. L. Lessig, *Code and other laws of Cyberspace*, Basic Books, New York, 1999.

48. D. Klitou, *Privacy-Invasive Technologies and Privacy by Design: Safeguarding Privacy, Liberty and Security in the 21st Century*, Springer, Berlin, 2014.

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

Contacto: pabloguadarramag@gmail.com

POSIBILIDADES Y OBSTÁCULOS DE LA DEMOCRACIA Y LOS DERECHOS HUMANOS EN LA FILOSOFÍA POLÍTICA DE AMÉRICA LATINA

Pablo Guadarrama González

Universidad Católica de Colombia

POSSIBILITIES AND OBSTACLES OF DEMOCRACY AND HUMAN RIGHTS WITHIN POLITICAL PHILOSOPHY FROM LATIN AMERICA

DOI: 1017450/160110

Fecha de recepción 10 de septiembre de 2015; fecha de aceptación 11 de noviembre de 2015. El presente artículo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación desarrollado en la Universidad Central de Las Villas, Santa Clara, Cuba.

Resumen

Como parte de la filosofía política a escala universal en América Latina, han germinado ideas y propuestas enriquecedoras que contribuyen a esclarecer la problemática de las posibilidades y obstáculos para el desarrollo de la democracia y los derechos humanos. No obstante el reconocimiento de la existencia de innumerables obstáculos para la realización más elaborada y de mayores conquistas democráticas y de los derechos humanos, prevalece una concepción progresiva del desarrollo social, auspiciada por el fortalecimiento de la lucha por tales derechos.

Palabras clave

Filosofía política, humanismo, democracia y derechos humanos

Abstract

As part of political philosophy at the universal level in Latin America have germinated ideas and enriching proposals that contribute to clarify the possibilities and obstacles for the development of democracy and human rights problems. Despite the recognition of the existence of countless more elaborate obstacles and greater democratic achievements and human rights prevails a progressive concept of social development, sponsored by the strengthening of the fight for such rights.

Keywords

Political philosophy, humanism, democracy and human rights

Si bien la democracia y los derechos humanos deben ser considerados, ante todo, como productos culturales, en todas sus dimensiones sociopolíticas y jurídicas institucionalizadas, y en especial valorados como conquistas del proceso civilizatorio universal –que en modo alguno debe reducirse a la cultura occidental, independientemente del mayor protagonismo que ella haya podido haber desempeñado en dicho proceso¹–, lo cierto es que en la conformación de constituciones, legislaciones, códigos, etcétera, ha

1. Véase: P. Guadarrama, “Democracia y derechos humanos: ¿‘Conquistas’ exclusivas de la cultura occidental?”, en *Nova et Vetera*, Escuela Superior de Administración Pública, Bogotá, II Semestre 2009, pp. 79-96; http://es.scribd.com/doc/73843874/Revista-Espacio-Critico-n%C2%BA-13-julio-diciembre-2010#outer_page_3.

tenido un papel protagónico la filosofía política que en cada época y contexto se haya elaborado. En tal sentido, el ámbito latinoamericano ha constituido también un caldo de cultivo favorable en el que han germinado ideas y propuestas desde y para la filosofía política universal enriquecedoras de tales conquistas, que ayudan a esclarecer la problemática de las posibilidades y obstáculos para el desarrollo de la democracia y los derechos humanos.

Algunos de los principales rasgos que han caracterizado la perspectiva humanista de la filosofía política latinoamericana, en particular en relación con la democracia y los derechos humanos², en su articulación con el pensamiento universal se han destacado por sus elementos aportantes en la comprensión de las diferentes demandas de humanismo práctico³ sobre el tema en cuestión. No cabe duda de que tanto en la historia económica, política, social, jurídica y cultural de la humanidad como especialmente en su pensamiento filosófico y político, en particular en el ámbito latinoamericano y caribeño, se ha evidenciado un significativo progreso de la tradición humanista práctica –que debe diferenciarse debidamente del filantrópico humanismo abstracto o del simple cultivo de las humanidades– en relación con el desarrollo de la democracia y los derechos humanos.

Nadie debe ignorar o subestimar los significativos aportes de los pueblos y pensadores europeos, solo a partir del despliegue de la modernidad, al desarrollo de las concepciones y prácticas democráticas y de los derechos humanos. Pero, ¿qué razones hay para ignorar o subestimar las contribuciones en tales temas de los pueblos y pensadores latinoamericanos en las distintas etapas de su evolución histórica? ¿Acaso la cultura occidental se conformó desde la Antigüedad unilateralmente solo exportando a otros pueblos ideas e instituciones, sin apropiarse de valiosos elementos en todos los planos de otras culturas ancestrales anteriores o al margen de ella⁴?

Es reconocido que la cultura grecolatina supo muy sabiamente nutrirse de ancestrales expresiones culturales, no solo de las más cercanas, como las Medio Oriente o el norte de África, sino también del Lejano Oriente, como se puso de manifiesto en toda

2. Véase P. Guadarrama, “El humanismo como pilar de los derechos humanos y la democracia”, en *Filosofía y teoría política, Memorias del IV Congreso Internacional de Filosofía del Derecho, Ética y Filosofía Política*, Universidad Libre, Bogotá, 2014, pp. 227-270.

3. Por *humanismo práctico* –término utilizado por Marx en sus trabajos tempranos como *La sagrada familia* y los *Manuscritos económicos y filosóficos* de 1844, así como los de *humanismo concreto*, *humanismo positivo* y *humanismo culto*, que diferenciaba del *humanismo real* de Feuerbach– puede entenderse una postura de compromiso activo, militante y arriesgado con la defensa de la dignidad de determinados grupos humanos, que se diferencia del humanismo abstracto, el cual se limita a simples declaraciones filantrópicas.

4. Véase P. Guadarrama, “Democracia y los derechos humanos en los pueblos originarios de América”, en *Cuadernos Americanos*, UNAM, 2014, 149, pp. 135-147.

la información que Alejandro Magno le trajo a Aristóteles desde la India y Persia. Nadie medianamente informado ignora que la formación de Tales de Mileto se desarrolló en Egipto. En verdad, lo que se ha producido desde los albores de la civilización es un proceso de transculturación universal mediante el cual unos pueblos, para bien o para mal, han aprendido unos de otros, y así han ido construyendo valores comúnmente compartidos para mejorar su calidad de vida, como es el caso de la cultura democrática y de los derechos humanos.

¿Qué posibles consecuencias puede traer para la formación de las actuales y futuras generaciones intelectuales latinoamericanas el hecho de que prevalezca el criterio de que solo autores europeos o norteamericanos han sido los exclusivos cultivadores de ideas originales y valiosas sobre los derechos humanos y las diversas formas de democracia? Un desprejuiciado análisis de esta pregunta, que supere cualquier tipo de eurocentrismo u otro etnocentrismo, puede resultar muy pertinente si permite de algún modo, sin subestimar las contribuciones de pueblos y pensadores de distintas latitudes, revelar, destacar y valorar las de los pueblos y pensadores latinoamericanos de diversas épocas como la Ilustración⁵. Un estudio de esta naturaleza puede estimular la confianza epistemológica e ideológica en las actuales y futuras generaciones intelectuales para generar nuevos conceptos, teorías, reflexiones políticas, jurídicas, filosóficas, etcétera, sobre cómo orientar mejor la vida democrática de los pueblos de esta región y a la vez proponerlas para otras latitudes del cada vez más globalizado mundo contemporáneo.

Cada vez en mayor proporción los intelectuales latinoamericanos, desde diversas perspectivas, le han dedicado atención al tema de la democracia y los derechos humanos, y siempre de un modo u otro han debido transitar por el terreno de la filosofía política. Como asegura Norbert Lechner:

La democracia se había convertido en el tema central de las ciencias sociales suramericanas. La radical alteración de la vida cotidiana que se da como consecuencia del golpe de Estado y la pérdida de seguridad y consecuente incertidumbre lleva a los intelectuales a una revalorización de la democracia formal a partir de su propia experiencia particular.⁶

5. Véase P. Guadarrama, "Derechos humanos y democracia en el pensamiento ilustrado latinoamericano", en *Latinoamérica, Revista de Estudios Latinoamericanos*, Centro de Investigaciones sobre América Latina y el Caribe (CIALC), Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 1, 2015, pp. 235-275.

6. N. Lechner, "De la revolución a la democracia. El debate intelectual en América del Sur", en *Opciones*, 6, mayo-agosto 1985, p. 57.

La preocupación humanista ha estado muy presente en los cultivadores de la filosofía política latinoamericana⁷. Al respecto Alejandro Serrano Caldera, considera que:

Es innegable la necesidad de proteger al ser humano en su individualidad contra los abusos del Estado y del poder, y de mejorar los mecanismos jurídicos, nacionales e internacionales. El ser humano, como tal, tiene derecho a la vida, a la integridad, a la dignidad y a la libertad, cualquiera que sea su condición socio-económica, política o ideológica y cualquiera el país en que se encuentre. Este es un principio universal y genérico. En ese espíritu estoy consciente de la necesidad insoslayable de proteger al ser humano en su debilidad frente al poder y sus abusos, y frente a la perversión demagógica que pretende justificar la agresión contra el individuo, en nombre de la razón de Estado, defensa de colectividad, de la Humanidad con mayúscula y del futuro, como si fuera posible construir la esperanza, la libertad y la justicia sobre los despojos de la persona humana.⁸

La preocupación principal del pensamiento humanista latinoamericano se ha centrado en el respeto a la dignidad humana y el reconocimiento de los valores y derechos de hombres y mujeres, minorías étnicas y sectores marginales.

El hecho de que diccionarios y otras publicaciones recojan innumerables definiciones de los conceptos de derechos humanos, Estado, democracia, entre otros, constituye una expresión de que hombres de distintas latitudes y épocas, entre ellos los latinoamericanos, han reflexionado sobre ellos, tomando en consideración como presupuesto la diversidad de criterios –incluso abiertamente contradictorios– existentes al respecto. Pero, este hecho no debe en modo alguno limitar la formulación de nuevas definiciones y problemas sobre sus particularidades y nexos.

Resulta preocupante la idea de Humberto Maturana, quien no recomienda argumentar la necesidad de la democracia y, por tanto, no defenderla: “Depende de lo que queramos, pero si uno se descorazona, no hace nada. Una democracia es una obra de arte que se crea cotidianamente. No se puede defender, solamente se puede vivir; en el momento en que usted la defiende genera una tiranía”.⁹ Ser consecuente con esta postura significaría no solo abandonar la producción teórica sobre la democracia, sino algo peor: dejarse arrastrar por la existencial vivencia cotidiana del arte de la democracia, sin

7. Véase P. Guadarrama, “Derechos humanos desde la filosofía política latinoamericana”, en *Derecho y realidad*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, 22, II Semestre 2013, Tunja, pp. 133-154.

8. A. Serrano Caldera, *Los dilemas de la democracia*, UAM, México, 1995, p. 69.

9. H. Maturana, *La democracia es una obra de arte*. Mesa Redonda Magisterio, Bogotá, 1995, p. 82.

saber a qué lugar esta actitud puede conducir, con muchas posibilidades de que lleve a regímenes de profundidad dictatorial.

Por supuesto que todo dependerá, en buena medida, de lo que se entienda por derechos humanos y democracia, como lo demanda el marco conceptual de una investigación de mayor perspectiva sobre la perspectiva humanista de la filosofía política latinoamericana sobre la democracia y los derechos humanos¹⁰. Pero aun así, habrá que tomar conciencia de que cualquier clasificación conceptual de especificidades filosóficas y subordinación jerárquica entre ellas –por justificada que sea desde la perspectiva docente o investigativa al delimitar sus objetos respectivos de estudio–, de algún modo atentará siempre contra el carácter integrador y de concepción teórica generalizadora y racional del mundo que el hombre le ha reservado a la actividad filosófica desde su gestación y al análisis científico, en especial a partir de la modernidad.

En la aproximación a los conflictivos y polisémicos significados de los conceptos de derechos humanos y democracia, desempeñan un papel significativo los puntos de referencia, perspectivas epistemológicas y objetivos del investigador en cuestión, pero también su postura ideológica. Sabido es el arraigo que ha tenido en América Latina, en particular desde las últimas décadas del siglo XX –con el debilitamiento gradual de los anteriormente predominantes regímenes totalitarios–, el estudio de tales problemáticas sobre los derechos humanos y la democracia.

Resulta bien conocido que las dictaduras militares latinoamericanas trasladaron las conflictivas situaciones de crisis económicas a los gobiernos democráticos que les sucedieron, pues “Las transiciones de los últimos años se dan en condiciones de crisis económica, los regímenes militares no fueron capaces de solucionar ni la crisis de la deuda, ni la crisis de la acumulación”.¹¹

El carácter polisémico de los conceptos de derechos humanos y de democracia obliga, siempre que se analicen con detenimiento, a establecer algunos parámetros semánticos que contribuyan al manejo posterior de sus derivaciones y empleos. Estos temas encierran profundas controversias ideológicas, las cuales no es posible desatender a la hora de enjuiciar el asunto, bien para asumirlas o bien para criticarlas. En verdad, “Nunca como en el presente parecen haber gozado los derechos humanos de un grado de reconocimiento jurídico comparable a la escala planetaria. Y semejante reconocimiento convierte esos derechos –por encima o por debajo de sus nada infrecuentes violaciones,

10. Véase P. Guadarrama, “La perspectiva humanista de la filosofía política latinoamericana sobre la democracia y los derechos humanos”, Informe de proyecto de investigación de la Universidad Católica de Colombia presentado al IV Seminario Internacional de Intercambio Académico, Mendoza, Argentina, 3 y 4 de septiembre de 2015.

11. P. H. Smith, “Crisis y democracia en América Latina”, en *Desarrollo Económico: Revista de Ciencias Sociales*, 31, 123, octubre-diciembre 1992, p. 375.

allí donde alcanzan a regir, y de su generalizada falta de aplicación, allí donde solo rigen nominalmente— algo así como en un hecho incontrovertible”.¹²

Se requiere analizar, en principio, algunos de los fundamentos conceptuales del Estado para poder enjuiciar como se debe la interacción entre derechos humanos y democracia. Resulta imprescindible poseer una visión general de los fundamentales ejes teóricos y un adecuado manejo de los principales elementos caracterizadores en los cuales se centra la interrelación entre estos dos conceptos para poder proceder a un análisis más efectivo de casos concretos.

Solamente un conocimiento preciso sobre el origen, desarrollo, naturaleza y principales expresiones de los conceptos de derechos humanos y democracia, permite facilitar las debidas inferencias lógicas de su mejor interconexión. Pero, en principio, es preciso valorar en alto grado la significación que tiene el derecho en general para la conformación del humanismo práctico, en tanto que:

El derecho tiene, pues, un enorme peso en la configuración de la vida humana social. Cuanto más avanzadas son las sociedades, menos espacio hay para la acción espontánea y natural de los individuos y hay más para la acción pautada y orientada por las normas jurídicas. Un ordenamiento jurídico será más justo en la medida que establezca pautas de conducta (comportamiento) que favorezcan la realización de aquellos valores adecuados al momento histórico y cultural de una sociedad concreta y a los intereses objetivos de las mayorías.¹³

Una reflexión profunda sobre algunas de las principales posturas filosóficas desarrolladas en la historia de la humanidad, en especial en la modernidad, sobre temas de contenido antropológico, ético, político y jurídico hace posible analizar debidamente no solo el derecho en general, sino en particular la conformación y defensa de los derechos humanos en su interacción con la democracia y, sobre todo, sus posibilidades y obstáculos.

Constituye una necesidad insoslayable que los funcionarios públicos de diversas instancias y niveles conozcan con profundidad los fundamentos teóricos y conceptuales sobre la especificidad de los términos comúnmente conocidos como valores éticos, condición humana, derechos humanos y democracia¹⁴. Pero más allá del conocimiento teórico de estos, se debe lograr que desarrollen competencias y habilidades para operar

12. J. Muguerza, *Fundamentación de los derechos humanos*, Editorial Debate, Madrid, 2006, p. 153.

13. H. Samour, *Filosofía del derecho*, UCA Editores, San Salvador, 2001, p. 33.

14. Véase P. Guadarrama, “Condición humana, valores éticos, derechos humanos y democracia: la filosofía política latinoamericana”, *Cultura latinoamericana. Revista de estudios interculturales*, Universidad Católica de Colombia-Fondazione I.S.L.A per gli Studi Latinoamericani, Salerno-Bogotá, julio-diciembre de 2013, 18, pp. 65-94.

de manera debida con las correspondientes funciones de cada uno de ellos en beneficio de sus respectivos pueblos.

Con frecuencia algunos desprecian el valor del enriquecimiento teórico sobre estos temas y los soslayan injustamente al considerarlos poco prácticos, sin tomar en consideración la idea de Albert Einstein, según la cual no hay nada más práctico que una buena teoría. Solamente una comprensión precisa de las funciones de la filosofía para facilitar el análisis de los derechos humanos y la democracia permite detenerse en la valoración del significado del componente científico, ideológico y jurídico en el estudio de la interacción entre ellos.

Del mismo modo, resulta indispensable la adecuada utilización del concepto de humanismo, de las implicaciones teóricas y prácticas del manejo adecuado de las exigencias que este plantea. Se debe tener siempre presente la máxima kantiana referente a tomar al hombre siempre como fin y nunca como medio, en cuanto a la esencia del vínculo entre derechos humanos y democracia. Un obstáculo para la mayor difusión de los estudios sobre los derechos humanos y la democracia en los últimos tiempos ha sido el auge del pragmatismo neoliberal, que ha inducido a abandonar el estudio de las ciencias sociales y las humanidades, como inservibles o poco productivas en cuanto a rentabilidad inmediata. Se trata de soslayar el importante papel que pueden desempeñar las humanidades en la vida democrática, como ha demostrado Marta Nussbaum:

Las democracias cuentan con un gran poder de imaginación y raciocinio, pero también son propensas a las falacias, al chovinismo, a la prisa, a la dejadez, al egocentrismo y a la estrechez de espíritu. La educación orientada principalmente a la obtención de renta en el mercado global magnifica estas fallas y produce semejante grado de codicia obtusa y de docilidad capacitada que pone en riesgo la vida misma de la democracia, además de impedir la creación de una cultura mundial digna.¹⁵

Ella demuestra que el estudio de las humanidades no solo resulta útil a la democracia, sino también a la creatividad tecnológica y empresarial. Con el fin de superar algunos de los obstáculos que se le presentan a la democracia, muchos intelectuales latinoamericanos propugnan el mayor cultivo de la enseñanza de las humanidades, ya que:

15. M. Nussbaum, *Sin fines de lucro. Por qué la democracia necesita de las humanidades*, Katz, Buenos Aires, 2010, p. 188.

La época contemporánea exige de nuevo, como antaño, la incidencia transformadora del humanismo. La alienación existente en los dominios económico, político, social y cultural, la cosificación de las relaciones sociales, la deshumanización característica de la realidad cotidiana requieren del humanismo una presencia más efectiva. Solo desde su perspectiva puede organizarse el cúmulo de conocimientos adquiridos por las humanidades y alcanzar la trascendencia necesaria para que ello se revierta en la cotidianidad moral del individuo e incida en la transformación política de la sociedad, con lo humano como objeto de su intencionalidad teórica y la superación del hombre y su entorno como único fin de actividad.¹⁶

De igual modo, Guillermo Hoyos reivindicaba la función práctica de la filosofía al sostener:

Por esto quiero formular desde un principio mi tesis: la filosofía no solo sirve de fundamento al movimiento revolucionario que establece jurídica y políticamente los derechos humanos, de suerte que se diga que allí se tradujo la filosofía de los libros a la realidad; en este momento sería verdadero lo que enuncia Hegel: que la revolución obtiene de la filosofía su primer impulso. Pero precisamente en cuanto la filosofía, por su naturaleza de reflexión sobre la historicidad del hombre, no se puede agotar en ninguna de sus articulaciones históricas, es ella misma arma de lucha y de crítica frente a cualquier positivización de la idea del hombre.¹⁷

De manera que la filosofía en general, y en particular la filosofía política, debe proporcionar peligrosas herramientas de desarticulación de los regímenes totalitarios. De ahí que Herman Göring dijera que cuando escuchaba la palabra cultura, sacaba la pistola. La filosofía política, al igual que otras disciplinas jurídicas, sociológicas, antropológicas, etcétera, ha desempeñado un protagónico papel en la crítica a las dictaduras y a la violación de los derechos humanos. Por ello, muchos de sus cultivadores, en el mejor de los casos, han sido censurados, cuando no desaparecidos.

Resulta paradójico que la democracia y, especialmente, los derechos humanos hayan alcanzado en el capitalismo un punto crucial para su desarrollo –pues no cabe duda de que aunque ambas entidades existían desde la Antigüedad, es a partir de la modernidad

16. O. Mejía Quintana, *El humanismo crítico latinoamericano*, M&T, Bogotá, 1993, p. 79.

17. G. Hoyos, “Los derechos humanos como problemas filosóficos,” en *I Congreso Internacional de Filosofía Latinoamericana, Ponencias*, Universidad Santo Tomás, Bogotá, Junio 15-21 de 1980, p. 308.

cuando adquieren una conformación extraordinaria—, y sin embargo, precisamente es en esta sociedad donde se muestran no solo sus posibilidades de perfeccionamiento, sino sobre todo los obstáculos para su plena realización. Tales limitaciones motivarían las tempranas críticas de socialistas utópicos, anarquistas y comunistas, en especial los diversos intentos por lograr un tipo de sociedad más justa y humana, como los que se produjeron en América, la mayoría de ellos articulados a la intención de completar las conquistas de las luchas independentistas.

La Comuna de París, así como los procesos revolucionarios y ensayos socialistas que se han producido a partir de la Revolución de Octubre en Rusia, se han inspirado en lograr superiores formas de sociedades democráticas, pero otra pregunta es si siempre lo han logrado. Incluso, hasta ideólogos del liberalismo han criticado las profundas injusticias que afloraban en la sociedad moderna y que debían ser enmendadas. El hecho de que algunos identificados con el liberalismo —como se puede apreciar en José Martí, Enrique José Varona, José Ingenieros, Pedro Henríquez Ureña, Carlos Vaz Ferreira, José Enrique Rodó, etcétera— hayan coincidido finalmente con muchas de las críticas de los socialistas a las injusticias sociales y la carencia de derechos plenos de las clases populares demuestra cierto nexo de continuidad entre ambas ideologías, en su coincidencia de distanciamientos en relación con el conservadurismo y los más aristocráticos sectores oligárquicos.

Existen elementos suficientes que evidencian que es la propia naturaleza de las enajenantes relaciones de producción capitalistas las que portan en su seno intrínsecamente tales contradicciones con la justicia social, la democracia y los derechos humanos. Este hecho debe conducir a la conclusión de que mientras exista tal tipo de enajenante sociedad, las violaciones de los derechos humanos y las insuficiencias de la democracia se mantendrán.¹⁸ Tal vez se podría llegar a la antinómica conclusión según la cual, si bien la sociedad burguesa propició el auge de las ideas y prácticas democráticas modernas, y de las conquistas de los derechos humanos, las enajenantes relaciones de producción, distribución y consumo de la riqueza social, así como las instituciones del aparato estatal benefactor, fundamentalmente de los intereses de la clase dominante, constituyen un serio obstáculo a la larga para su plena realización. Esa ha sido la pretensión del socialismo en sus diversas modalidades, y algunos de sus ensayos han logrado al respecto mayores o menores éxitos, así como rotundos fracasos que en modo alguno validan la hipótesis de que no se puedan alcanzar sociedades más democráticas que las de actual existencia o que nunca se alcancen conquistas superiores de realización de los derechos humanos.

18. Véase M. Burgos Matamoros, “Apuntes críticos a la razón liberal dominante de los derechos humanos” en Y. León (comp.), *La paloma: utopía y liberación*, Goethe Institut-Filosofía.cu-Editorial Caminos, México, 2014, pp. 131-154.

Solo una perspectiva misantrópica o nihilista de la historia puede desconocer los avances democráticos y en cuanto a los derechos humanos logrados en los últimos milenios de la civilización, en especial desde mediados del último hasta nuestros días. El humanismo latente en lo mejor del pensamiento filosófico latinoamericano se ha caracterizado por todo lo contrario, es decir, por una profunda confianza en la perfectibilidad de la condición humana, frente a las concepciones que enaltecen una presunta naturaleza o una metafísica esencia humana. Uno de los factores principales que obstaculiza la realización de la vida democrática y la práctica efectiva de los derechos humanos es reducirlos a una mirada de exclusividad política, en lugar de valorar la extraordinaria dimensión social de su análisis y las pretensiones para conquistarlos. Este hecho es lo que algunos autores, con razón, han denominado *democracia mínima*,¹⁹ con la cual los sectores populares deben conformarse hasta que aparezcan en el horizonte posibilidades mejores, en tanto los oligárquicos disfrutaban a sus anchas.

Ya desde el proceso independentista latinoamericano se puso de manifiesto el serio obstáculo que se les presentaba a la democracia y los derechos humanos si estos eran considerados solo como necesarias conquistas políticas. Al respecto, Arturo Andrés Roig expresaba:

Las manifestaciones de una democracia no controlada por los “hombres de luces” fue constantemente motivo de alarma y condicionó la recepción del mensaje bolivariano. Esas formas le dieron y anticiparon algo que nos parece ser lo más importante de nuestro proceso: la ampliación de aquellos derechos que en manos de la plebe corrían siempre el riesgo de adoptar formas “exageradas”.²⁰

Algo similar había sucedido durante la Revolución francesa, cuando la burguesía iba codo a codo con los sectores populares del llamado Tercer Estado, pero una vez alcanzada de victoria sobre la monarquía y el viejo régimen feudal, entonces produce un distanciamiento y luego un enfrentamiento por los “excesos” del pueblo en cuanto a demandar conquistas sociales.

Bolívar, Artigas, Hidalgo, Morelos, Martí y los demás próceres de la independencia de los pueblos latinoamericanos no limitaban su lucha a la esfera política, sino que aspiraban a trascender en cuanto a conquistas de mayores logros en relación con la justicia

19. Véase O. Astorga, “Gramsci y el problema de la democracia”, en F. Álvarez, H. Calello, C. Kohn, O. Astorga, E. Quintana, S. Neuhaus et al., *Gramsci en América Latina. Del silencio al olvido*, Fondo Editorial Tropykos, Caracas, 1991, p. 51.

20. A. A. Roig, *Ética del poder y la moralidad de la protesta. La moral latinoamericana de la emergencia*, Corporación Editora Nacional, Quito, 2002, p. 104.

social.²¹ Del mismo modo, todas las batallas posteriores que estos han emprendido hasta la actualidad están orgánicamente articuladas a tales aspiraciones. De ahí que cualquier análisis que pretenda alcanzar una adecuada comprensión de dicha problemática tenga el riesgo de errar en un enfoque reduccionista epistemológico si limita el análisis solo al ámbito político. Al respecto, Atilio Borón, con acierto, plantea:

En síntesis: los problemas objetivos y concretos que acosan la marcha de la democracia en América Latina trascienden holgadamente aquellos referidos a la exclusiva mecánica del régimen político. Permanecer encerrados en una concepción “politicista” de la democracia obnubila nuestra visión y nos instala en un universo ficcional que no guarda correspondencia con los procesos reales y concretos que conmueven a nuestras sociedades.²²

Por supuesto que esto no debe significar el menosprecio del importante papel de las luchas políticas, pues estas constituyen el elemento catalizador principal para que los sectores populares logren mejores condiciones de vida. Pero de ahí a limitar las luchas sociales a conquistas políticas va un largo trecho. Ciertamente, “Quien no tiene derechos políticos en realidad no tiene cómo reclamar y defender y menos gozar de derechos civiles. La libertad y seguridad individual son algo que solo la libertad y participación políticas pueden hacer parcialmente posibles. El movimiento obrero se movilizó para conquistar estos derechos en el ámbito de los Estados-nación en construcción. Lo que hay de democracia en estos Estados representativos generalmente es la impronta de la historia de la plebe trabajadora”.²³ Por lo tanto, la lucha política es esencial no solo como posibilidad para favorecer a los trabajadores exclusivamente, sino para muchos otros sectores sociales que se benefician con sus conquistas, y cualquier obstáculo que se le interponga repercutirá de manera negativa en las condiciones de vida de todos ellos.

Es cierto que tanto los logros como los fracasos de la vida democrática estimulan la seguridad en amplios sectores sociales, en particular en países latinoamericanos sometidos a largas dictaduras, pero también, las limitaciones de su alcance favorecen el escepticismo en otra parte de la población. Al respecto, Fernando Martínez Heredia plantea:

21. Véase P. Guadarrama, “Pensamiento independentista latinoamericano, derechos humanos y justicia social”, en *Criterio Jurídico Garantista*, Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Colombia, año 2, 2, enero-junio de 2010, pp. 178-205. http://www.fuac.edu.co/recursos_web/documentos/derecho/revista_criterio/revista_criterio_no2.pdf

22. A. Borón, “La sociedad civil después del diluvio neoliberal”, en E. Sader, P. Gentili (compiladores), *La trama del neoliberalismo. Mercados, crisis y exclusión social*, Editorial Ciencias Sociales, La Habana, 2003, p. 46.

23. L. Tapia, “La conquista de la democracia”, en A. García, R. Gutiérrez, R. Prada, L. Tapia, *El fantasma insomne. Pensamiento del presente desde el Manifiesto Comunista*, Muela del Diablo Editores, La Paz, 1999, p. 188.

Anotaré solamente que el valor “democracia”, en su realidad y en su mito, es muy compartido por millones de personas activas que estiman que al menos garantiza un sistema con derechos cívicos codificados. Otros millones le conceden intangibilidad al régimen vigente, remitiéndolo a un campo inerte, en el que no participan. Gran parte de los componentes de ambos grupos no creen que esos regímenes resolverán los problemas básicos de sus países.²⁴

En verdad independientemente de las limitaciones que puedan observarse en cualquier país que ensaya formas democráticas de vida política, por reducidas que estas puedan ser, el balance final siempre resultará favorable a la mayor parte de la población, que es la que en definitiva más las necesita, pues es sabido que las minorías oligárquicas no son propensas a promoverlas ni tampoco a favorecer la garantía de los derechos humanos. La historia latinoamericana está plagada de ejemplos que evidencian la marcada tendencia de estas últimas a identificarse mejor con los regímenes dictatoriales que con gobiernos propiamente democráticos.

Un frecuente error de algunos miembros de las izquierdas latinoamericanas ha consistido en minimizar las posibilidades de la democracia representativa por considerarla simplemente como burguesa, formal e incapaz de favorecer de algún modo los intereses de los sectores populares. Sin duda, esto ha constituido un obstáculo durante muchos años y ha frenado múltiples procesos o programas democráticos en varios países de la región. Es conocido cómo algunos partidos comunistas han tenido, en el mejor de los casos, distanciamientos críticos ante gobiernos o líderes de orientación popular. Por fortuna, los procesos de elección de gobiernos de orientación de izquierda en varios países latinoamericanos con el nacimiento del siglo XXI hicieron rectificar la postura de algunos, aunque no de todos los partidos y sectores de izquierda, ante esos gobiernos que han gozado de la mayoría del apoyo del pueblo dadas las medidas y transformaciones sociales emprendidas y ya constatables. Ante tales evidencias no han tenido otra posibilidad que apoyar de un modo u otro a tales ensayos de utopías concretas de proyectos socialistas en diversas modalidades, ante la imposibilidad de realizar utopías abstractas.

Durante mucho tiempo, sobre todo después de la experiencia armada de la Revolución cubana, se identificó como reformista y evolucionista a todo aquel que considerase la lucha electoral como una posible vía de acceso a sociedades más justas, ignorando que Marx y Engels no habían subestimado las potencialidades del parlamentarismo obrero.

24. F. Martínez Heredia, *En el horno de los 90*, Editorial Ciencias Sociales, La Habana, 2005, p. 77.

Sin embargo, la vida política, en especial en los inicios del siglo XXI, ha demostrado todo lo contrario. Aprovechando las posibilidades brindadas por la lucha electoral, varios gobiernos de izquierda han triunfado y han podido, con mayor o menor éxito, lograr significativas transformaciones sociales, con lo que han demostrado que la vida democrática, si se canaliza de la manera adecuada, puede contribuir a mejorar de inmediato las condiciones de vida de amplios sectores sociales y favorecer la conquista de algunos derechos sociales que beneficien a toda la población.

Por ello en ocasiones se considera, no sin faltar alguna razón, que uno de los principales obstáculos para los avances democráticos en América Latina han sido los prejuicios de ciertos sectores de la izquierda, en especial los más extremistas, en relación con las posibilidades que pueden ofrecer la lucha electoral y la democracia representativa. De ahí que algunos consideren que es más fácil unir a los sectores de la derecha que a los de la izquierda, y muchas veces cuando se logra, esta misma se encarga de destruir la unidad. Sin embargo, la historia es testaruda y obligó a la izquierda tradicional a reconsiderar muchas de sus concepciones y actitudes ante la democracia tradicional,²⁵ e incluso a entrar en sus reglas de juego para intentar asumir el poder,²⁶ como finalmente logró acceder en algunos países latinoamericanos en este tránsito de milenios.

La experiencia de los procesos democráticos ha obligado a concepciones algo más abiertas de la izquierda, tanto tradicional como a las nuevas izquierdas emergentes, a fin de tratar de superar los obstáculos que presenta la tradicional democracia formal, así como aprovechar sus potencialidades. De ahí que Marta Harnecker sostenga:

Pero para que esta tarea pueda ser llevada con éxito se requiere de una nueva cultura de izquierda. Una cultura pluralista y tolerante, que ponga por encima lo que une y deje en segundo plano lo que divide; que promueva la unidad en torno a valores como la solidaridad, el humanismo, el respeto a las diferencias, la defensa de la naturaleza, rechazando el afán de lucro y las leyes del mercado como principios rectores de la actividad humana. Una izquierda que comienza a darse cuenta de que la radicalidad no está en levantar las consignas más radicales ni en realizar las acciones más radicales –que solo unos pocos siguen porque asustan a la mayoría–, sino en ser capaces de crear espacios de encuentro y de lucha para amplios

25. Véase M. Barrera: *La idea de izquierda en Chile de fines del siglo XX*, Taller de Estudios Políticos, Santiago, 1993, p. 6.

26. Véase P. Guadarrama, “Las nuevas izquierdas en América Latina y la cuestión del poder”, en *Marx Vive: izquierda y socialismo en América Latina*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 31 de octubre - 1 de noviembre de 2008, pp. 97-120.

sectores; porque constatar que somos muchos los que estamos en la misma lucha es lo que nos hace fuertes, es lo que nos radicaliza. Una izquierda que entiende que hay que ganar hegemonía, es decir, que hay que convencer en lugar de imponer.²⁷

Es en ese plano en el que se les plantean grandes desafíos a las nuevas izquierdas en cuanto a la conciliación no solo con formas de pluralismo político, sino también de articulación con el mercado,²⁸ tomando en consideración que todos los tipos de totalitarismos estatales, y en especial en relación con el mercado, han fracasado.

Por supuesto que resulta negativo también hiperbolizar este tipo de democracia e ignorar que existen otras formas efectivas de democracia directa, como la participativa en diferentes instancias y niveles societales, y aunque no siempre han ofrecido ejemplos dignos de seguir, sobre todo cuando se han articulado a determinadas formas de populismo y voluntarismo, no se deben eliminar de forma nihilista del repertorio de posibilidades que tienen ante sí los pueblos latinoamericanos para ensayar nuevas formas de democracia. Tales nuevas formas de democracia obligan a pensar en otras vías que no son los partidos políticos tradicionales de derecha o de izquierda, sino a través de modos renovados de organización social y política que posibiliten un verdadero pluralismo y no el de dos ancestrales partidos que se alternen en el Gobierno, aunque los dos siempre se mantengan en el mismo poder.²⁹

Son varios los cultivadores de la filosofía política de América Latina que han elaborado propuestas alternativas de superación de los obstáculos que se han presentado a la realización de formas superiores de democracia como Guillermo Hoyos, quien expresa:

Frente al agotamiento político de la democracia meramente representativa y a la desmovilización política provocada por la democracia meramente directa, se sugiere profundizar en el sentido de la democracia participativa: que no es una nueva forma de democracia directa, sino una nueva forma de concebir la política, como política deliberativa y democracia radical: desde la raíz, es decir, desde la “soberanía popular”.³⁰

27. M. Harnecker, *América Latina y el socialismo del siglo XXI inventando para no errar*, Secretaría de la Paz de la Presidencia de la República de Guatemala, Guatemala, 2010, p. 127.

28. I. Wallerstein, A. Caillé, *Repensar la izquierda: Nuevos caminos para la izquierda*, Textos, Bogotá, 2000, p. 43.

29. E. Duharte, “Los sistemas políticos: algunas reflexiones conceptuales”, en *Teoría y procesos políticos contemporáneos*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2006, tomo I, p. 122.

30. G. Hoyos, *Convergencia entre ética y política*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 1998, p. 13.

Como puede apreciarse, en este caso se apuesta más por el enriquecimiento de la sociedad civil como una vía de perfeccionamiento de la democracia participativa, que no excluye, sino que complementa, otras vías tradicionales de ejecución del poder democrático. Sin embargo, confiar demasiado en las potencialidades de la sociedad civil puede también resultar contraproducente, pues cualquier lucha que subestime las vías políticas de perfeccionamiento de la democracia y de realización de los derechos humanos puede convertirse en un bumerán que afecte el protagonismo de viejos y nuevos sujetos sociales. Según Norbert Lechner: “En América Latina el recurso a la sociedad civil critica la fragilidad y, muchas veces, simple formalidad del régimen democrático. Es conocida la oposición entre democracia formal y democracia sustantiva que por tantos años caracterizó el debate político de la región. La democracia sustantiva tenía como referente al pueblo, pero más como categoría social que política”.³¹ Esto puede significar que el añorado protagonismo de la sociedad civil en una democracia sustantiva no debe subestimar las posibilidades que siempre ofrecerá la democracia en sus instancias políticas, por formal que esta se presente. De manera que parece que la vía más adecuada para el logro de formas superiores de democracia implica articular debidamente la formal y la sustantiva.³²

Nadie duda de que el protagonismo de la sociedad civil se ha enriquecido en todo el mundo, en particular desde la posguerra y el declive de los totalitarismos hasta nuestros días. Aunque estos últimos no desaparecieron del todo, sin duda fueron debilitándose, al menos en la mayor parte de Europa. En el caso de América Latina, con excepción de la larga noche de las dictaduras fascistoides, no solo del Cono Sur, este hecho posibilitó que surgieran nuevas instituciones como las organizaciones no gubernamentales y los movimientos sociales, que aparecerían simultáneamente con la crisis de los partidos políticos, tanto de derecha como de izquierda. Estas entidades constituyen una evidente manifestación de que la democracia reverdece, en especial en la defensa de los derechos humanos de viejos y nuevos sujetos sociales; pero:

Es cierto que se reconoce que a comienzos de la década de los noventa la totalidad de los países han recuperado la democracia, algunos después de cruentas dictaduras, y se han reconquistado espacios importantes de libertad, de expresión y de organización social. Sin embargo, conjuntamente se señala que hay pérdida de

31. N. Lechner, “La problemática (invocación) de la sociedad civil”, en P. S. Rodríguez, *Las incertidumbres de la democracia*, Ediciones Foro Nacional por Colombia, Bogotá, 1995, p. 34.

32. J. Alonso, “Democracia y ciencias sociales”, en M. Hernández, J. Lameiras, *Las ciencias sociales y humanas en México. Síntesis y perspectiva de fin de siglo*, Editores El Colegio de Michoacán, México, 2000, pp. 168-169.

confianza en la democracia tradicional de los partidos políticos, que se vive en un sistema formalmente democrático pero profundamente antidemocrático en sus estructuras, en su autoridad y en sus relaciones.³³

Por tanto, es válido arribar a la conclusión de que el fortalecimiento de la sociedad civil de forma íntegra, sin ignorar determinadas concepciones y prácticas democráticas, como las de los pueblos originarios de este continente, constituye una de las vías principales para la renovación y reformulación de la vida democrática. La postura mimética pretende hiperbolizar la cuestionable democracia esclavista ateniense o las diversas formas sectarias, clientelistas y elitistas de democracia en el mundo occidental. A la vez se desconocen o subestiman las potencialidades renovadoras de otras formas de democracia, como las de los pueblos ancestrales, lo mismo de América que de otras latitudes. Miró Quesada, al respecto plantea:

Es fundamental rescatar esta forma democrática andina, respetando su funcionamiento, producto de la tradición y la costumbre, que es perfectamente compatible con la democracia moderna. Esta es una forma de democracia directa, resultado de una organización peculiar: la del *ayllu*, cuyo fundamento social y económico se sustenta en la *minka* o trabajo solidario y, como sabemos, la democracia es también solidaridad, además de igualdad y libertad.³⁴

Con una intención similar, pero evidenciando una vía imprescindible para su realización Rodrigo Uprimny plantea:

Paradójicamente, solo reconociendo normas para toda la humanidad se puede pensar en una verdadera tolerancia a la diversidad cultural. Pero solo aceptando la diversidad cultural podremos realmente reconocer la igualdad de todos los seres humanos y construir una universalidad de los derechos humanos, que no sea sinónimo de una uniformización empobrecedora de las culturas, sino de un enriquecimiento dentro de la diversidad. Y en eso consiste lo que llamo la “uni-diversidad” de los derechos humanos, que es a mi juicio una forma posible

33. A. Magendzo, “El autoritarismo está presente y a veces con fuerza. Introducción. La educación en derechos humanos en América Latina: Una mirada de fin de siglo” <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/la-educacion-en-derechos-humanos-en-america-latina-una-mirada-de-fin-de-siglo-abraham-magendzo.pdf>

34. F. Miró Quesada, *Defensa de la democracia contra la dictadura*, Editorial San Marcos, San Marcos, 2001, p. 65.

para defender la universalidad de los derechos humanos conservando la riqueza y diversidad de las distintas opciones culturales y personales.³⁵

Por esa razón, no todo es color de rosa en cuanto al incremento del protagonismo de la sociedad civil que, como es sabido, desempeñó un significativo papel en el desmonte del socialismo soviético y de Europa Oriental. Precisamente en el momento crucial cuando se producía aquel derrumbe que dejaría sin orientación precisa no solo a admiradores de aquellos ensayos, sino también a quienes con distanciamiento crítico tampoco comulgaban con la alternativa capitalista, intentaban encontrar desde la filosofía política latinoamericana alguna propuesta de alternativa. En verdad, “El límite de la democracia es ensanchar la concepción política de la misma en la dirección de la democracia económica y de la democracia social. El límite de este Estado democrático latinoamericano es superarse a sí mismo, dando lugar a la realización del proyecto de una sociedad alternativa”.³⁶

El auge de la sociedad civil se ha producido fundamentalmente en las últimas décadas tras el derrumbe del “socialismo real” y el auge del, este sí, “capitalismo real”, que en su forma más despiadada de neoliberalismo se ha impuesto con más éxito ideológico que económico, como lo han demostrado las crisis financieras que estallaron en el 2008. González Casanova advierte de los posibles peligros que acechan tras el auge democrático y los significativos triunfos de gobiernos populares en esta región, los cuales han inclinado el péndulo de la historia en distinto grado hacia la izquierda: “Tras las ‘fronteras’ de la tiranía neoliberal formalmente constitucional y ‘democrática’ se halla la tiranía neoliberal de facto, golpista. Frente a ambas se encuentran los límites del conformismo popular: su ‘capacidad de tolerancia’ ante un empobrecimiento sin alternativa y su ‘capacidad de tolerancia’ ante una opresión abiertamente represiva”.³⁷

No debe pasarse por alto que el principal obstáculo que se le plantea a la defensa de los derechos humanos y la democracia radica en que algunos de sus principales ideólogos, como Von Hayek y Friedmann, no disfrazaron su hostilidad ante ellos ni tampoco sus simpatías por la dictadura de Pinochet, a partir del criterio de que éxito empresarial y democracia no son muy buenos amigos.³⁸

35. R. Uprimny, “La universalidad de los derechos humanos: Conflictos entre derechos, conceptos de democracia e interpretación jurídica”, en *Pensamiento jurídico. Revista de Teoría del Derecho y Análisis Jurídico*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 9, 1998, pp. 109-110.

36. V. M. Fiorino, “Poder y participación: Los protagonistas de la democracia en América Latina”, en F. Álvarez, H. Calello, C. Kohn, V. Martín, E. Safar, *Democracia y violencia política. Ensayos sobre el ejercicio del poder en América Latina*, Fondo Editorial de Humanidades y Educación - Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1990, pp. 49-50.

37. P. González Casanova, “Prólogo. La trama del neoliberalismo: una introducción”, en E. Sader, P. Gentili (comp.), *La trama del neoliberalismo. Mercados, crisis y exclusión social*, Editorial Ciencias Sociales, La Habana, 2003, pp. 13-14.

38. J. Child, *Fin del Estado. Desestabilización política y caos constitucional*, Grijalbo, Bogotá, 1994, pp. 253-254.

Algunos, Hugo Zimmelman, se han percatado de que con el auge del neoliberalismo, en tiempos de globalización de presunción posmoderna,³⁹ se observa un incremento de la democracia política formal y en sentido inverso un decrecimiento de la social: “Existen análisis que llaman la atención sobre el hecho de que en la época de la globalización crece la tendencia de que prevalezca una democracia política encerrada en espacios restringidos y cupulares mientras se lleva a cabo un implacable desmantelamiento de la democracia social”.⁴⁰ Esto debe obligar a los luchadores por la democracia y los derechos humanos en el ámbito latinoamericano a prestar mayor atención a la lucha por los derechos sociales, sin descuidar las conquistas alcanzadas en el plano de la democracia política –que siempre resultarán insuficientes para los sectores populares mientras predomine el capitalismo–.

También Blitz Lozada y Marcos Zaavedra plantean:

La democracia neoliberal responde a las necesidades y proyecciones de “clase política”; además, el ejercicio del poder y la “governabilidad” le permiten eliminar toda forma de control constitucional. La regulación social de las decisiones políticas ha sido prácticamente anulada. Frente a la herencia de control y regulación, los partidos son más fuertes al exhibir novedosas formas de cinismo y secantes y extrema expresión de autoritarismo.⁴¹

Un serio obstáculo que se presenta en la actualidad en tiempos de globalización y de auge del neoliberalismo es el debilitamiento de los Estados nacionales y la subordinación por parte de algunos gobiernos a los mandatos de las transnacionales.⁴² Nadie duda de que el fracaso del experimento socialista soviético y de Europa Oriental ha dado lugar a una gran desconfianza entre los sectores populares en relación con la posibilidad de una sociedad con mayores niveles de justicia social.⁴³ Tales desilusiones motivaron el auge de apocalípticas teorías del fin de la historia que parecían enfrentarse ontológicamente a las leyes del universo –del mismo modo que con anterioridad lo habían hecho

39. Véase P. Guadarrama, *Cultura y educación en tiempos de globalización posmoderna*, Editorial Magisterio, Bogotá, 2006. <http://biblioteca.filosofia.cu/php/export.php?format=htm&id=2181&view=1>.

40. H. Zermeño: *La sociedad derrotada*, Siglo XXI, México, 1996, p. 152.

41. B. Lozada, M. Saavedra, *Democracia, pactos elites. Genealogía de la gobernabilidad en el neoliberalismo*, Instituto de Investigaciones de Ciencia Política, La Paz, 1998, p. 156.

42. R. Cervantes, F. Gil, R. Sardoya, “Gobernabilidad, democracia y transnacionalización del poder político”, en Colectivo de autores. *Teoría sociopolítica. Selección de temas*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2000, T. II, p. 25.

43. L. Villoro, “La fraternidad base de toda comunidad auténtica”, en Colectivo de autores, *Coloquio de invierno. Los grandes cambios de nuestro tiempo: la situación internacional, América Latina y México. La situación mundial y la democracia*, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes - Universidad Nacional Autónoma de México - Fondo de Cultura Económica, México, 1992, p. 92.

algunas eternizadas concepciones del comunismo—, al tratar de fundamentar la presunta longevidad eterna del capitalismo y de la democracia burguesa.

La dialéctica de la historia ha demostrado retrospectivamente —y siempre es aconsejable aprender de ella para no cometer dos veces el mismo error— que todas las formaciones socioeconómicas, así como sus expresiones jurídico-políticas e instituciones superestructurales, en tanto se han correspondido con determinadas exigencias sociales, se han desarrollado con holgura. Pero en la medida en que demuestran su ineficacia o su carácter obstaculizador de mejoras de determinadas clases sociales, bien oligárquicas o bien populares, han sido sustituidas por diversas vías y formas, entre las que no se excluyen las revoluciones sociales. No parece muy lógico sostener que en el futuro de la humanidad estas últimas desaparecerán del todo y solo prevalecerá un tranquilo desarrollo evolutivo de reformas parciales, que mantendrán en su privilegiada situación a sectores minoritarios de la población, en tanto las mayorías populares deberán contentarse con las migajas del festín de la riqueza producida por ellos mismos.

Preguntarse por los límites y el fin de la democracia neoliberal, y por sus alternativas dentro del sistema con regímenes de facto, con burocracias autoritarias, civiles y militares, aparece como otra forma de acercarse a situaciones en que eventualmente surgirá una alternativa popular y democrática.⁴⁴

El optimismo realista que ha inspirado a los más consecuentes intelectuales de izquierda sobre la caducidad de las formas de democracia tradicional y la posibilidad de la emergencia de nuevos movimientos sociales, nuevas formas de participación ciudadana y, en definitiva, nuevas vías y formas de democracia, da lugar a una permanente creatividad teórica sobre el tema del necesario humanismo práctico que debe caracterizar a las emergentes democracias latinoamericanas de nuevo tipo.

Uno de los grandes desafíos que se plantea en la actualidad a los pueblos latinoamericanos en su afán de hacer cada vez más concreto y aplicable el humanismo práctico en los ensayos de nuevas formas de democracia y de respeto a los derechos humanos consiste en el creciente protagonismo de los sectores populares, no solo en cuanto a las prácticas participativas, sino en cuanto a la argumentación y fundamentación teórica de dicho protagonismo. Esto exige, tanto a los investigadores sociales sobre la democracia y los derechos humanos como a los funcionarios gubernamentales y de la sociedad civil,

44. P. González Casanova, "Prólogo. La trama del neoliberalismo: una introducción", pp. 13-14.

tener mucha prudencia en cuanto a la consideración de la validez de los argumentos jurídicos, políticos e incluso filosóficos de líderes de movimientos sociales, a partir de la consideración de que la verdad es siempre un constructo epistémico en el cual colaboran muchos elementos, y no solo los científicos y filósofos (*theorike*), sino también los cultivadores y promotores de la opinión (*doxa*) pública, como agentes sociales, líderes, funcionarios, etc.

Sin duda, entre las vías principales para la fundamentación teórica y la promoción del humanismo práctico en las nuevas formas de democracia y la defensa de los actualmente reconocidos y otros por reconocer derechos humanos, se destacan la escuela, las instituciones culturales y los medios masivos de comunicación. Pero paradójicamente, en esas mismas entidades es donde se pueden presentar mayores obstáculos, si tales instituciones son controladas por una elite oligárquica que no permite el desarrollo de nuevas formas de democracia y de defensa de los derechos humanos.⁴⁵ La escuela, las instituciones culturales y los medios de comunicación lo mismo pueden constituir un valioso elemento de cultivo de la dignidad humana y de formación de valores democráticos, así como estimular la defensa de los valores humanos, que ser entidades que fomenten todo lo contrario. Por eso, lo mismo puede ser una valiosa vía que constituir un serio obstáculo. Todo dependerá de la orientación axiológica y, en particular, ideológica que motiven estas entidades.

De todo lo anteriormente planteado se puede concluir que son múltiples tanto las posibilidades como los obstáculos para el desarrollo de la democracia y los derechos humanos. Con escepticismo no totalmente infundado, algunos podrán asumir una postura conservadora y no entrever nuevas alternativas de enriquecimiento del humanismo práctico. Otros, a partir del estudio de la historia universal y, en particular, de las luchas de los pueblos latinoamericanos desde el período colonial hasta la actualidad, pueden tener suficientes argumentos para considerar que el futuro de la democracia y los derechos humanos es prometedor, aun cuando haya que ensayar nuevos tipos de sociedad, que deben partir de los éxitos y fracasos del “socialismo real” y del “capitalismo real”.

Las conquistas democráticas y de derechos humanos son el producto de la interacción dialéctica entre las ancestrales luchas de sectores sociales explotados y marginados por su dignificación, conjugada con las elaboraciones teóricas de cultivadores del pen-

45. “En las escuelas hay que promover de manera deliberada la ciudadanía democrática”. P. Castilleja: “Ciudadanía democrática, membresía y equidad”, en Colectivo de autores, *Cultura democrática. Comprensiones sobre ciudadanía. Veintitrés expertos internacionales conversan ¿cómo construir ciudadanía y aprender a entenderse?*, Cooperativa Editorial Magisterio, Bogotá, 2005, p. 181.

samiento político. La filosofía política en América Latina ha contribuido al enriquecimiento del arsenal teórico del humanismo práctico universal sobre la democracia y los derechos humanos, que se ha diferenciado de formas de humanismo abstracto que, por lo general, se reducen a filantropía romántica. La preocupación principal del pensamiento humanista latinoamericano se ha centrado en el respeto a la dignidad humana y el reconocimiento de los valores y derechos de hombres y mujeres, minorías étnicas y sectores marginales.

En esta región se ha incrementado de manera notoria la investigación sobre las conquistas democráticas y los derechos humanos desde distintas disciplinas de las ciencias sociales y la filosofía política. Para analizar este tema resulta imprescindible antes esclarecer el marco conceptual en lo referente al Estado, la nación, el humanismo, los derechos de distintas generaciones, las formas y tipos de democracia, las luchas sociales, la filosofía política, etcétera. La definición precisa de cada uno de estos términos facilita la lucha práctica por ellos.

El neoliberalismo, aprovechándose de la crisis del “socialismo real”, ha estimulado actitudes pragmáticas y utilitaristas muy distantes del humanismo práctico, con el fin de fundamentar la utopía abstracta del predominio eterno de la sociedad capitalista. Entre las vías principales para promover la democracia y los derechos humanos se encuentra el aprovechamiento, no obstante sus limitaciones por su carácter formal, de la democracia representativa, a la vez que se deben ensayar nuevas formas, como la participativa y la directa. Sin embargo, se deben tomar precauciones dado el carácter clientelista y mercantil prevaleciente en la sociedad capitalista, en la que se presupone que todo se puede vender y comprar, por lo que se promueve la idea de que también el poder democrático puede convertirse en una mercancía más.

La educación, las instituciones culturales y los medios de comunicación pueden ayudar al fortalecimiento de la cultura ciudadana, pero a la vez, si el poder estatal no los controla con eficiencia, pueden convertirse en un peligroso bumerán que atenta contra la propia democracia y los derechos humanos. Entre los obstáculos se encuentra: la mayor parte de los latinoamericanos dedicados al estudio de este tema desde la filosofía política se han percatado de las trampas y subterfugios que están al acecho para hostilizar y desvirtuar cualquier proyecto genuinamente democrático. El mimetismo político ha dado lugar a que se hayan tratado de reproducir de forma dogmática en nuevos contextos viejas formas de promoción de cultura democrática. El humanismo prevaleciente en el pensamiento latinoamericano se caracteriza por una profunda confianza en la perfectibilidad de la condición humana a través de distintas

vías de la sociedad civil. El humanismo contenido en diversas propuestas socialistas, independientemente de sus fracasados y exitosos ensayos en todo el orbe, ha tratado de superar las enajenantes relaciones de producción capitalistas.

No obstante el reconocimiento de la existencia de innumerables obstáculos para la realización más elaborada y de mayores conquistas democráticas y de los derechos humanos, prevalece una concepción progresiva del desarrollo social, auspiciada por el fortalecimiento de la lucha por tales derechos. La filosofía política desarrollada en Latinoamérica cuenta con un valioso arsenal de ideas propias en relación con las conquistas democráticas y de los derechos humanos. La tarea principal es investigarla a fondo y difundir por el mundo tales conquistas teóricas de incalculable valor práctico.

NOTAS Y DISCUSIONES

Sobre la

**“Primera Jornada Internacional de Filosofía
del Derecho y Estado Constitucionales”**

Bogotá, 4 de noviembre de 2015

PUNTOS DE INTERSECCIÓN ENTRE LOS ISMOS CONSTITUCIONALES¹

Óscar Alexis Agudelo Giraldo

Universidad Católica de Colombia

INTERSECTIONS BETWEEN CONSTITUTIONAL ISMS

DOI: 1017450/160111

Introducción: Los puntos del debate entre constitucionalismo y neoconstitucionalismo

El advenimiento del paradigma constitucionalista y su demarcación espacial en el nacimiento de los Estados constitucionales de derecho deben su desarrollo a sistemas jurídicos que proceden de tradiciones distintas –*Common law* y derecho continental europeo–, pero que pueden guardar serias relaciones de continuidad en el modelo de solución a la dimensión trilemática de la filosofía del derecho –validez, eficacia y legitimidad– y reducir el trilema a la interpenetración del sistema teórico de la legitimidad en sede de filosofía del derecho a los sistemas, también teóricos; de la validez, en sede de teoría jurídica, y eficacia, en sede de sociología del derecho. Para ello, se erigen las teorías de la democracia constitucional y el constitucionalismo democrático, de amplio

¹ El presente artículo se estructura como desarrollo del proyecto de investigación “Metodología del positivismo jurídico. Metateoría y constitucionalismo moderno” del Grupo de estudios legales y sociales Phronesis, adscrito al Centro de Investigaciones Socio Jurídicas (CISJUC) de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

uso en la tradición de ambos tipos de sistema jurídico.² Las diferencias vendrán a ser de unidades temáticas y categorías de análisis, las cuales, sin embargo, no llegan a alterar de manera radical una misma hipótesis final. De aquí que, mientras en la tradición norteamericana el constitucionalismo democrático es una tipología de los ismos constitucionales, que a su vez subyacen a las formas incluyente y excluyente de positivismo, en el sistema de derecho continental europeo aparece la figura del neoconstitucionalismo como un paradigma postpositivista, en superación de la noción ideológica, metodológica y teórica del positivismo jurídico. Como punto de partida, el neoconstitucionalismo representa una teoría sostenida durante los últimos cincuenta años, con referencia específica al desarrollo teórico y operativo del Estado constitucional de derecho. A pesar de erigirse como una tesis que supera los postulados del positivismo jurídico, recoge metodológicamente las relaciones de tipo necesario, contingente e hipotético entre el derecho y la moral.

Frente a la constitucionalización del derecho, en el ámbito del derecho continental europeo, Comanducci encuentra dos transformaciones operativas:

- i) La constitucionalización del derecho como transformación de tipo estructural;
- ii) El neoconstitucionalismo como transformación doctrinal.³

Siendo así, constitucionalizar el derecho implica, en términos de Comanducci, permear o invadir, de manera condicionante, la legislación, jurisprudencia y doctrina, actividad que se viene desarrollando con la actividad jurisdiccional de los tribunales constitucionales. Lo anterior sostiene la hipótesis de la noción sistemática del derecho como una reconstrucción interna de este, donde en la técnica del precedente judicial, se reestructuran los axiomas jurídicos del sistema legal.⁴ Para ello, la tesis de reconstrucción interna devendrá de las teorías de la legitimidad democrática en conexión con el paradigma del constitucionalismo democrático.

Por otra parte, en la versión de la escuela genovesa –sobre la cual sus representantes se abrogan la creación de la expresión neoconstitucionalismo– se presenta una superación de los paradigmas del positivismo jurídico y el iusnaturalismo. Por otro lado, pareciendo una tesis ecléctica de las teorías americanas y continentales, Aguiló encuentra

2. Véase: L. Ferrajoli, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia. I. Teoría del Derecho*, Trotta, Madrid, 2011, p. 11.

3. Véase: P. Comanducci, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”, en P. Comanducci, A. Ángeles, D. González (eds.), *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, p. 85.

4. En conexión con el paradigma norteamericano, sobresale la figura del constitucionalismo del árbol vivo, el cual parte de la función judicial, en cuya actividad es posible, a través del precedente, expandir las democracias actuales. Véase: J. Fabra, “Wilfrid Waluchow. Positivismo jurídico incluyente y constitucionalismo del árbol vivo”, en Academia.edu, https://www.academia.edu/14864203/Wilfrid_J._Waluchow_Positivismo_jur%C3%ADdico_incluyente_y_constitucionalismo_del_arbol_vivo_.

en el modelo constitucionalista una fase postpositivista del derecho, en superación del paradigma positivista legalista.

Constitucionalización y constitucionalismo

Podrían delimitarse, acudiendo a un argumento de autoridad en Guastini, las características definitorias del fenómeno de constitucionalización del derecho. Sin embargo, debe advertirse que estas representarán al fenómeno como un desarrollo gradual, siendo entre otras sus características definitorias:

- i) Un margen de rigidez constitucional. El cual puede equipararse, en la correlación de sistemas jurídicos, a la posición originalista norteamericana;⁵
- ii) La garantía jurisdiccional de la constitución de la mano de la rigidez constitucional;
- iii) La fuerza vinculante de la constitución, donde desaparecen las normas programáticas como simples recomendaciones políticas ya que no pueden ser incumplidas. Sin embargo, no existe una teoría fuerte que distinga la categoría normativa en ámbito de aplicabilidad de los valores constitucionales, los principios y las directrices programáticas;⁶
- iv) Se traslada de la interpretación literal a la interpretación extensiva de la constitución, lo cual supedita la extracción de principios implícitos en normas constitucionales; lo que equivale en el modelo estadounidense a la creación de principios innominados;⁷
- v) La naturaleza de aplicación directa de las normas constitucionales;
- vi) La imposición del canon de interpretación conforme a la constitución;
- vii) La influencia de la constitución sobre los debates y procesos políticos.⁸

5. En el ámbito del constitucionalismo estadounidense, las tesis originalistas presentan dos puntos de vista: i) una fidelidad constitucional apegada al texto constitucional, ii) una fidelidad constitucional que se asienta en las prácticas constitucionales del pasado. Véase: R. Dworkin, "The Ardous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe, and Nerve", en *Fordham Law Review*, 65, 1997, p. 149.

6. Un nuevo enfoque para esta distinción obra en H. Ávila, *Teoría de los principios*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 165.

7. Las prácticas de los Tribunales Constitucionales han demostrado, al menos para Latinoamérica, la inferencia de principios jurídicos subyacentes o principios innominados, cuya existencia deviene de enunciados jurídicos o proposiciones normativas, dadas en la función judicial. Véase: A. Bunter, "Consideraciones en torno a la dogmática penal", en *Boletín mexicano de derecho comparado*, 30, 1997, pp. 935 y ss.; R. Dworkin, "Unenumerated Rights: Whether and How Roe Should Be Overruled", en *University of Chicago Law Review*, 59, 1992, pp. 381 y ss.; C. Courtis, "El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática", en C. Courtis (ed.), *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Trotta, Madrid, 2006, pp. 105 y ss.

8. Véase: J. Aguiló, "Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras", en *Doxa*, 30, 2007, p. 667.

La recepción del cambio de paradigma soporta en la actualidad dos posiciones. Primero, quienes proponen la creación de un nuevo paradigma jurídico para un nuevo fenómeno jurídico. Segundo, quienes no encuentran la necesidad de crear un nuevo paradigma jurídico para un nuevo fenómeno jurídico. Para ello, estima Aguiló, los cambios que trae el paradigma constitucionalista son de tipo gradual: si los cambios son de tipo cuantitativo, no resultará necesario crear un nuevo paradigma teórico pero, si son de tipo cualitativo, requerirá reformular las teorías que soportan el paradigma. Bajo el juicio de Aguiló, a los primeros, que no encuentran necesidad de reformulación teórica, se les suele denominar positivistas y a los segundos, partidarios de una nueva visión teórica, se les denominará postpositivistas o neoconstitucionalistas.⁹ Al respecto, sobresale una incógnita auxiliar para desarrollar que implica la posibilidad de ubicar o no las teorías del positivismo jurídico incluyente en un marco constitucionalista.

Para Prieto Sanchís, el constitucionalismo presenta una versión de la teoría del derecho adversa a la teoría del derecho positivo. Siendo así, el nuevo horizonte de esta viene dado, a juicio de Sanchís, en la materialización de la constitución a través del sistema de garantías; posición a la cual denomina “constitucionalismo de los derechos”.

El contenido material de la constitución implica una serie de elementos normativos que se presentan en distintas denominaciones y categorías normativas: “Valores, principios, derechos o directrices.”¹⁰ Desde luego, la protección del contenido material de la constitución es un rol que corresponde a los tribunales constitucionales. Sin embargo, la tesis de la garantía jurisdiccional de la constitución sobresale como un límite a la concepción procedimental de la democracia, determinando no con exclusividad sobre lo que se puede decidir, sino además sobre aquello que no se debe dejar de decidir. No sobra advertir que: “Aquello que temía Kelsen representa hoy la señal de identidad del nuevo constitucionalismo; este no solo gira en torno a los derechos o, si se quiere también, a los valores y principios.”¹¹

Otras de las posiciones subsecuentes al debate entre neoconstitucionalismo y positivismo jurídico devienen de la afirmación según la cual con el constitucionalismo se ha positivizado el derecho natural. Considerar plausible la posición anterior implicaría que el estatuto epistemológico de la teoría del derecho se ha reconfigurado a partir del nuevo paradigma. De ahí que una de las preguntas persistentes sea la de cuál ha de ser la teoría y filosofía del derecho para desarrollar a partir de la constitucionalización. Lo

9. Ibid., p. 668.

10. L. Prieto Sanchís, “El constitucionalismo de los derechos”, en M. Carbonell (ed.), *Teoría del constitucionalismo. Ensayos recogidos*, Trotta, Madrid, 2009, p. 213.

11. Ibid., p. 215.

anterior cobra mayor evidencia, pues “En suma, el positivismo jurídico se configura como una teoría general y descriptiva del derecho. Entiende que la función de la teoría del derecho es dar cuenta de la realidad jurídica, es decir, suministrar herramientas y conceptos para comprender mejor el funcionamiento del derecho.”¹²

Escudero Alday recuerda que dos han sido las estrategias para superar el modelo de teoría del derecho del positivismo jurídico:

- i) Circunscribir al positivismo jurídico al legecentrismo; situación que no se acomoda con la supremacía constitucional;
- ii) La lectura moral de la constitución, dada la incorporación de principios y valores.

En las posiciones (i) y (ii) de Escudero persiste, sin embargo, un examen al paelo-positivismo jurídico. No se toma como objeto de consideración la relación entre positivismo jurídico incluyente y neoconstitucionalismo; situación que marcaría parte del estado del arte en el debate.

La réplica constitucionalista a las tesis del neoconstitucionalismo deriva de la inexistencia de una nueva teoría propiamente dicha, de ahí que puede equivaler a nada más que “la acumulación de tesis normativas.”¹³ En continuidad con la incógnita sobre el estatuto del neoconstitucionalismo, Barberis señala tres problemas de utilidad: i) ¿Cómo conviene definir y reconstruir el neoconstitucionalismo?, ii) ¿El neoconstitucionalismo representa una alternativa teórica plausible al positivismo?, iii) ¿Escapa alguna teoría del derecho al componente ideológico? De ahí que se constituyan algunos de los tópicos de la perspectiva neoconstitucionalista:

- i) La distinción derecho y moral;
- ii) La distinción entre reglas y principios;
- iii) Los mecanismos de aplicación de reglas y principios por subsunción y ponderación.¹⁴

Ubicándose en el debate derecho y moral, la tesis constitucionalista ubica la relación del papel de los principios constitucionales en la dinámica del Estado constitucional; así se sitúa como punto intermedio entre las posiciones iusnaturalistas y positivistas. “En el

12. R. Escudero, “De la constitucionalización a la indeterminación: retos y desafíos del positivismo jurídico”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, 2010, p. 398.

13. M. Barberis, “¿Existe el neoconstitucionalismo?”, en J. Fabra (ed.), *Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2015, p. 455.

14. *Ibid.*, p. 463.

Estado constitucional, caracterizado por la rigidez de la constitución y el control constitucional de las leyes, la situación cambia; aquí los valores morales, externos al derecho positivo, se convertirán en principios constitucionales, internos a este.¹⁵

En segunda medida, tratándose de la distinción entre reglas y principios, el punto de partida del modelo neoconstitucionalista sobrevendrá en la posición de Dworkin en los derechos en serio y en Alexy, donde obra una distinción fuerte entre principio y regla como normas que se caracterizan mutuamente por ser exhaustivas. Por otra parte, una distinción débil de ambas categorías normativas implica que “la regla indica normas que guían directamente la conducta [...] El principio, normas que guían la conducta indirectamente por medio de reglas”;¹⁶ posición que implicaría la tesis de la concreción de los principios a través de las reglas.¹⁷

En tercera medida, tratándose de la aplicación de reglas y principios, Barberis presenta las cinco tesis del neoconstitucionalismo:

- i) “El conflicto de principios ocultaría un orden objetivo de valores”;¹⁸
- ii) La ponderación se emplea frente a casos constitucionales difíciles;¹⁹
- iii) En casos extremos se puede sacrificar un principio por otro;
- iv) La ponderación solo es operativa en el caso concreto;²⁰
- v) Ponderación y subsunción se excluyen mutuamente. Sin embargo, “la aplicación de un principio genérico implica la especificación de este en una regla.”²¹

En defensa de la tesis positivista, acorde con el contenido material simultáneo del cual están provistas las constituciones, la aparición de categorías normativas no comunes al arquetipo de reglas y normas jurídicas, para García Amado, constituyen un problema que no ha dejado de rondar en los límites del positivismo jurídico, en tanto,

15. *Ibid.*, p. 464.

16. *Ibid.*, p. 466.

17. Véase: K. Engisch, *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*, Comares, Madrid, 2004.

18. Sin embargo, bajo una pluralidad de valores el debate implicará retomar la tesis de la unidad de valor o, por otro lado, la tesis de la interpretación puntual de los valores a partir de un punto y momento fijo de observación. Véase: R. Dworkin, *Justice for hedgehogs*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2011; C. Schmitt, *La tiranía de los valores*, Hydra, Buenos Aires, 2012.

19. Las prácticas constitucionales demuestran entre otras tipologías de casos difíciles: i) la colisión de derechos fundamentales o principios, ii) la laguna normativa presente en el evento de una laguna constitucional, iii) la laguna axiológica, conexas con el control de constitucionalidad por excepción, iv) las lagunas de conocimiento. Para los puntos i, ii, iii confóntese: O. Agudelo, “Dos dilemas judiciales en Ronald Dworkin”, en *Novum Jus: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia*, 8, 2014, pp. 39-40. Para el punto iv confóntese: C. Alchourron, E. Bulygin, *Sistemas normativos: introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Bogotá, 2013, pp. 203 y ss.

20. De ahí que no sea plausible declarar la existencia de precedente judicial, derivado de una ponderación de derechos.

21. M. Barberis, “¿Existe el neoconstitucionalismo?”, p. 468.

son problemas que no dejan de ser expresados a través del lenguaje normativo. Para ello, frente al contenido material de la constitución procede un análisis deóntico en tres posiciones:

- i) Cosas que la constitución claramente dice (estados de cosas, acompañados de operadores deónticos: Op, Pp, - Pp);
- ii) Cosas de las que la constitución no dice absolutamente nada, por lo que se encuentra en presencia de lagunas constitucionales (\emptyset p);
- iii) Cosas de las que no sabemos si la constitución dice algo o no, abogando por las tesis indeterministas sobre el contenido normativo constitucional (v (Pp) v (P-p))²².

De la relación entre i, ii y iii es posible distinguir que, en materia de categorías y elementos del contenido material constitucional, sobresale una de las tesis útiles para distanciar el constitucionalismo del neoconstitucionalismo, y será el carácter abierto o cerrado del contenido de lo que la constitución dice semánticamente. Sobre ello, una de las incógnitas que merecen ser exploradas es la posibilidad de derivar un mandato constitucional de un enunciado constitucional semánticamente indeterminado.²³

A la respuesta sobre la diferenciación entre constitucionalismo y neoconstitucionalismo, García Amado referencia serias distinciones, que pueden ser parafraseadas así:

El paradigma constitucionalista se caracteriza por:

- i) Una dependencia del contenido deóntico de los mandatos constitucionales a la referencia de sus términos; ii) Frente a los problemas de indeterminación de las normas de orden constitucional, se reconoce que la constitución es abierta y, puede concretarse en contra de la semántica constitucional; iii) En aquellos problemas de indeterminación semántica derivados de la formulación lingüística de las normas constitucionales, la elección de la mejor interpretación solo corresponde a los intérpretes autorizados (legislador, jueces y Tribunal constitucional;

22. Véase: A. García Amado, "Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo", en M. Carbonell (ed.), *Teoría del constitucionalismo. Ensayos recogidos*, p. 238.

23. Ibid.

iv) El Tribunal constitucional cumple un rol negativo puro, pues solo desecha del ordenamiento jurídico aquellas normas que pasan por el filtro del control de constitucionalidad; v) Al poder legislativo le es dada la función de realización constitucional; vi) Persiste una defensa de las figuras del legislador democrático y la soberanía popular.²⁴

Por otro lado, dando continuidad a las posiciones de García Amado, el paradigma neoconstitucionalista se distingue así:

i) Alejándose de las tesis de la formulación lingüística de las normas jurídicas, el significado de las normas constitucionales no se agota en sus términos y enunciados; lo que abre paso a la interpretación dialógica de la constitución; ii) A pesar de que pueda existir indeterminación semántica en las normas constitucionales, ello no contradice su determinación material; iii) Cerrando el espectro de activismo judicial, al intérprete no le es dado elegir entre varias interpretaciones, solo debe cumplir con los mandatos constitucionalmente dados; iv) El rol del tribunal constitucional es dual, de tipo positivo y negativo. Su función no se agota en la declaratoria de constitucionalidad, sino que inaplica normas jurídicas en casos concretos; v) Parte de poner en duda la racionalidad del modelo del legislador democrático.²⁵

Las tesis del constitucionalismo norteamericano

El problema del constitucionalismo en Norteamérica se presenta respecto a tres vertientes ideológicas que gozan de un triple alcance: político, moral y jurídico. Por otro lado, supone un avance en la tradición jurídica norteamericana, donde se pasa de interpretar el derecho constitucional como la exegesis del texto propio de la constitución, para analizar el problema tanto de la legitimidad como de su aplicabilidad social y su dimensión política. Las vertientes analizadas son: un constitucionalismo democrático, un constitucionalismo popular y un constitucionalismo aspiracional.

En primer lugar, el constitucionalismo democrático se basa en la idea de un fin colectivo, bajo el cual, por medio de una agencia colectiva, posibilitada por el texto consti-

24. Ibid., p. 239.

25. Ibid., p. 240.

tucional, “permite la determinación de una autoridad política.”²⁶ Esta agencia colectiva, dada por la convivencia tanto del Estado como de los ciudadanos en el marco de un texto constitucional, permite la instauración de, por ejemplo, tratados internacionales, políticas públicas, promulgación de leyes, etcétera. A su vez, presenta diversos actos que, en cierta medida, “abogan por la unidad de agencia que deben perseguir los Estados.”²⁷ Es una característica fundamental en los Estados democráticos modernos unificarse en pro de un valor colectivo que tiene su gobierno; así, el calificativo “democrático” obedece a “un principio unificador”,²⁸ que permite la identificación, aun a pesar del contenido, de la forma institucional estable de una determinada estructura de gobierno.

Este principio unificador se sustenta en dos tesis surgidas a partir del concepto de constitución: por un lado, la constitución implica una pertenencia a un grupo social como “algo que somos”, al modo de articulación social y política en comunidad; por otro lado, se habla de un quehacer, como modo de autoconstrucción humana a partir de la integración social. Estos dos aspectos se interrelacionan en cuanto a que es necesario identificar tanto el para dónde va la sociedad como de dónde provino, presentando así un marco problemático justo para la democratización de la interpretación del texto constitucional.

Desde la óptica del constitucionalismo como paradigma jurídico, no es posible deslindar de su esencia la posición de la primacía de la constitución y la garantía de la rigidez constitucional. Stephen Holmes, de la mano de John Elster, plantea la tensión entre constitucionalismo y democracia; en tanto que, si la legalidad de los Estados, por legitimidad, se encuentra sujeta al consentimiento de la mayoría, se cuestiona por qué en un compromiso o acuerdo original *i.e.* la posición original dificulta ulteriores modificaciones a la estructura y contenido esencial de la constitución. A favor de la fórmula del precompromiso, Holmes cita al juez Robert Jackson, quien al respecto decía: “El propósito mismo de una declaración de derechos fue retirar ciertos temas de las vicisitudes de la controversia política para colocarlos fuera del alcance de las mayorías y los funcionarios, y establecerlos como principios jurídicos que serían aplicados por los Tribunales.”²⁹

En esa misma línea argumentativa, Holmes encuentra que el constitucionalismo reporta una naturaleza antidemocrática, en tanto que extrae ciertos asuntos de las

26. R. Post, “Constitucionalismo democrático y heterogeneidad cultural”, en *Australian Journal of Legal Philosophy*, 25, 2008, p. 185.

27. *Ibid.*, p. 186.

28. *Ibid.*, p. 187.

29. J. Elster, R. Slagstad, *Constitucionalismo y democracia*, Fondo de Cultura Económica, México D. F., 1999, p. 218.

decisiones o procesos democráticos. Una forma de convalidar la tesis anterior consistirá en comprender la constitución como un freno a la democracia miope, carente de cultura jurídica para algunos y poco educada cualitativamente, que demostrará la necesidad de asumir precompromisos constitucionales³⁰ intangibles, ya que: “Los ciudadanos de hoy son miopes; tienen poco dominio de sí mismos; son lamentablemente indisciplinados y siempre tienden a sacrificar principios perdurables en aras de placeres y beneficios inmediatos.”³¹

Otras formas alternas de abogar por el constitucionalismo se encuentran en la fundamentación de las decisiones ancestrales o una visión del constitucionalismo como un paradigma que impone una serie de limitaciones que, a su vez, promueven la libertad o direccionamiento de un agente libre. Hooker en Holmes arguye la obligatoriedad de las decisiones de los predecesores sobre los presentes, en tanto que, analógicamente, “los vivos y los muertos constituyen un pueblo.” Sin embargo, advierte Holmes, son dos los focos que dan lugar a la ruptura o desacuerdo en el compromiso original:

1. Donde un individuo trató de sujetar a otro a través del compromiso original;
2. Donde solo intervino un sujeto en el contrato.³²

Ahora, con la figura de la propiedad privada, fue posible la legitimación del precompromiso en el contexto norteamericano, pues, en palabras de Pufendorf “el acto de una generación solo puede obligar a otra cuando algún hombre ha adquirido de él un derecho”, y el ejemplo más claro para dicha afirmación ha de ser la propiedad que se hereda en virtud de los acuerdos originales o precompromisos.³³

Sin embargo, existen posturas contrarias que superponen la democracia al constitucionalismo. Por ejemplo, Martin Shapiro hace dicha superposición, en tanto que cuestiona si el apego al cuerpo de la ley es constitucional y, si además, quieren los ciudadanos que una norma en cuestión sea constitucional, dado que esas normas intocables

30. En defensa de la fórmula del precompromiso, José Juan Moreso, a partir de la construcción de un modelo de delimitación del ordenamiento jurídico como una “sucesión de sistemas normativos”, cuyo sistema primario u original debe estar compuesto de normas constitucionales, plantea la necesidad del concepto de primacía de la constitución, la cual entra en contradicción con la idea de democracia representativa, pues esta es un mecanismo de decisión basado en el voto de la mayoría, mientras que la idea de primacía constitucional “restringe el conjunto de decisiones que pueden tomarse por la mayoría”. Véase: J. J. Moreso, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 165; M. Alemany, “Democracia versus constitución (¿precompromiso o paternalismo?)”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 26, 2010, p. 67.

31. J. Elster, R. Slagstad, *Constitucionalismo y democracia*, p. 219.

32. *Ibid.*, p. 230.

33. *Ibid.*, p. 234.

ya no reflejan las condiciones actuales de la ciudadanía; así abogan por una naturaleza abstracta e indeterminada en la construcción normativa de los derechos fundamentales, cuya determinación fija ha de corresponder a la dinámica social.³⁴ Otras fórmulas de justificación del imperio de la democracia se encuentran en las figuras de la prohibición para obstruir el futuro, desarrolladas por Holmes en los nombres de Hume, Jefferson y Paine, y la dinámica social derivada de la evolución del conocimiento humano. A juicio de Holmes, fue David Hume quien en 1740 encontró una contradicción y, a su vez, la forma inicial de la pugna entre constitucionalismo y democracia, en las bases de la teoría republicana, dado que esta se cimienta en la entidad ficticia del contrato social. Al respecto, Hume cuestionaba si el contrato social no implica una anulación a las generaciones remotas por parte de sus padres, recordando que el Republicanismo aboga por que “una generación fundadora nunca debería condicionar a sus sucesores con un esquema constitucional fijo.”³⁵ De esta manera, la figura del contrato social aparece como la fórmula del precompromiso en el constitucionalismo.

En este sentido, se presentan dos posturas evidentemente contrarias: la del constitucionalismo que ve a la democracia extrema como “un caballo desbocado” y la democracia que ve al constitucionalismo como un freno a la voluntad mayoritaria. La pregunta subyacente a la presentación de esta tensión es si en términos conceptuales y prácticos es posible la democracia constitucional. A su vez, los predecesores no pueden obligar a sus hijos y, si los hijos repudian las ataduras y promesas impuestas por sus antecesores, entonces, se cuestiona por qué los presentes se preocupan por los del futuro, dado que dicha preocupación significa, de igual forma, un precompromiso. Es de esta forma como aparece la paradoja de la democracia, según la cual, “cada generación desea ser libre para obligar a sus sucesoras sin estar obligadas por sus predecesoras”;³⁶ idea que enfrenta el problema del progreso ilimitado. Al mismo tiempo, la paradoja de la democracia se presenta como uno de los dos cuernos del dilema en la respuesta del constitucionalismo del árbol vivo al debate sobre la estructura del paradigma constitucionalista.³⁷

34. De ahí que, según Waluchow: i) una constitución es un instrumento cuyas disposiciones morales abstractas pueden crecer y adaptarse al cambio sin perder su identidad y función de guía, ii) las disposiciones abstractas de una constitución deben tener permitido crecer y adaptarse a su medio, iii) este proceso puede tener lugar a través de una genuina interpretación constitucional, no a través de la construcción o de una reforma, iv) la autoridad para delimitar las disposiciones morales abstractas es legítima. Véase: W. Waluchow, “Strauss, democracia y constitucionalismo del árbol vivo”, en J. Fabra, L. García Jaramillo (eds.), *Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D. E., 2015, p. 257.

35. J. Elster, R. Slagstad, *Constitucionalismo y democracia*, p. 221.

36. *Ibid.*, p. 243.

37. Los dos cuernos del dilema son: i) basado en la paradoja de la democracia, una de las limitaciones de la visión abstracta de las disposiciones morales constitucionales es la tesis originalista ya que, según esta, las nuevas generaciones deben atarse a las decisiones de las generaciones precedentes. Waluchow llama este dilema “El problema intergeneracional”; ii) el problema de la discreción: ¿cómo puede ser extendido un concepto moral abstracto de tipo constitucional, atendiendo a criterios

Es importante resaltar que el aspecto constitucional en esta corriente radica en su garantía de legitimación democrática, la cual permite la identificación de compromisos e intereses comunes que subyacen a las exigencias políticas y económicas de un Estado determinado. Sin embargo, en Norteamérica, los compromisos culturales obedecen a un concepto entroncado en la idea de heterogeneidad cultural, en donde se puede: o desarrollar una cultura uniforme o tolerar y promover la diversidad y heterogeneidad cultural. Así, el fin ulterior del constitucionalismo es, en pocas palabras, atender a los reclamos de heterogeneidad cultural, a fin de garantizar mínimos de integridad y legitimidad social.

En segundo lugar, para los populistas el constitucionalismo surge como una reacción a la aparente contradicción entre el ideal democrático y el sistema de autogobierno propuesto por el cuerpo del texto constitucional. Hablar de democracia constitucional implica hablar de dos conceptos diferentes: por un lado, una organización gubernamental y, por otro lado, un Estado constitucional. En este campo, el propósito del constitucionalismo es “arrebatarle cierto poder a las mayorías miopes que –por defecto o ambición– han perdido de vista el bien común.”³⁸ Corresponde, por lo tanto, al juez constitucional velar por el cumplimiento de las restricciones impuestas en la constitución, en donde, como un personaje sumamente calificado por sus condiciones morales, jurídicas y profesionales, está capacitado para emitir un juicio sobre una situación problemática para el derecho. Se presenta así el problema de las elites jurisdiccionales, el cual se justifica en la existencia de una elite que controle la decisión e interpretación de los cánones constitucionales a la luz de una situación jurídica problemática que le dé alcance argumentativo.

Waldron, citado por Post, afirma que el proceso democrático puede ser corregido en la medida en que se entienda que, por medio de las decisiones judiciales, se expresa el sentimiento popular.³⁹ Mientras que Kramer, citado también por Post, plantea dos visiones de populismo constitucional, a saber:

1. Jeffersoniana. Esta visión plantea que la participación popular en la decisión judicial implica una defensa a los intereses y a los principios;⁴⁰
2. Madisoniana. Esta visión plantea que la integridad de la interpretación y la salvaguarda de la constitución radica en el texto legislativo de la misma, y su interpretación democrática por parte de las cortes.⁴¹

de imparcialidad y objetividad moral? Los defensores de la tesis del constitucionalismo del árbol vivo consideran como estrategia acudir a las reglas del razonamiento jurídico que brinda el *Common Law*, en tanto que brindan estabilidad para el sistema jurídico. Véase: W. Waluchow, “Strauss, democracia y constitucionalismo del árbol vivo”, p. 256.

38. D. Peña, “Constitucionalismo popular contestatario”, en *Isonomía*, 38, 2013, p. 226.

39. *Ibid.*, p. 228. Dado que toda decisión tiránica sacrifica, en cierta medida, los derechos de las minorías.

40. *Ibid.*, p. 229. Es decir, una interpretación popular del alcance de la constitución.

41. *Ibid.*, p. 230. En donde, por medio de deliberación democrática, se vinculan todos los actores de la sociedad.

Así las cosas, el constitucionalismo popular implica una reinterpretación del texto y el alcance de la constitución, tanto a su campo social, es decir, a su finalidad, como a la relación subordinada de los elementos jurídicos y políticos al poder popular. Esto implica, entre líneas, un rechazo a la supremacía judicial, en donde se plantea la crítica a que un tribunal determinado sea la única y final estancia interpretativa.

El populismo, sostiene Kramer, presenta una seria distinción entre actividad jurídica y actividad política, pero en materia de interpretación y alcance de decisiones jurisdiccionales, que afecten bienes y derechos constitucionalmente tutelados, afirma las ventajas de “un proceso interpretativo que vincule los argumentos planteados por una comunidad política en sentido amplio.”⁴²

En tercer lugar, se plantea un constitucionalismo aspiracional, que aboga por la vinculación de métodos y mecanismos idóneos para la interpretación tanto jurídica como política de los criterios constitucionales, desde perspectivas políticas, sociales, económicas o morales. Los métodos son el de evitabilidad (*avoidance*) y el anticanon.

El método de la evitación, o mejor llamada evitabilidad, es un canon de interpretación constitucional de sentencias judiciales, que consiste en evitar dificultades prácticas a la hora de enfrentarse a la interpretación de problemas jurídicos a la luz de los preceptos constitucionales; este permite camuflar decisiones judiciales en el marco tanto de doctrina constitucional como de principios históricos y reconstructivos, en busca de principios interpretativos plausibles.⁴³

Es un principio cardinal de la interpretación judicial del derecho en la medida en que permite la reconstrucción de criterios judiciales que superen brechas políticas, como un mecanismo de vinculación de decisiones políticas y jurídicas a la luz de la actividad judicial. La evitabilidad de casos constitucionalmente relevantes implica la innovación en las alternativas de decisión de casos difíciles, por medio de criterios interpretativos judiciales que sustituyan la modificación legal del ordenamiento en pro de dicha solución jurídica.

Por otro lado, se entiende el anticanon como la negación de la utilización de un canon de interpretación en un caso concreto, por cuanto la decisión, tanto en su proceso de interpretación como en su cuerpo justificatorio, presenta errores que permiten no la solución de la circunstancia sometida a estudio, sino una decisión completamente salida de ellos.

42. Ibid., p. 231.

43. Este fenómeno tiene visos políticos, en la medida en que garantiza reescribir la historia de la constitución, en donde un activismo, a la hora de la función judicial, permite usar el canon como un criterio de cambio legal. Véase: N. Katyal, T. Schmidt, “Active Avoidance: The Modern Supreme Court and Legal Change”, en *Harvard Law Review*, 128, 2015, p. 2112.

La interpretación anticanónica es producto de la función judicial norteamericana, en donde los criterios de decisión pueden incluir tanto los clásicos cánones de interpretación en derecho como criterios auxiliares, como morales, políticos o económicos, que amplían el espectro de la decisión a marcos justificatorios más amplios de los que se pueden llegar a controlar por parte del juzgador. El anticanon es la expresión fáctica del peligro que se da al emplear la reconstrucción de decisiones judiciales, por cuanto, al admitir criterios morales en tal actividad, propondría una suerte de liberalidad a la hora de entender cómo resolver en derecho un problema jurídico.⁴⁴

Concluyendo, son varios los puntos de intersección entre la tradición norteamericana y la tradición continental en materia de ismos constitucionales. Primero, el eje rector de las tradiciones constitucionalistas sigue siendo ubicado en el papel de la democracia, en el marco de los Estados constitucionales de derecho; situación que, de fondo, puede recoger las versiones del constitucionalismo así: por un lado, algunas de las versiones constitucionalistas apuestan a un margen de rigidez constitucional; situación que trasladada puede ser ubicada en las situaciones del anticanon constitucional norteamericano y la interpretación por vía originalista. Por otro lado, visiones como las del neoconstitucionalismo, el constitucionalismo del árbol vivo, el constitucionalismo aspiracional y el constitucionalismo democrático apuestan a una construcción no rígida de los derechos fundamentales, al entender que su desarrollo corresponde a la dinámica social; situación para la cual los originalismos habrían de constituir un limitante en la construcción de la categoría fundamental. Segundo, por el lado de la tradición continental, el debate entre constitucionalismo y neoconstitucionalismo viene dado, entre otros casos, por la hipótesis de la superación del paradigma positivista; sin embargo, ambas tendencias no son ajenas a los postulados del positivismo jurídico incluyente. En cambio, en el espacio de los constitucionalismos norteamericanos, el punto de discusión, por corresponder a una herencia realista, no viene dado en la superación del positivismo jurídico, sino en la posibilidad de un derecho constitucional legítimo, que, por supuesto, se interpenetra con los sistemas de la política y la moral.

44. Véase: J. Green, "The Anticanon", en *Harvard Law Review*, 125, 2011, p. 404.

CONSTITUCIONALISMO ASPIRACIONAL Y PAZ

Entre la democracia y la opinión¹

Jorge Enrique León Molina

Universidad Católica de Colombia

ASPIRATIONAL CONSTITUTIONALISM AND PEACE

Between democracy and opinion

DOI: 1017450/160112

1. Constitucionalismo aspiracional: relaciones entre el derecho y la política

El constitucionalismo aspiracional, entendido *lato sensu*, es el medio articulador entre constitución y progreso, dado que implica una mirada puesta en el futuro, en donde no solo se plantean reglas político-jurídicas para situaciones problemáticas para el Estado en el presente, sino que se plantean regulaciones que proyecten la integridad del Estado a instancias posteriores en el tiempo. Al ser así determinada la función política, es labor del derecho determinar la validez inmediata de las normas;

1. Este trabajo surge como avance de investigación del autor en el marco del proyecto titulado “Metodología del positivismo jurídico: metateoría y neoconstitucionalismo” desarrollado por el grupo de estudios legales y sociales Phronesis, adscrito al Centro de Investigaciones Sociojurídicas –CISJUC– de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

es decir, en tiempo presente, debe determinar la validez del proceso mediante el cual emanan las normas jurídicas que justificarán, a futuro, tanto relaciones políticas como derechos fundamentales.

Esta función del constitucionalismo aspiracional se fundamenta en la función de la política, en la cual se entiende que es una práctica que mira hacia el futuro, por cuanto, en palabras de García, es un “reino de promesas y propuestas.”² Es decir, que está fundamentada en expectativas ideales de acción, que no se ejecutan de inmediato, sino que requieren programarse y derivarse a futuro, no se ejecuta por completo, sino paulatinamente.

Así, se plantean unas fronteras difusas entre el derecho y la política dado que, mientras el derecho es producto de una actividad política, que va desde la formulación de la norma hasta la aplicación de la misma en una decisión emergente –decisión que tiene un alto tinte político revestido en su dificultad conceptual–, la política, por el contrario, implica la adopción de disposiciones con claro corte social, progresista e imperativo, enfocado a la garantía de derechos sociales, estatus generales, o simplemente al mantenimiento de un orden social.³ En Aguiló, la “determinación de la implicación de los juicios fácticos, en términos de probabilidad y conducta, obedece a un juicio moral propio de un positivismo normativo.”⁴

Desde este contexto, se entiende que el discurso jurídico-político del constitucionalismo aspiracional es ambiguo, dado que, desde los modelos constitucionales –como el modelo colombiano–, en los cuales aunque expresen una mirada discursiva hacia el presente, también plantean que el proceso político de garantía de derechos fundamentales debe cimentarse paso a paso, en períodos de varios años, mediante procesos serios y estructurados de desarrollo político y social, desarrollo que va desde criterios propios de justicia social hasta la determinación de derechos fundamentales, que no se satisfacen de inmediato, sino que se derivan en el tiempo y requieren sistematización y aplicación sucesiva.⁵

Es por esto que es necesaria toda asociación política de los derechos, dado que “dicha asociación permite la protección de los derechos inherentes a los hombres”⁶ en la medida en que la dimensión política podría ser el criterio de sostenibilidad sucesiva de

2. M. García, “Constitucionalismo Aspiracional”, en *Araucaria: Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, año 15, 29, 2013, p. 77.

3. *Ibid.*, p. 78.

4. J. Aguiló, *La Constitución del Estado Constitucional*, editorial Temis S. A., Bogotá D. C., 2004, p. 27.

5. M. García, “Constitucionalismo Aspiracional”, p. 79.

6. *Ibid.*, p. 80.

derechos en un sistema jurídico-político determinado; desde esta perspectiva, es muy difícil ver un derecho fundamental lejos de su implicación política, sus efectos sociales y su vocación constitucional.⁷

2. La dualidad de la visión aspiracional de la constitución

La constitución es, a su vez, entendida como un símbolo de delimitación de manio- bras políticas, que constituyen garantías frente al poder hegemónico del marco políti- co del Estado, cuya finalidad es la consagración de derechos fundamentales. Es en su corpus donde adquieren relevancia las nociones político-jurídicas de derechos, ya sean fundamentales, sociales o ambientales. Así las cosas, la constitución, teóricamente, pue- de verse desde dos visiones:

- A. La constitución como carta de derechos. Desde esta perspectiva, la constitución se entiende como un documento legal que impide abusos de poder, garantiza y protege derechos. Tiene su origen en la Revolución francesa, en donde la consti- tución se determinaba como la expresión de la esencia histórica de los pueblos, lo cual quiere decir que esta se entiende como una garantía presente de dere- chos propios de una comunidad humana que, en su forma escrita, constituye fines últimos de protección por parte del Estado.
- B. Documento político fundacional. Desde esta perspectiva, se entiende la constitu- ción como un documento que pretende mostrar los fines sociales a los cuales el Estado puede y debe aspirar a futuro. Esta visión tiene su origen en la Revolución de Independencia de Norteamérica, en donde los patriotas en la Revolución nor- teamericana entendían la constitución como la expresión política del pueblo.⁸

Así, desde estas dos visiones, se entiende que el constitucionalismo aspiracional im- plica la asociación de la constitución con la limitación del poder, por medio del equili- brio entre garantías de derechos presentes y promesas futuras; es decir, la finalidad de la relación entre política y derecho no tiene otro fin que balancear, en un momento y

7. J. Aguiló, *La Constitución del Estado Constitucional*, p. 111. En Aguiló, el constitucionalismo tiene la función de “situar el reconocimiento de los derechos al frente de la legitimidad de un sistema político y jurídico”, dado que para él los derechos tienen la misión de fundamentar y justificar las condiciones de obediencia y vinculación del individuo tanto al poder jurí- dico como al poder político, que es, en últimas, el que dispone las formas en las cuales se dan la creación y reconocimiento de normas.

8. R. Dworkin, *La democracia posible. Principio para un debate político*, Editorial Paidós S. A., Barcelona, 2008, p. 64. La mi- rada al futuro de los constitucionalistas norteamericanos implica un profundo desencanto que se tiene en la política, agrava- do por un rechazo sistemático tanto a la visión pluralista propia del pragmatismo, como al sistema de corte socialista.

espacio determinado, los intereses políticos del Estado, con la garantía de derechos fundamentales en el interior del mismo.⁹

A su vez, también existen dos puntos de vista del análisis del constitucionalismo aspiracional, en donde se vinculan los conceptos de constitución, derechos y fines políticos, en una forma normativa; veamos:

- A. El punto de vista interno se refiere a la concepción de la constitución en virtud de la cual esta contiene normas positivas dotadas de fuerza imperativa. En el interior del derecho constitucional, esta dogmática implica la interpretación del corpus constitucional desde el punto de vista jurídico, en donde, basados en el corpus normativo que las componen, se especifican reglas, principios o directrices programáticas como fines del Estado a futuro.
- B. El punto de vista externo, por el contrario, procura lograr progreso social a través de principios y derechos sociales,¹⁰ sin embargo, en palabras de García, este discurso no constituye más que pura “retórica política.”¹¹ Mas podría no ser solo un discurso meramente superficial, sino que se permite tener en cuenta la categoría normativa de los valores,¹² en donde, con su naturaleza mixta, podrían surgir del ordenamiento jurídico y tener, a su vez, vocación política de cumplimiento de acciones sociales.¹³

Desde aquí podrían darse dos características propias del constitucionalismo aspiracional, en donde podría entenderse la mixtura de las dimensiones político-jurídicas de las disposiciones constitucionales, en cuanto a su finalidad; sin más, se tienen las siguientes características:

1. El constitucionalismo aspiracional es propio de contextos jurídico-políticos donde: el presente es problemático y se piensa en un futuro mucho mejor. Esto implica que se presente en Estados donde su inestabilidad política o jurídica permite impulsar la búsqueda de un futuro mucho más promisorio; a modo de ejemplo, podríamos entenderlo como: en un Estado donde los conflictos amenazan la estabilidad social,

9. R. Dworkin, *La comunidad liberal*, Siglo del Hombre editores, Bogotá D. C., 2004, p. 174. Lo cual solo es posible si se presenta una integración moral en el interior de los sujetos del Estado; en virtud de la cual “solo es posible cuando las prácticas sociales crean el trasfondo conceptual necesario para que la integración moral sea obligatoria”, en nuestro caso, a un fin común: la paz.

10. R. Dworkin, *El imperio de la justicia*, Editorial Gedisa S. A., Barcelona, 2012, p. 133. Así, la equidad política se constituye como un criterio de “aceptación política de circunstancias de análisis plausible de derechos.”

11. M. García, “Constitucionalismo aspiracional”, p. 81.

12. R. Dworkin, *Una Cuestión de Principios*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2012, p. 132. Categoría que requiere un análisis de su coherencia a la luz tanto del ordenamiento político como del ordenamiento jurídico.

13. R. Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, Editorial Gedisa S. A., Barcelona, 2013, p. 159. Desde Alexy, la garantía de libertad, democracia y Estado social se encuentra en la constitución, como contenido substancial al sistema jurídico.

se disponen las formas en las cuales, a futuro, puede garantizarse la paz como un fin indispensable del Estado en cuestión.

2. Por otro lado, el análisis aspiracional de la constitución procura la efectividad no solo jurídica, sino fáctica de sus disposiciones normativas. Desde esta perspectiva, se habla de normas que garanticen la efectividad de constituciones aspiracionales, es decir, aquellas que consagran principios, valores y derechos, en dos usos:
 - A. Movilización política manifiesta en órganos colegiados, en donde, a partir de las normas constitucionales, se da autoridad y se delegan funciones a órganos políticos en pro de garantizar la ejecución de derechos fundamentales determinados. El alcance político está dado por la vocación política del nombramiento y la delegación de funciones ejecutivas a una autoridad de corte administrativo.
 - B. Control judicial de las leyes y actos administrativos. Por otro lado, toda constitución aspiracional plantea las formas y los mecanismos para determinar un control judicial a todas aquellas normas o actos administrativos que puedan ir en contravía de derechos fundamentales constitucionalmente reglamentados; esto supone un control judicial a actuaciones políticas sucesivas, es decir, se procura sanear los vicios que se puedan presentar en la ejecución sucesiva de los derechos fundamentales que se garantizan en el interior de un Estado.

Dado lo anterior, se hace menester plantear un caso en virtud del cual se analice tanto la incidencia como el desarrollo del constitucionalismo aspiracional, como visión integradora de las dimensiones política y jurídica, en el interior de un Estado. Para ello, se analizará la incidencia de la paz como principio y como directriz programática, desde dos perspectivas: la democracia y la opinión pública.¹⁴

3. La paz como integración constitucional: entre la democracia y la opinión pública

En un principio, se entiende la paz desde dos perspectivas: desde un concepto meramente positivo y desde uno negativo. Desde el positivo, se entiende como el estado

14. R. Gargarella, *La justicia frente al gobierno*, Centro de Estudios y Difusión del derecho, Quito, 2012, p. 104. Debe tenerse cuidado con plantear un radicalismo popular, en virtud del cual se toman en cuenta las disposiciones de las mayorías, en pro de una condición necesaria y suficiente para lograr imparcialidad.

ideal que garantiza armonía en el entorno social; mientras que desde el punto de vista negativo, se entiende como la ausencia de guerra, la cual, entendida como *opus iustitia*,¹⁵ permite relaciones de justicia y armonía en el interior de la sociedad humana.

Debe clarificarse que, en caso de conflicto, la violencia no solo se refiere a la utilización real y potencial de la fuerza, sino que también se hace necesario un análisis valorativo de la afectación estructural del entorno social; es decir, es necesario comprender que toda afectación al entorno social constituye, en caso de violencia, una injusticia social.

Esta valoración positiva implica que la finalidad política de la paz se realiza en su perdurabilidad en el tiempo; situación que puede verse afectada no solo directamente, sino con posibilidades intermedias que no encajen en afectación a la justicia social, ni propiamente en estados de guerra; así, la calificación de la paz trae consigo un análisis moral de los contextos políticos que la implican.¹⁶

Para este análisis, aunque es necesario vincular el concepto mismo de paz desde un marco constitucional, no se debe dejar de lado una dimensión política que, como marco general, encausaría políticamente las acciones del Estado. De esta posición se afirma, por consiguiente, que podría darse una relación entre democracia¹⁷ y paz, en forma de una inclusión interna y externa de las funciones del Estado, en donde la función de este último se reduce a ser un “pacificador”,¹⁸ ya que plantea las reglas, políticas y formas en las cuales se presenta ese derecho a la paz. Así las cosas:

1. Desde el punto de vista interno, la democracia y la paz se relacionan implícitamente, en la medida en que se asume la paz como un principio común a todos los individuos. Su discusión, garantía y operatividad es un ejercicio propio de los individuos en el interior del Estado.¹⁹ Desde esta perspectiva, es un ejercicio de opinión pública determinar cómo debe darse y en qué medida debe garantizarse el principio de la paz.
2. Por otro lado, desde el punto de vista externo, no son los sujetos quienes determinan la aplicación de la paz, sino es el Estado mismo, en el marco de sus instituciones jurídico-políticas, el que determina la efectividad, protección y garantía del valor de la paz. Esto se fundamenta en el principio democrático de elección

15. A. Ruiz, “Paz y Guerra”, en E. Díaz, A. Ruiz (eds.), *Filosofía Política II: Teoría del Estado*, Editorial Trotta S. A. Madrid, 1996, p. 246.

16. *Ibid.*, p. 247.

17. N. Bobbio, *Liberalismo y democracia*, Fondo de Cultura Económica, México D. F., 1989, p. 66: “La democracia se entiende como participación directa o indirecta de todos en el poder político”, en pro del interés colectivo general.

18. A. Ruiz, “Paz y guerra”, p. 261.

19. A. Pintore, “Derechos insaciables”, en L. Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Editorial Trotta S. A. Madrid, 2001, p. 247. Así, pueden entenderse dos formas de democracia: una formal, en la cual se determina quién decide y bajo qué autoridad, y la sustancial, que determina qué se va a decidir.

popular, en donde el pueblo descarga en sus gobernantes la función de determinar políticamente el camino que debe tomar el Estado. La paz, entonces, toma una fuerte carga política que, desde normas positivas, encausa sus actuaciones en pro de mantener ese marco general de operación, en donde se garantiza la dignidad, la igualdad de oportunidades y el desarrollo social, que se denomina paz.

Por lo tanto, ¿podría la paz enmarcarse como un fin ulterior del Estado, susceptible de aprobación popular a través de la democracia, o es meramente un ejercicio de opinión pública de los ciudadanos para obtener reconocimiento unilateral por parte del Estado? Desde el constitucionalismo aspiracional, la discusión está abierta, dado que ambas posibilidades constituyen un fin político mediante un reconocimiento jurídico de una situación común a un entorno social; sin embargo, conviene analizar las dos posibilidades para mirar puntos de inflexión.

3.1 La democracia y la formación de opinión

En Habermas, el proceso democrático tiene importancia en razón del papel del Estado en el interés de la sociedad civil; relación que se da en el marco de la convivencia pacífica y la obediencia propia de los sujetos para con el Estado.²⁰ En el marco del Estado de derecho, la política no tiene una función de intermediación entre él y la sociedad, sino que es el medio por el cual se constituyen las relaciones sociales en conjunto, dado que vincula a la sociedad, en forma recíproca y dependiente, en una calidad común llamada ciudadano.²¹ Dichas relaciones se dan, entonces, en tres fuentes: la autoridad del Estado, la regulación descentralizada del mercado y la integración social.

Esta es la base social autónoma del Estado, tiene primacía normativa por cuanto constituye el marco general de operatividad del Estado, en el cual se garantiza la individualidad, libertad de elección y autonomía pero, por otro lado, protege la unidad estructural y la supremacía estatal en pro de proteger la articulación política entre el Estado y la sociedad.

Así, es importante determinar en Habermas la incidencia del concepto de ciudadano, ya que, en cabeza de este, el Estado garantiza libertades positivas o negativas,

20. J. Habermas, *La inclusión del otro: escritos de teoría política*, Editorial Paidós S. A., Barcelona, 1999, p. 231. Para Habermas, el Estado “se concibe como el aparato de la administración pública” y la sociedad como “el sistema de interrelación entre las personas privadas y su trabajo social estructurado en términos de la economía del mercado.” A partir de estos conceptos básicos, se podrá iniciar el análisis de las formas de democracia.

21. *Ibid.*, p. 232. Esto supone un conocimiento recíproco entre los individuos, en pro de “convertir la ciudadanía en una asociación de hombres libres e iguales.”

oponibles tanto a él como a otros ciudadanos; además, garantiza derechos subjetivos que permiten “perseguir intereses privados dentro de los límites trazados por las leyes”;²² sin embargo, también se garantizan derechos políticos, los cuales son el mecanismo de hacer valer intereses privados que, unidos a otros intereses privados, podrían configurar una voluntad política efectiva, que busque el reconocimiento estatal de ese interés privado, en forma de un valor político.

No obstante, los derechos políticos son libertades positivas,²³ por cuanto constituyen derechos cívicos, exigibles en el marco de participación y comunicación de los ciudadanos para con el Estado; implican una participación común en forma de un ejercicio positivo: el ejercicio de la democracia, materializado ya sea en el voto o en la opinión.²⁴

Desde esta perspectiva, se pretende demostrar cómo la democracia lo que garantiza no es la obtención de derechos subjetivos, sino la formación de una opinión y de una voluntad común respecto a la cual los ciudadanos, libremente, entienden cómo quieren lograr sus fines y metas comunes. Es así como el voto es la libertad positiva más paradigmática en todo el andamiaje jurídico del Estado, por cuanto constituye la actividad política que posibilita la inclusión de una comunidad de individuos iguales en el marco de los derechos, con el fin de garantizar contribuciones autónomas o adoptar posiciones propias al respecto de la operatividad del Estado.²⁵ Esta es la evidencia más aspiracional que se pueda encontrar en el marco del constitucionalismo.

Por lo tanto, la paz, desde esta perspectiva, podría entenderse como el acuerdo común entre los ciudadanos exigible para con el Estado, en pro de garantizarla como un bien social colectivo; los acuerdos de paz, concertados popularmente, gozarían de una legitimidad social derivada de los intereses sociales antes descritos.

3.2 La opinión pública y la paz

También podría analizarse la consecución de un estado ideal como la paz desde la perspectiva de la opinión pública, en donde la determinación de la opinión se hace vinculando la política y la moral; Habermas, siguiendo a Kant, afirma que es función de la

22. *Ibid.*, p. 233. Así, los derechos subjetivos, en Habermas, son “derechos negativos que garantizan un ámbito de elección dentro del cual las personas jurídicas están libres de coacciones externas.”

23. J. S. Mill, *Sobre la libertad*, Editorial Alianza S. A., Madrid, 1984, p. 125. Las libertades positivas implican la libertad para formar una opinión y tomar la decisión adecuada para procurar, “al tono de las circunstancias, una instigación positiva para el correcto hacer.”

24. *Ibid.*, p. 234. Esto se justifica en que los ciudadanos pretenden “ser sujetos políticamente responsables de [constituir] una comunidad de personas libres e iguales.”

25. *Ibid.*

opinión pública hacer extensibles los acuerdos o las disposiciones políticas que versan en las directrices programáticas, por medio del ejercicio moral del ciudadano que las acepta o no y en qué medida.²⁶

Así las cosas, la opinión pública implica una actitud de los ciudadanos tendiente a determinar la conveniencia de una directriz política o una acción del Gobierno;²⁷ implican, a su vez, una toma de acciones políticas en pro de acciones públicas, ya sea de aceptación o de disidencia.

Deben darse las condiciones ideales para que, dado el debate ideológico sobre el cual versará la opinión pública, permita la discusión adecuada, racional y política del mismo en el interior del entorno social, en donde no solo se garantizan derechos fundamentales como el de reunión o el de opinión, sino también se enriquece el debate a tal punto que puede constituirse como regla democrática en la toma de decisiones. Someter la paz a un debate de esta naturaleza tiene dos visiones: una positiva, por cuanto la opinión podría mostrar cómo se debería dar la garantía del valor fundamental de la paz y qué fines últimos se procuran garantizar a la hora de hacerla exigible; y una negativa, en el cual puede contaminarse el debate político con ideologías externas que no tienen nada que ver con el debate inicial.

La importancia de la determinación de opinión es capital dado que implica la pluralidad de opiniones en pro de un debate constitucionalmente válido; este ejercicio, para el constitucionalismo aspiracional, resulta en una demostración de la vocación política de las mismas, en concordancia también con su dimensión jurídica; sin embargo, la traducción jurídica de los acuerdos logrados en cuanto a la opinión tendría que ser ratificada desde lo político para tener esa doble naturaleza.

Conclusión

Se evidencia así que, en el marco del constitucionalismo aspiracional, el debate sobre la paz puede abordarse ya sea desde la democracia o desde la opinión pública; debate que surge en la forma en la cual pretende garantizarse ese valor fundamental. Desde la democracia, en ejercicio del voto, se toma en cuenta el ejercicio de un derecho político para justificar las discusiones de cómo se puede garantizar un medio

26. J. Habermas, *Historia y crítica de la opinión pública*, editorial Gustavo Gili S. A., Barcelona, 1981, p. 136. En Habermas, la idea de opinión radica en la posición de los individuos para con el Estado, en la cual se discuten los acuerdos políticos implementados, en procura de lograr un orden social más justo y, por lo tanto, más pacífico.

27. J. Solozábal, "Opinión Pública", en E. Díaz, A. Ruiz (eds.), *Filosofía Política II: Teoría del Estado*, p. 147.

social pacífico, en pro de la satisfacción de intereses privados, extensibles a un entorno social; mientras que, en cuanto a la opinión, esta no se ejerce desde un derecho político, sino desde derechos fundamentales como la libertad, la asociación o la opinión, con raigambre jurídica pero, en este caso, aplicable a entornos políticos dada la generalidad del tema de la paz.

¿ES POSIBLE LA CONSTRUCCIÓN DE METARREGLAS PARA LA REGULACIÓN DEL CONTROL POPULAR DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL?

Manuel Asdrúbal Prieto Salas

Universidad Católica de Colombia

IS IT POSSIBLE TO CREATE METARULES TO REGULATE THE POPULAR CONTROL OF CONSTITUTIONAL INTERPRETATION?

DOI: 1017450/160113

I

Uno de los debates más importantes en el derecho constitucional contemporáneo es el relativo a quién debe ser el intérprete principal de la constitución política. Sobre este aspecto se presentan rivalidades entre el neoconstitucionalismo y el llamado constitucionalismo popular. El primero de ellos, según Paolo Comanducci, puede distinguirse de tres maneras, a saber: 1) neoconstitucionalismo como teoría del derecho,

2) neoconstitucionalismo como ideología y 3) neoconstitucionalismo como método de análisis jurídico¹. A diferencia del constitucionalismo tradicional (considerado ideología por parte del teórico italiano), el neoconstitucionalismo es una teoría jurídica como el iusnaturalismo o el positivismo.

El neoconstitucionalismo como teoría jurídica enfoca su estudio en el alcance de las constituciones políticas de los sistemas normativos vigentes². Esta misma corriente, vista como ideología, estudia las reglas para la satisfacción y protección de las normas constitucionales, la calificación de ideológico proviene de la consideración de que es moralmente obligatorio obedecer las normas constitucionales, tal como sucedía con el positivismo ideológico³; por último, el neoconstitucionalismo metodológico, además de compartir varios elementos definitorios con el positivismo metodológico, sostiene que existe una conexión necesaria entre el derecho y la moral que está materializada en los derechos fundamentales consignados en la carta política⁴.

En contraposición a la teoría antes explicitada, está el constitucionalismo popular que, a diferencia del neoconstitucionalismo, desvirtúa la supremacía judicial en la interpretación constitucional, ya que la exclusividad hermenéutica de la carta política por parte de la Corte Constitucional subordina los demás poderes del poder público que son conformados democráticamente⁵. La propuesta de los populares es la conformación de mecanismos que ayuden a las demás ramas del poder público y a la ciudadanía a la participación respecto de la interpretación de derechos constitucionales.

El origen de esta corriente del derecho constitucional se rastrea en Estados Unidos de América, en donde se reaccionó en contra del activismo judicial que invalidaba la interpretación por parte de entidades democráticas como la de la ciudadanía⁶. En la corriente

1. La tripartición sugerida por Comanducci para el neoconstitucionalismo se origina en la división que desarrolló Norberto Bobbio para el positivismo jurídico. Cabe aclarar que el teórico italiano especifica que dicha distinción, aunque es un poco forzada, permite un entendimiento más adecuado del neoconstitucionalismo. P. Comanducci, "Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico", en M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismos*, Editorial Trotta, Madrid 2009, p. 82.

2. *Ibid.*, p. 84.

3. En este punto, también se puede evidenciar una diferencia clara entre el constitucionalismo tradicional y las nuevas corrientes del derecho constitucional. Por ejemplo, según Comanducci, el constitucionalismo antes de la posguerra se enfocaba en determinar la división de las ramas del poder público, con el propósito de evitar el despotismo. En cambio, las corrientes de derecho constitucional surgidas por la posguerra se enfocaban en la consolidación de derechos fundamentales y el Estado como el medio para lograr satisfacer dichos intereses colectivos. *Ibid.*, p. 86.

4. *Ibid.*, p. 87.

5. La subordinación de la rama legislativa y la rama ejecutiva a las interpretaciones que desarrolla la Corte Constitucional de la constitución son típicas de un constitucionalismo fuerte. Un padecimiento significativo de este tipo de control fuerte es que el juez como intérprete deja de ser una parte de una práctica racional y comunicativa, donde recibe información externa al sistema y por medio de este responde al pueblo y a los demás poderes del poder público con la interlocución. De ese modo, se transforma en un ente despótico de control social. R. Niembro, "Las respuestas legislativas a las declaraciones de inconstitucionalidad como forma de diálogo constitucional", en *Revista española de derecho constitucional*, 95, 2012, p. 140.

6. Según Niembro, el monopolio interpretativo de la constitución en algunos casos fue legitimado por algunos autores como Barry Friedman, quien sostiene que el alejamiento del tribunal Renhquist hacia los apetitos populares no fue de-

popular no se busca erradicar la funcionalidad de las cortes constitucionales, sino que se critica la postura donde dichas cortes producen una mejor interpretación que la que podrían suministrar los creadores del derecho constitucional: “el pueblo”⁷.

La labor interpretativa del pueblo sobre los contenidos de la constitución debe desarrollarse a nivel político. El pueblo en este evento debe entenderse como una autoridad normativa de primer nivel que transmite su voluntad a una autoridad subordinada para que esta logre satisfacer los derechos consignados en la carta política⁸. Esto conlleva, según los populares, que sería un error que el mismo creador de dicha normatividad no tuviera la facultad de interpretarla.

Un sustrato fundamental que justifica esta manera de interpretación radica en que las ramas del poder están al servicio del pueblo, como el poder judicial es una rama del poder público. Así se concluye que esta última también debe estar al servicio del pueblo⁹. Este argumento en algunas teorías ha desembocado en posturas radicales, en donde los errores interpretativos cometidos por los tribunales son razón suficiente para entender que la ciudadanía, a través de la política, puede lograr la protección de sus derechos constitucionales. Por lo tanto, la existencia de cortes constitucionales sería injustificada¹⁰.

No todas las corrientes del constitucionalismo popular son radicales, existen vertientes que soportan e incluso consideran necesaria la intervención judicial, pero rechazan la supremacía interpretativa de la última, la más representativa de ellas es la desarrollada por Larry Kramer¹¹, que rechaza las posturas populares conocidas como:

terminante para proporcionar soluciones plausibles a conflictos sociales. R. Niembro, “Una mirada al constitucionalismo popular”, en *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 38, 2013, p. 193.

7. La no interferencia del pueblo en las interpretaciones constitucionales se debe a que él considera que está limitado cognoscitivamente para desarrollar esta labor. Sin embargo, si se tiene en cuenta que él es el productor del derecho constitucional, sería lógico que en determinados casos donde quisiera intervenir pudiera postular su interpretación de caso concreto. R. Niembro, “Una mirada al constitucionalismo popular”, p. 198.

8. La teoría de transmisión de voluntad es extraída de los estudios de Von Wright sobre las formulaciones normativas de segundo orden que manejan dos operadores modales deónticos. En ella, se entiende que las obligaciones de variables proposiciones deben ser satisfechas para que la formulación normativa superior esté satisfecha. G. H. Von Wright, *Normas, verdad y lógica*, Fontamara, México D. E., 2001, p. 46.

9. Según Hans Kelsen, la división tradicional de las ramas del poder público responde a la necesidad de cubrir todas las funciones del Estado. Sin embargo, según el profesor Jorge Carmona, el Estado no ejerce verdaderamente tres funciones, sino que en realidad posee dos respecto de las leyes, la primera de producción normativa y la segunda de ejecución normativa. De ese modo, según él, la división del poder desde la funcionalidad no es plausible teóricamente. J. Carmona, “La división de poderes y la función jurisdiccional”, en *Revista latinoamericana de derecho*, 7-8, 2007, p. 192.

10. Este tipo de constitucionalismo popular radical que rechaza la intervención interpretativa de las cortes en la constitución política y que otorga dicha función de manera exclusiva a la ciudadanía para que se autoregule nace en las obras de Jeremy Waldron y Mark Tushnet. J. Fleming, “Judicial review without judicial supremacy: Taking the constitution seriously outside the courts”, en *Fordham Law Review*, 73, 2005, p. 1379.

11. Larry Kramer identifica históricamente el surgimiento de la supremacía judicial en la interpretación de la ley superior en Estados Unidos. De manera curiosa, dicho poder nace de una inferencia lógica, de la descripción de este poder “The business and the design of the judicial power is, to administer justice according to the law of the land”, and the law of the land necessarily included the Constitution. L. Kramer, *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*, Oxford University Press, New York, 2005, p. 83.

populistas y departamentalistas. La interpretación populista consiste en dar la última palabra, en términos de interpretación constitucional, al pueblo; en cambio, la interpretación departamentalista sugiere que el ejecutivo, el legislativo y el judicial en conjunto son los encargados de esa interpretación definitiva, toda vez que estas corporaciones son producto de la elección popular y representan los intereses de la colectividad, el máximo representante de dicha corriente es Lawrence Sager¹².

Las diversas corrientes del constitucionalismo popular han recibido críticas respecto de la posibilidad de que se pueda reducir la protección de derechos contramayoritarios, en algunos casos se sostiene que la aplicabilidad de dichos sistemas implicaría una transgresión total a estos derechos¹³. Sobre todo, en el caso del constitucionalismo populista serían más palpables estas acusaciones, pero no sucede lo mismo con el popular, que acepta la intervención de la corte o el esquema de interlocución institucional postulado por Sager. Una respuesta plausible a las críticas hechas al constitucionalismo popular es la del profesor Friedman. Él considera que los casos posibles donde pueda presentarse una colisión entre la decisión del tribunal y la opinión mayoritaria son escasos, esto se debe a que las cortes basan sus decisiones en la voluntad mayoritaria cuando el caso tenga una repercusión social significativa¹⁴. Por otra parte, debe recordarse que toda esa propuesta se basa en “quien tiene la última palabra”; si se estudia con cuidado lo que quiere decir esta expresión, se puede evidenciar que precisamente el debate se materializa cuando las decisiones de la corte no satisfacen la opinión mayoritaria.

En ese orden de ideas, una buena teoría de constitucionalismo popular no se basa en el resultado del debate público respecto a cómo debe interpretarse la constitución en casos que afecten al conglomerado social, sino en establecer teóricamente los procedimientos en donde se pueda presentar el debate. La satisfacción de este requerimiento puede hacerse a través de metareglas políticas que construyan un control popular a la interpretación constitucional. La postulación de metareglas en esta teoría pretende abarcar los sistemas jurídicos que no consignan el principio de transmisión de la volun-

12. J. Fleming, “Judicial Review Without Judicial Supremacy: Taking the Constitution Seriously Outside the Courts”, en *Fordham Law Review*, 73, 2005, p. 1379.

13. Niembro, por su parte, defiende con vehemencia al constitucionalismo popular de todas sus críticas, argumenta que las teorías populares no pretenden sistemas sin restricciones, sino un esquema de interlocución entre entidades. Sin embargo, dicha defensa puede ser predicable a un constitucionalismo popular del corte de Larry Kramer o a un departamentalista. Pero, en el caso del constitucionalismo popular de corte populista dicha defensa se queda corta, toda vez que, posiblemente, podría desembocar en una dictadura de mayorías. R. Niembro, “Una mirada al constitucionalismo popular”, p. 200.

14. Uno de los principales elementos identificados por Friedman en donde puede influir la opinión mayoritaria en la decisión judicial es en el hecho de que los jueces son sujetos políticos y sujetos morales que no están ajenos a la realidad social. Por ende, la ideología de un juez puede desempeñar un rol importante en cómo este individuo solucione el caso, además este fenómeno toma más fuerza cuando se debe solucionar un conflicto jurídico que implique derechos constitucionales. B. Friedman, “The Politics of Judicial Review”, en *Texas Law Review*, 84, 2005, p. 258.

tad del pueblo a los órganos de control social de manera expresa o aquellos en donde dicho principio padezca de indeterminación¹⁵.

II

Gracias a que las relaciones del debate se proyectan entre autoridades superiores y autoridades subordinadas con facultades nomotéticas, las mejores normas que pueden describir lógicamente dicha relación son las formulaciones normativas de segundo orden de la lógica deóntica de Georg Henrick Von Wright: OOp, OPp, POP, Ppp¹⁶. El nombre que reciben estas normas surge para diferenciarlas de las formulaciones normativas de primer orden, que nacen en el sistema estándar propuesto en 1951, y se caracterizan por contar con un solo operador modal del deber, como Op, Pp¹⁷. Como se puede ver, las formulaciones normativas deónticas de segundo nivel poseen dos operadores modales deónticos que preceden la variable proposicional, expresan la orden o la permisión emitida por una autoridad superior a una autoridad inferior, para que esta emita una orden o una permisión a algún sujeto normativo. Tal como sucede en la transmisión de facultades que hace el pueblo a los órganos primarios, secundarios y terciarios¹⁸, para que estos obliguen, prohíban o permitan ciertas conductas, así como la facultad de interpretar la constitución para la emisión de normas técnicas¹⁹.

15. Cabe anotar que este requerimiento no está ausente en la normatividad colombiana, ya que en el artículo tres de esta constitución política se expresa: "La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece". Si se analiza el contenido de este artículo, se posibilita el debate público entre el pueblo y la Corte Constitucional respecto de la interpretación de la Carta Política, además gracias a la indeterminación del mismo sobre la forma en que ejerce la soberanía *directa*, se facultaría la construcción de metareglas de debate. *Constitución Política de Colombia*, Legis Editores, Bogotá, 2016, p. 7.

16. En el orden en que están consignadas las normas, expresan lo siguiente: OOp es obligatorio que se haga obligatorio que "p"; OPp es obligatorio que se permita el caso que "p"; POP esta permite que se haga obligatorio que "p"; Ppp se permite que se permita en caso que "p". G.H. Von Wright, *Normas, verdad y lógica*, Fontamara, México D. F., 2001, p. 46.

17. Los operadores modales deónticos que preceden a las variables proposicionales las convierten en proposiciones que no pueden ser valoradas como verdaderas o falsas, sino como inválidas o válidas, justas o injustas. G.H. Von Wright, "Deontic logic", en *Mind*, 60, 1951, p. 4.

18. Los órganos primarios son los que poseen la facultad de aplicar de manera interpretativa las leyes a los casos concretos, a diferencia de los órganos secundarios, que son los encargados de la producción normativa. Comúnmente, los órganos secundarios adquieren dicha facultad por el principio de transmisión de voluntad, que el caso de ellos se ejerce de manera directa por ser una corporación de elección popular. C. S. Nino, *Introducción al análisis del derecho*, Ariel, Barcelona, 2001, p. 106.

19. Se adopta la postura desarrollada por Von Wright a lo largo de sus obras, en donde la satisfacción normativa por parte de los entes jurisdiccionales como sujetos normativos no puede generar normas genuinas, ya que esta función es exclusiva de los órganos secundarios. Sin embargo, las decisiones judiciales, al poseer un carácter deóntico, serían deberes técnicos, es decir, normas técnicas conformadas por proposiciones anankásticas que establecen los pasos necesarios para desarrollar alguna cosa que, en el caso de las decisiones judiciales, serían deberes técnicos necesarios para satisfacer una norma genuina. G. H. Von Wright, *Norma y acción. Una investigación lógica*, Editorial Tecnos, Madrid, 1979, p. 27.

Si se considera al pueblo como creador de la constitución política, además de que en este mismo documento se reconoce de manera expresa que el poder soberano reside en el pueblo y que las funciones de la Corte Constitucional le son otorgadas en virtud de esta misma norma, se pueden enunciar metareglas en términos lógico-deónticos, que condensen dicha relación:

- (1) OOip
- (2) OPip
- (3) POip
- (4) PPip

Tanto (1) (2), (3) y (4) expresan que el pueblo como autoridad suprema, por medio de la norma llamada constitución, ordena o permite a una autoridad subordinada llamada Corte Constitucional que, de manera interpretativa, transforme el deber ideal en obligaciones o permisiones reales y técnicas.

Los deberes ideales son una forma plausible de construir derechos fundamentales como principios, que deriva de la controversia de si considerar a los principios como mandato de optimización es suficiente para diferenciarlos de las reglas²⁰. Es claro que los deberes ideales no son mandatos de optimización, sino mandatos que deben optimizarse. Un criterio de diferenciación clave entre ellos está determinado por el nivel de abstracción del deber respecto del mundo empírico²¹. Esta característica le permite coexistir como un mundo posible, plausible y ficticio^{22 23} al mundo real.

20. Este punto se ilustra con las críticas planteadas por Aarnio y Sieckmann a la concepción tradicional de que los principios, a diferencia de las reglas, son mandatos de optimización de cumplimiento gradual. Según ellos, cuando la norma ideal entre en relación con el mundo empírico, surgirá la obligación de optimizar el estado de cosas pretendido por el principio. Esto conduce a que, en el caso concreto, el principio como mandato o se optimice o no se optimice, tal como sucede con el uso de la regla de reconocimiento para determinar cuál norma es la aplicable al caso concreto. Según Aarnio, el mandato de optimización no puede aplicarse más o menos bien, sino que se aplica o no se aplica. Ejemplo de ello: cuando dos principios valorativos entran en conflicto ambos deben ser armonizados de manera óptima y solo de esa manera. G. Lopera, "Los derechos fundamentales como mandatos de optimización", en *Doxa*, 27, 2004, p. 218.

21. Para Alexy, los principios pueden diferenciarse de las reglas en que los primeros poseen características "prima facie". Esto conlleva que el deber consagrado en los principios se satisface en la mayor medida posible, caso contrario de las reglas cuya satisfacción se da de manera completa. Otro aspecto para tener en cuenta versa sobre la solución interpretativa de ambos tipos de normas a casos concretos; en el caso de las reglas para casos similares se adoptarán soluciones similares, pero en los principios no funciona de la misma manera gracias a la indeterminación de aplicabilidad a un contexto fáctico. R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 99.

22. La idea de ver a los diferentes mundos normativos como mundos posibles nace de la teoría desarrollada por Jeremy Bentham de los signos vacíos. Según él, el derecho está compuesto por una serie de expresiones llamadas ficciones, que son hechos falsos que piensan como verdadero, además dichas ficciones deben ser útiles para el lenguaje jurídico. Esto conduce a que las ficciones fabulosas deban ser eliminadas del lenguaje jurídico. Solo las ficciones plausibles, como la palabra "obligación", deben mantenerse en el lenguaje por medio de la definición contextual o método de la paráfrasis. Sin embargo, Bentham no considera que todo el derecho sea un mundo de ficción. J. J. Moreso, "Las ficciones de Jeremy Bentham. El método de la paráfrasis", en *Doxa*, 3, 1986, p. 130.

23. La propuesta de Bentham solo consistió en darle el tratamiento de ficciones a algunos términos del derecho, pero no a todo el derecho como sistema jurídico. El desarrollo de esta visión del derecho como ficción se extrajo de la aplicabilidad de la visión de los mundos posibles a la historia; este ejercicio demuestra que las conexiones de los hechos históricos

En la sintaxis²⁴ de los signos que conforman el lenguaje bien formado de los deberes ideales²⁵ se evidencian contradicciones lógicas, que son permitidas porque corroboran que los principios están en un constante estado de colisión. Alexy ilustra este fenómeno por medio del caso *Titanic* donde esta revista satírica llamó asesino nato y tullido a un oficial minusválido que fue reintegrado al servicio²⁶. En este caso se presenta una colisión entre el derecho de la libertad de expresión contra el derecho de personalidad. En términos lógicos se expresa así:

$$(5) \quad \forall x (TIx \rightarrow PRx)$$

Esta fórmula expresa: para todos los x, si x es una expresión de la libertad de expresión, entonces está permitida la realización de x. Si se reemplaza x por la conducta llamar tullido al sujeto (a) y si idealmente (a) hace parte de la libertad de expresión, por la aplicación de la regla de *ponendo ponens*, se concluye²⁷:

$$(6) \quad Pra.$$

En oposición, tenemos el derecho a la personalidad derivado de la dignidad, que lógicamente se expresaría así:

$$(7) \quad \forall a (T2a \rightarrow \neg Pra)$$

para explicar algún fenómeno actual no está determinado por la necesidad, sino que dicha unión se desarrolla de manera argumentativa, dejando a la posibilidad como la mejor herramienta para producir el entrelazamiento. En el campo del derecho, este es considerado como una ficción que se entrelaza por medio de posibilidades con el mundo real, pero dicha conexión requiere de la argumentación. G. Hawthorn, *Mundos plausibles mundos alternativos*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995, p. 24.

24. La sintaxis como dimensión del proceso semiótico en el campo del derecho se relaciona con el criterio de coherencia del sistema. Este criterio surge de la relación del denominado universo de casos con el universo de las soluciones maximales. Cuando para cada caso existe más de una solución maximal, se debe revisar si estas son compatibles entre sí. En el evento de que estas sean incompatibles, generaría el problema de incoherencia sistémica. Pero, este problema no es extensible a la teoría de los principios, ya que, al gozar de un alto nivel de indeterminación respecto de las acciones necesarias para satisfacerlos, permite que existan contradicciones lógicas. C. E. Alchourrón, E. Bulygin, *Sistemas normativos*, Astrea, Bogotá D. C., 2013, p. 24.

25. Los lenguajes bien hechos o bien formados son todos aquellos que han introducido a su sistema de expresiones proposiciones protocolarias, la inclusión de este tipo de enunciados por medio de los procesos de evaluación determinados por el mismo sistema admite varias posibilidades, pero las más importantes a saber son la aplicación de reglas empíricas, y el proceso de axiomatización. Ya asimiladas, por medio del razonamiento deductivo, se generan nuevos elementos proposicionales para el sistema. Los principios como deberes ideales no son la excepción, toda vez que, de la aplicabilidad del razonamiento deductivo, se generan deberes ideales secundarios. G. Kalinowski, *Introducción a la lógica jurídica*, EUDEBA, Buenos Aires, 1973, p. 35.

26. R. Alexy, *La construcción de los derechos fundamentales*, AD-HOC, Buenos Aires, 2010, p. 49.

27. *Ibid.*, p. 50.

Esta fórmula expresa: para toda expresión llamar tullido a un sujeto. Si esta expresión es una restricción al derecho de personalidad, entonces no está permitida la realización de la actividad llamar tullido a un sujeto²⁸. Al igual que la operación anterior, si se aplica el *modus ponens*, se concluirá la norma:

(8) *PRa*

Como ambas normas hacen parte del mismo lenguaje bien formado, se presenta una contradicción entre (8) y (6). Según Alexy esta contradicción puede verse de dos maneras: desde la perspectiva ideal y sobre la del deber real. Desde la primera de ellos, si los dos deberes en contradicción son deberes ideales, no existiría problema, por no estar relacionado con el mundo empírico, además sería una comprobación lógica de la tensión existente entre los principios²⁹; en cambio desde la óptica del deber real, dicha contradicción es inadmisibile, en tal evento el juez constitucional deberá optar por uno de estos deberes ideales por medio de la ponderación. Desarrollado este ejercicio, aplicará el ganador (con los niveles de interferencia al otro) al caso concreto por medio de un deber real y técnico³⁰:

(9) *PtrRa*

(10) *PtrRa*

Cabe recordar que la facultad de la Corte Constitucional para generar normas particulares técnicas, resultantes de la interpretación de algún principio constitucional para solucionar un caso concreto, deriva de las formulaciones normativas de segundo orden postuladas en (1), (2), (3) y (4). Necesariamente debe ser así ya que en algunos casos los argumentos justificantes de la norma técnica sobrepasan los límites del caso particular para hacerse obligatorios para el conglomerado social. Además, la Corte Constitucional, cuando declara la inconstitucionalidad de alguna norma en virtud del control de constitucionalidad, estaría afectando a la sociedad entera³¹.

28. *Ibid.*, p. 50.

29. *Ibid.*, p. 51.

30. *Ibid.*, p. 52.

31. De hecho, la conexión entre el mundo ideal de los principios (donde podemos encontrar plenamente la normatividad constitucional) con la realidad está previamente establecida en el artículo 241 de la Constitución Política de Colombia. En estos eventos, la Corte adopta la postura de “*médium*”, que interpretará de la mejor manera los mensajes de ese mundo paralelo al nuestro. *Constitución Política de Colombia*, Panamericana, Bogotá, 2016, p. 214.

III

Precisamente por la capacidad que tienen las decisiones adoptadas por la Corte Constitucional para afectar a toda la sociedad, se justifica el debate público entre la entidad antes mencionada y el pueblo. Pero el debate no puede generarse en el proceso de decisión de la entidad, sino que debe proponerse cuando el fallo se produzca. Los argumentos esgrimidos por el pueblo en contra del fallo deben tener en cuenta las reglas sobre las posiciones morales válidas³², de esa manera se mitigaría, en parte, la posibilidad de que la mayoría afectara los derechos de las minorías. A pesar de ello, el pueblo no estaría facultado para debatir decisiones que versen sobre la dignidad humana, ello se debe a que la dignidad humana es la base de toda la estructura de los derechos constitucionales³³.

El debate se presenta del siguiente modo: para que se dé la validez de una norma, esta debe ser aceptada por todas las personas que se puedan ver afectadas en sus intereses por la ejecución de esta norma, esta aceptación debe darse como resultado de un consenso al cual se ha llegado por la participación de todas las personas en el discurso. El discurso racional tiene su origen en la pretensión de la sociedad para el análisis de la validez de una decisión problemática que debe ser aceptada por todos³⁴.

Para que el discurso que da lugar al consenso sea válido, las razones que argumentan las personas y sus contribuciones en el discurso no deben ser restringidas *a priori*, para que se puedan justificar las normas de acción se deben tener en cuenta todas las posiciones que se dan en el discurso. Las normas de acción pueden justificarse por razones pragmáticas, ético-políticas y morales³⁵.

32. La cuestión sobre cómo se puede elucidar una posición moral válida requiere de la aplicación de ciertos criterios: 1) La posición moral no puede estar basada en prejuicios, los prejuicios son posturas que se fundamentan en consideraciones que convencionalmente han sido rechazadas por la mayoría de las sociedades; 2) En el sistema de creencias de un sujeto no puede existir repulsión hacia un grupo de personas como producto de una reacción emocional; 3) La posición moral no puede estar basada en hechos falsos, porque iría en contravía de las normas de verificación y discusión que mínimamente han sido aceptadas por la sociedad; y 4) La posición moral no puede estar basada en sistemas de creencias ajenas, este criterio tiene como excepción la religión. R. Dworkin, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2007, p. 361.

33. Las acciones tomadas por los regímenes fascistas y nazistas, aunadas a la polémica derivada de los juicios de Núremberg, en donde los acusados invocaron el principio de legalidad en su defensa, propiciaron la caída del positivismo jurídico ideológico a mediados del siglo XX. Así surge el llamado postpositivismo, que gira alrededor del problema referente a la función social del derecho y a la forma de interpretarlo. Esta nueva teoría del derecho incluye la definición de las relaciones entre valores, principios y reglas como los nuevos aspectos paradigmáticos en la interpretación del derecho constitucional. Tanto el elemento interpretativo como el elemento funcional del derecho están forjados sobre la base de la *dignidad humana*. L. R. Barroso, "La nueva interpretación constitucional y el papel de los principios en el derecho Brasileños", en *Teoría y realidad constitucional*, 14, 2004, p. 180.

34. J. Habermas, *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 2001, p. 172.

35. *Ibid.* p. 173.

Las normas jurídicas deben representar los intereses de todas las personas por igual, no se valida la norma por la decisión de la mayoría, esto representa una vulneración a los derechos de las minorías, deben tener un punto de equilibrio para que las normas vayan según los intereses de todos³⁶.

Se debe argumentar según el tipo de razones y cuáles son las cuestiones que se van a tomar en el discurso. Cuando las cuestiones son morales, el principio de discurso debe tener un concepto de universalización³⁷. El principio de discurso en las cuestiones morales trasciende los ámbitos públicos y privados, va en el fuero interno de la persona pero afecta la convivencia social, tiene un carácter universal. La moral se ve representada en un código jurídico que sirve de base para el derecho de la sociedad, estas normas están validadas por medio del discurso, cuando ya han sido aceptadas por todos los miembros de la sociedad³⁸.

Cuando se da la separación del principio moral y el principio democrático, el principio democrático es la autodeterminación que tienen los individuos de la sociedad para aceptar la igualdad entre todos sus miembros, respetar su libertad mutua por medio de la voluntariedad. Por el contrario, el principio democrático se basa en un sistema de derechos y genera la creación de normas, pero la moral está en la estructura interna de las personas³⁹.

Finalmente, el derecho tiene dos aristas que se pueden reconocer: por un lado, el sistema de saber, que son los conocimientos, interpretaciones de la norma y proposiciones que se hacen al derecho desde la teoría jurídica, y por otro lado, está el sistema de acción, que es el derecho como institución y los elementos regulativos. El juez debe tener en cuenta estos dos aspectos para poder tomar decisiones, la teoría jurídica y la norma como tal, saber el derecho y poder aplicarlo en los casos concretos para poder resolverlos⁴⁰, cuando el juez se enfrenta a un caso complejo, cuando parece que la norma jurídica no tiene la solución para el caso, el juez puede interpretarla con su sistema de saber del derecho para resolver estos casos⁴¹.

36. Ibid. p. 173.

37. Ibid. p. 174.

38. Ibid. p. 175.

39. Ibid. p. 176.

40. Ibid. p. 180.

41. Ibid. p. 181.

NOTAS Y DISCUSIONES

Sobre

“Vita, politica, contingenza”

Summer School

Erice, 8-12 de junio de 2015

THE EMANCIPATION OF CITIZENSHIP: FROM LAW TO CONFLICT

Filippo Corigliano

Università della Calabria

DOI: 1017450/160114

Introduction

To this day, we find ourselves tackling the issue of citizenship as a question “embedded within the problem of sovereignty” first raised by Bodin¹. For obvious reasons, however, the context has radically changed. Most of the factors which have lent shape and substance to this concept are now undergoing a profound transformation. The endpoint of this process is still nowhere in sight.

We are experiencing a phase of *transition* which radically affects two categories, those of *time* and *space*, which have always been a focus of reflection on political philosophy. And as in every age of transition, a sense of emptiness and suspension is in the air: the presence of something new which is developing and gradually establishing itself, while the “old” still endures and continues to influence historical and social reality².

In facing this phase of transition, a clear awareness emerges: the current global disorder cannot be addressed and resolved by reverting to some kind of Westphalian order³. Still, borders remain the *space* that defines a given territory, preserving the homogeneity of shared space from the intrusion of external/alien elements. To this day, frontiers constitute the line separating outside and inside, where “all political practice is

1. L. Jaume, “Le citoyen: concept indispensable mais obscurci. Un parcours européen en philosophie”, in G. M. Labriola (eds), *Filosofia Politica Diritto. Scritti in onore di Francesco M. De Sanctis*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, p. 99.

2. K. Jaspers, *Über das Tragische*, R. Piper & Co. Verlag, München, 1952, p.23.

3. S. Mezzadra, B. Neilson, *Border as Method, or, the Multiplication of Labor*, Duke University Press, Durham, 2013, p. 6.

*territorialized*⁴, and where acceptance and rejection follow well-defined rules and patterns. Indeed, processes of exclusion or inclusion are never completely impersonal, but rather represent the outcome of (political) choices and mechanisms that take account of a whole range of “relationships of force exercised by institutions and power apparatuses over individual and collective subjects”⁵.

Balibar highlights the cornerstone of the rule of exclusion: “to put it in clear terms, we would say that *it is always citizens*, ‘knowing’ and ‘imagining’ themselves as such, *who exclude from citizenship* and who, thus, ‘produce’ *non-citizens in such a way as to make it is possible for them to represent their own citizenship to themselves as a ‘common belonging*”⁶. Even if one were to envisage citizenship as merely a “method” of inclusion/exclusion, the question of the choice of the criteria of access to the community would nonetheless remain a salient political issue, revolving around the definition of the status of citizenship –and what this entails in terms of subjecthood– through the *consensus* of the members of society or state sovereignty⁷.

Setting out from these premises, an attempt will be made to examine the way in which political philosophy addresses the double challenge of the “now” and “when” posed by citizenship⁸. The *now* has to do with the relativity of time, with the contingency of everyday life, which is always subject to specific “rules” of its own, which are never the same; the *where* concerns the spatial dimension, the physical place in which every existence is at least provisionally –and often precariously– rooted.

The time of history, the space of the *nation*

Only a few years before the French Revolution, in 1784, Kant envisaged a philosophy of history directed towards progress, towards the accomplishment of the moral ideal of mankind⁹. The revolution opened up a new perspective on the future and a new progressive idea of historical time became entrenched in the collective consciousness.

What also emerged was a key concept: that of *nation*. This came to be defined starting from some primary elements with which communities identify –namely, a shared

4. E. Balibar, *Citizenship*, Polity Press, Cambridge, 2015, p. 68.

5. *Ibid.*, p. 75.

6. *Ibid.*, p. 76.

7. P. Mindus, *Cittadini e no. Forme e funzioni dell'inclusione e dell'esclusione*, Firenze University Press, 2014, p. 273.

8. S. Veca, *Cittadinanza. Riflessioni filosofiche sull'idea di emancipazione*, Feltrinelli, Milano, 2008, p. 54.

9. I. Kant, *Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht*, Berlin, 1784.

memory, language and blood—. But what ultimately contributed to establishing the concept of nation was its historical definition: “a nation, in the European sense of the term, is first of all a place, which is to say a territory with well-defined frontiers”¹⁰.

Nationality became the distinguishing feature that separates the *us* from outsiders in a radical and conceptually definitive way. The figure of the *foreigner* thus took shape and came to be defined on the basis of the legal boundaries of the nation, which exclude that which lacks similar traits. This is arguably the most paradoxical outcome of the French Revolution: the principles of universal citizenship are only confirmed and applied through territorially defined, positive law¹¹.

The nation becomes “statalised” to fulfil its historical role. The more it acquires state capacities, the more powerful it becomes¹². Citizenship is one of the means by which the nation exercises its state capacities. And it does so by broadening or restricting the criteria of access and membership to the group. Citizenship is the state capacity *par excellence*. It is the means of selection and definition of the body politic.

The legacy of the French Revolution consists in a notion of citizenship revolving around the core principle of national identity. The unity of the nation acquires a normative value and ensures conditions of equality among citizens¹³. These conditions of equality can only be achieved within the space of the nation, delimited by its frontiers: the universalistic perspective finds new legitimacy within national boundaries –citizenship “is *hard on the outside* and *soft on the inside*”¹⁴.

In the present context, globalism is having a marked impact on the structural elements of nationhood. Time and space go hand in hand, as do their transformations. Laura Bazzicalupo notes: “the present time is not one of progress towards the better, but rather a time marked by *contingency*”¹⁵. What is becoming uncertain and contingent even more than time is the space of global life. Frontiers are vulnerable, crossable and

10. J. M. Guéhenno, *La fin de la démocratie*, Flammarion, Paris, 1993, p. 19.

11. According to Norberto Bobbio, rights are developed through “a dialectical movement which starts with the abstract universality of natural rights, passes through the concrete particularity of positive national rights, and ends with the no longer abstract but concrete universality of positive universal rights.” N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990, p. 24. For a discussion of the notion of rights in their historical context, see A. H. Puleo, “Los derechos humanos, un legado de la modernidad”, in F. Quesada (ed.), *Ciudad y ciudadanía. Senderos contemporáneos de la filosofía política*, Trotta, Madrid, 2008, p. 197.

12. M. Foucault, *Il faut défendre la société: course au Collège de France, 1976-1977*, Gallimard/Seuil, Paris, 1997, pp. 200-201; on this point, see too M. R. Somers, *Genealogies of Citizenship. Markets, Statelessness, and the Right to Have Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, pp. 122-132.

13. L. Bosniak. *The Citizen and the Alien. Dilemmas of Contemporary Membership*, Princeton University Press, Princeton-Oxford, 2006, p. 97.

14. *Ibid.*, p. 99.

15. L. Bazzicalupo, *Politica. Rappresentazioni e tecniche di governo*, Carocci, Roma, 2013, p. 86.

constantly redefined¹⁶; they are turning into the point where the uncertainty of globalism undermines the spatio-temporal dimension of the nation-state.

The dynamics of globalisation are contributing to the erosion of borders and increasing the fluidity of mobility processes. Migrations are once again at the centre stage. Border areas are becoming home to the ill-defined figure of the *migrant*, which tends to metamorphose into that of the “frontier citizen”¹⁷, ready to inhabit a space, which has in turn become uncertain and indeterminate.

The governing of security

Borders have acquired a regulatory function: they are places of admission and exclusions; the places where citizenship originates as a status and where this status is first governed¹⁸. The most recent migratory phenomena have consistently concerned the borders of Europe, turning them into unstable spaces, into a setting for both human tragedies and claim-making. Aside from representing the privileged venue for encountering the other, the “foreigner”, these borders raise a series of key political questions, “because they entail the distinction between citizens and aliens, as well as the crucial decision whom to admit into the national territory”¹⁹.

What appears particularly significant from this perspective is the analytical element of *governmentality* developed by Michel Foucault. This refers to a specific way of exercising power, which encompasses three aspects: the institutions enabling the exercise of this power; the consequent preeminence of “government” power over all other powers; and the establishment of a more or less extensive and specialised range of know-hows and apparatuses which find a crucial technical resource in “safety devices”²⁰. The distinguishing features of an apparatus of security essentially consist in “a constellation of moral norms, beliefs, police administrative deeds and measures, architectural spaces, and regulations and practices serving biopolitical goals”²¹. The lives of migrants are the object to which power strategies are applied and by means of which power is held together. They constitute a foreign body with respect to a space

16. See A. Tucci, “Crossing the Borders of Governance”, in *Soft Power: Revista euro-americana de teoría e historia de la política*, 2, 2014, pp. 59-72.

17. L. Bazzicalupo, *Politica. Rappresentazioni e tecniche di governo*, p. 73.

18. L. Bosniak, *The Citizen and the Alien*, p. 126.

19. S. Mezzadra, B. Neilson, *Border as Method*, pp. 179-180.

20. M. Foucault, *Sécurité, territoire, population: course au Collège de France (1977-1978)*, Gallimard, Paris, 2004, p. 111.

21. L. Bazzicalupo, *Politica. Rappresentazioni e tecniche di governo*, p. 193.

whose borders have already been traced²², and are now being called into question by a new pervasive presence.

On the one hand, migrants are perceived as bodies that enter into the power relation and resist from within increasing the power, which they resist²³; on the other, they appear as elements in an antagonistic dimension of politics. They become the “central protagonists in the drama of composing the space, time, and materiality of the social itself”²⁴.

Conflicting ethics and unexpected guests

In his *Perpetual Peace*, Kant expounds upon the concept of cosmopolitical rights, founded on the right of visit belonging to every human being. The key factor here is the notion of *hospitality*: every individual has the right “not to be treated as an enemy when he arrives in the land of another”²⁵. This perspective leads to a series of considerations.

The first consideration concerns the nature of hospitality. It is directed towards the foreigner, the “other”, who expresses his difference through his unexpected, unforeseen and chance presence. This presence carries uncertain consequences. If the *other* is not integrated according to the rule of inclusion, if he does not become “one of us”, he runs the risk of existing as a foreigner and hence, of being identified as an *enemy*²⁶. What emerges here is a process whereby, on the one hand, an apparatus is developed to remove the foreigner by labelling him an enemy and driving him beyond the frontier; and, on the other, a levelling tendency whose explicit aim is to erase foreignness and all its distinguishing features. Integration within the citizen body limits differences or even tends to erase them completely. Exclusion, by contrast, preserves the identification of the foreigner as the enemy and eventually leads to his expulsion.

The second consideration concerns the risk level –which is always high– in the relation between guest and host. The diversity embodied by the foreigner may translate into hostility, distrust, a desire to distance oneself, and hence, conflict. The possibility of

22. On this point, see G. Marramao, “Dal paradigma della sovranità al discorso della *civitas*”, in M. Failla, G. Marramao (eds.), *Civitas augegens. Includere e comparare nell'Europa di oggi*, Leo S. Olschki Editore, Firenze, 2014, pp. V-XI; see too G. P. Cella, *Tracciare confini. Realtà e metafore della distinzione*, il Mulino, Bologna, 2006.

23. L. Bazzicalupo, *Politica. Rappresentazioni e tecniche di governo*, p. 193.

24. S. Mezzadra – B. Neilson, *Border as Method*, p. 159.

25. I. Kant, *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf. Ein Philosophischer Entwurf* (1795), Philipp Reclam, Stuttgart, 1973, pp. 35-36.

26. B. Giacomini, “Inclusione e ospitalità: due grammatiche a confronto”, in M. Failla, G. Marramao (eds.), *Civitas augegens*, p. 69.

this occurring can in no way be foreseen. What risks compromising the relation of hospitality even further is precisely the impossibility of providing any certain answers with regard to the behaviour and attitude of the foreigner who is being hosted, and hence the possible risks faced by the host community.

This is the classic dilemma faced by King Pelasgus in Aeschylus' *Suppliants*, a tragedy far removed in time yet still dramatically relevant²⁷. Pelasgus, a Greek king, must answer the asylum request made by the Danaids, "barbarian" women who wish to dwell in the land of Argos and become citizens. The reason for this is that they have fled Egypt in order to avoid having to marry their own cousins, who lay claim to them. The Danaids approach the king with twigs that symbolise their status as "suppliants" sacred to the gods. Hospitality cannot be denied to them without contravening the will of Zeus, which is repeatedly referred to in the tragedy.

With his heart flooded by "a multitude of ills", the king voices his worry at the prospect of such great responsibility. He addresses the suppliants with the following words: "without harm I do not know how to help you. And yet again, it is not well advised to slight these supplications. I am perplexed, and fear possesses my soul whether to act, or not to act and take what fortune sends"²⁸.

Pelasgus ultimately decides to leave things up to the community: "in common let the people strive to work out the cure"²⁹. The people's verdict, as expressed by the citizen assembly, is in favour of granting the suppliants hospitality. The women are welcomed into the community, even though there remains the risk of war. The *demos* has ruled in favour of acceptance, obeying a principle that was not laid out by any written law, but which rather violated the rules which help "distinguish and separate those coming from outside from those who are within"³⁰. Addressing the Egyptian herald who lays claim to the women, the king makes his pronouncement official: "Not on tablets is this inscribed, nor has it been sealed in folds of books: you hear the truth from free-spoken lips"³¹.

The free will and determination of the people –citizens– opens the door to hospitality and to the welcoming of refugees fleeing from violence. In this case, the pronouncement was a positive one. But does people –gathered in an assembly or, as in modern times, voicing its opinion through representatives– always display such wisdom? What

27. On the enduring relevance of this Greek tragedy, see A. Jellamo, "La tragedia Attica come fonte giuridica", in R. Siebert, S. Floriani (eds.), *Andare oltre. La rappresentazione del reale fra letterature e scienze sociali*, Pellegrini Editore, Cosenza, 2013, pp. 41-59.

28. Aeschylus, *Suppliants*, pp. 375-380.

29. *Ibid.*, pp. 365-371.

30. B. Giacomini, "Inclusione e ospitalità: due grammatiche a confronto", p. 70.

31. Aeschylus, *Suppliants*, pp. 945-950.

would the European “demos” say today with regard to the incessant influx of refugees seeking asylum and protection from violence?

The democratic universal as a productive paradox

Without wishing to recall the most recent news events, it is worth stressing an important and all too frequently overlooked aspect of the nature of democracy³². Democracy carries with it the utopian trait of transparency, while at the same time always keeping the field of conflict and tension open. As Giacomo Marramao writes, “democracy enjoys neither a temperate climate nor enduring, uniform light”; rather, it presents itself as a paradoxical community, *a community of those without a community*, ready to welcome even “unexpected guests”³³.

Democracy establishes itself through the coexistence of particular identities, operating within an universal dimension. None of these identities can have a hegemonic character, less still become permanently dominant. The universal, Ernesto Laclau writes: “has no necessary body and no necessary content; different groups, instead, compete between themselves to temporarily give their particularisms a function of universal representation”³⁴.

The premises of democracy rest on what is essentially a paradox: on the one hand, democracy presents itself “as something belonging to everyone, something universal”; on the other, it produces claims on the part of those who remain excluded from the *us*³⁵. However, it is important to note that this dichotomy “enables the rise of the heterogeneous”³⁶, making democracy itself possible.

The claims advanced by those who are excluded from –or do not belong to– the demos ultimately amount to a mobilisation for non-particularistic causes and find expression through the invoking of a universal principle which, as Koskenniemi recalls, raises the following question: what is it that we lack?

32. On this point, see L. Bazzicalupo, “Introduzione. La doppia crisi della democrazia”, in Ead. (ed.), *Crisi della democrazia*, Mimesis, Milano-Udine, 2014, pp. 17–29; more generally see S. Petrucciani, *Democrazia*, Einaudi, Torino, 2014.

33. G. Marramao, “La democrazia, la comunità e i paradossi dell’universalismo”, in G. Marramao, *Dopo il Leviatano. Individuo e comunità*, Bollati Boringhieri, Torino, 2013, p. 81.

34. E. Laclau, “Universalism, Particularism and the Question of Identity”, in E. Laclau, *Emancipation(s)*, Verso, London-New York, 1996, p. 35; see too the discussion of the same topic in M. Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870–1960*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, esp. ch. 6.

35. L. Bazzicalupo, “Introduzione. La doppia crisi della democrazia”, p. 21.

36. J. Riba, *Republicanismo sin república. Filosofía, política y democracia*, Ediciones Bella Terra S. A., Barcelona, 2014, p. 103.

The overcoming of an “instrumental and ethnocentric pseudo-universalism”³⁷ can only occur if the capacity for collective action extends to the whole world. Once again, it is only democracy that can mediate conflict and channel it towards the accomplishment of a common project.

37. G. Preterossi, “La sfida dell’immediatezza. Una riflessione meta-giuridica sulla crisi del diritto internazionale”, in A. Tucci (eds.), *Disaggregazioni. Forme e spazi di governance*, Mimesis, Milano-Udine, 2013, p. 167.

SOCIAL HOUSING AS A GOVERNANCE NORMATIVE APPARATUS

Lisa Rose

Università di Trento

DOI: 1017450/160115

Governance and urban regeneration

In this work, social housing will be examined as a neo-governmental apparatus, by studying a social housing structure recently inaugurated in Turin, Italy, by using the concepts of urban regeneration and governance. To introduce the topic, I will quote Maria Rosaria Ferrarese:

When we think of governance, we usually tend to think of devices shared between the public and the private. We also think of less codified and more flexible modes of producing rules of conduct on the local, national, international and global planes¹.

Although the term governance has many different meanings², in this paper governance is understood as a process whereby formal governing structures are no longer focused primarily on the political realms of public sector government but are increasingly incorporating a range of interests drawn also from the private sector and civil society.

Concerning urban regeneration, we mean the “rehabilitation of impoverished urban neighborhoods”³. Urban regeneration is primarily concerned with regenerating former

1. M. R. Ferrarese, “Governance: a Soft Revolution with Hard Political and Legal Effects”, in *Soft Power*, 1, 2014, p. 36.

2. Cf. R. Rhodes, *Understanding Governance: Policy Networks, Governance, Reflexivity*, Open University Press, Buckingham, 1997; F. W. Scharpf, “Games Real Actors Could Play: Positive and Negative Coordination in Embedded Negotiations”, in *Journal of Theoretical Politics*, 6, 1994, pp. 27-53.

3. Urban regeneration. *American Heritage Dictionary of the English Language, Fifth Edition* (2011). Retrieved January 15

industrial areas, inner ring suburbs facing periods of decline due to compounding and intersecting pressures. Factors underlying the adoption of urban regeneration policies include deindustrialisation, demographic changes, underinvestment, infrastructural obsolescence, structural or cyclical employment issues, ethnic or social tensions, physical deterioration and physical changes in urban areas. Typically, urban regeneration actions involve economic, social and environmental improvement measures in the areas under intervention. In democratic societies, urban regeneration processes adopt governance approaches “that involve multiple stakeholders including residents and other civil communities-of-interest”⁴. The European Commission has provided its guidelines for a sustainable urban development, clearly influenced by a governance approach:

Measures concerning physical urban renewal must be combined with measures promoting education, economic development, social inclusion and environmental protection. In addition, the development of strong partnerships between local citizens, civil society, the local economy and the various levels of government is a pre-requisite⁵.

Local governance

Now we have all the elements to enlighten governance features in a local and urban context. Local governance tries to mobilize the different institutional and managerial abilities that territory has, with a view to the territory development. In this context, cooperation processes among all local actors, from enterprises to public entities, assume a particular relevance:

The new emphasis on cooperation involves constructing new policy relationships for a strategy development and integrating new actors in the planning exercise in a multi-governance environment, i.e. not only public bodies, but also coalitions of

2016 from <http://www.thefreedictionary.com/Urban+regeneration>.

4. D. Czischke, C. Moloney, C. Turcu, “Setting the Scene: Raising the Game in Environmentally Sustainable Urban Regeneration”, in *Sustainable Regeneration in Urban Areas*, URBACT II capitalisation, April 2015, p. 7. Retrieved January 15 2016 from http://urbact.eu/sites/default/files/04_sustreg-web.pdf.

5. *Ibid.*, p. 9.

interests, including private investors, business associations, property developers and the community of voluntary and non-governmental organizations⁶.

In many areas, the increasing focus on large projects and the development of particular districts have given the business sector a driving role in planning⁷. Civil society and corporate sectors are invited to participate in collective decision processes and are encouraged to translate their involvement into specific initiatives⁸, often producing urban regeneration as a result. As Paulo Neto and Maria Manuel Serrano state: “the governance model stimulates local based creative processes and incorporates locally its outputs. The outcome is a set of innovative and proactive policies with a strong demonstrative effect on urban regeneration”⁹. But there is another consequence: “the conception and implementation of public policies, based on participative models, seems to promote the involvement of citizens and consequently their accountability”¹⁰: at work here is, in other words, the dialectic of subjectivation and subjection inside the devices structuring the subjectivity, the immanentization of the norm.

Through governance, in short, a new mode of a flexible and decentralized constitution of the norm is asserted. This also means that “numerous actors construct governance differently as they operate against the background of diverse traditions”¹¹, as we will see in the Porta Palazzo case.

Social housing in Turin

We will now see how the situation is in Turin, a city in Northern Italy, capital of the Piedmont region. The Turin metropolitan area is estimated by the Organization for Economic Co-operation and Development to have a population of 2.2 million¹². The city used to be a major European political centre, being Italy’s first capital city in 1861. Even though much of its political significance and importance was lost by World War II,

6. OECD, “Competitive Cities: A New Entrepreneurial Paradigm in Spatial Development”, in *OECD Territorial Reviews*, OECD Publications, Paris, 2007, p. 4.

7. *Ibid.*, p. 108.

8. OECD, *Local Partnerships for Better Governance*, OECD Publications, Paris, 2001.

9. P. Neto, M. M. Serrano, Cefage-UE working paper July 2011, p. 24. Retrieved January 18 2016 from http://www.cefage.uevora.pt/en/content/download/2590/35387/version/1/file/2011_07.pdf.

10. *Ibid.*

11. M. Bevir, *Democratic Governance*, Princeton University Press, Princeton, 2010, p. 86.

12. OECD, “Competitive Cities in the Global Economy”, in *OECD Territorial Reviews*. Retrieved on January 18 2016 from https://www.uni-trier.de/fileadmin/fb4/prof/VWL/KUU/SS2008/PbSf/competitive_cities_in_the_global_economy.pdf.

it became a major European crossroad for industry, commerce and trade, being home to Fiat, Italian leader in automotive industry, and to San Paolo, Italy's biggest bank group, after its fusion with Banca Intesa. It is historically a migration destination, for people from southern Italy due to the existence of Fiat, and more recently for non-EU migrants.

In view of public services dismantling at the national level, the direct result is a new local management of them, in Turin also. The Turin local government could not face all costs without the private sector's help. So, the municipality sells big investors the goods of the city: state property building areas, disused public buildings, obsolete factories, and, in return, the private sector undertakes to provide some services to the citizens, with an eye to the requirements of the market. The following example shows how it works: the municipality leases an unused building to the Compagnia San Paolo (the Foundation related to the San Paolo bank), after a restructuring slap, spaces on the lower floors are used for commercial activities while apartments on higher floors make up a social housing project. In a city where the number of emergency evictions is sky-high, where the supply of council flats or public housing is very low, the private entity is substituted in offering a service, reducing the criteria of selection for economically disadvantaged people looking for regular negotiated rents. In this way, the exclusion of those who are not even eligible to participate in tenders it is emphasized, while those who are chosen to stay temporarily in a social housing unit will be disciplined, trained to act in accordance with the social housing rules and their behaviour will be shaped in accord with rules of conduct and productivity.

The name of the social residence, which opened in 2013 in Porta Palazzo, historically a working-class area and an immigration destination district in Turin, is *LuoghiComuni*. It was realized by renovating an old and unused building, owned by the city of Turin, which was falling into disrepair. The costs were covered by the Foundation related to San Paolo bank.

For the realization of the project, the Housing Program of "Compagnia di San Paolo", through the instrumental entity "Ufficio Pio", acquired on free loan a building located in Piazza della Repubblica 14, Porta Palazzo quartier, whose restructuring was completed in July 2013. As the Compagnia San Paolo outlines, the choice was not left to chance:

The decision to create the Temporary Social Residences in the areas of Porta Palazzo is in no way accidental. They are central districts, well-connected to the rest of the city, but at the same time they are marked by the presence of buildings in a state of decay and by the need to preserve and strengthen social cohesion, also as

a result of the flows of migrants that affected them in recent decades. The aim of this intervention by Compagnia di San Paolo and Ufficio Pio is to continue their involvement in activities sponsored by the city government and the private social sector actively supporting the development of these areas¹³.

The element that guides the definition of the target is, in Compagnia di San Paolo's words¹⁴, the principle of the social mix. As the Compagnia di San Paolo makes clear, the latter achieves many goals:¹⁵

1. Stigma prevention, which usually affects disadvantaged groups of people concentrated in one area or structure;
2. lower rents for those who are at risk of becoming homeless, due to higher fees paid by those who are not in a vulnerable situation and use the structure during short stays in the city or rent spaces on the lower floors with business purposes (catering, retail);
3. a relational context that allows to develop interactions with people from different social and professional groups.

Social mix is also related to the will to promote local development, both on a neighbourhood and on a city level. An offer that meets the specific housing needs of qualified and travelling workers, trainees and city users tends indeed to increase the attractiveness of a city, making it more competitive.

The new social residence is in line with social housing plans that have taken hold throughout Europe. In fact, one of the goals in the construction of places like those is to change the concept of home: from the family den separate from public domain rules, functional to the reproduction of the workforce (according to the model of the industrial city, such as Turin has been due to Fiat factories), to a productive place with a whole set of rules based on the dichotomy inclusion/exclusion. A space you live in, that is organized to provide many services to individuals, families and the community, superseding all traditional social relationships, both neighbourhood and family ones.

13. Programma Housing della Compagnia di San Paolo, *Social Housing e riqualificazione. La residenza temporanea di Porta Palazzo a Torino*, p. 10. Retrieved January 19 2016 from: <http://www.programmahousing.org/ita/content/download/979/5132/file/Social+Housing+e+Riqualificazione+-+La+Residenza+Temporanea+di+Porta+Palazzo+2014.pdf>. (My translation)

14. Ibid., p. 11.

15. Ibid.

Social housing as a normative apparatus

LuoghiComuni is intended for all social players who are considered to belong to a grey zone at risk of poverty. It is for people who might fall into a state of greater misery, or, with some small incentive, survive on the sidelines of market processes and not outside them. Social housing, among other things, can defuse the danger that these people might embody in case of an explosion of social anger. In fact, looking at the application form criteria to live in this social housing, we find that *LuoghiComuni* is intended to give its apartments to immigrants with profit capability (albeit low), single parents, young couples of artists, former prisoners who want to re-enter the productive and social fabric, singles with flexible contracts.

The chance to live in a rent-controlled apartment is accompanied by the imposition of a set of rules of coexistence that transform domestic space into a business place, and neighbourly relations into economic relations.

Some rules affirm simply that you may not freely dispose of the housing, some others are business oriented. From *LuoghiComuni* regulations:¹⁶

4. Access to the structure for short visits: Guests access to apartments is allowed, but the manager must be told about their presence. The manager reserves the right to verify the possibility of overnight stays in relation to the type of the apartment and to the maximum number of people allowed in each apartment.

5. Common spaces: The use of common spaces inside the house (kitchen, living area, children and young people area) is permitted from 9.00 to 22.00, in respect of activities planned from the manager. The use of common spaces for self-organized socializing is permitted, subject to a prior approval by the manager, in order to harmonize these initiatives within the range of cultural and leisure activities given. [...]

7. Prohibition of Smoking Act: Inside the building smoking is not allowed; the residence has smoke detectors. Violators shall be punished under the current legislation. [...]

12. Access to the apartments by the manager. The manager reserves the right to access apartments for reasons of maintenance, cleaning and security of the residence itself.

Under the heading “defining elements”¹⁷, it is stated that the active involvement of all the inhabitants is required:

16. Retrieved January 20 2016 from <http://www.luoghicomuni.org/sansalvario/pages/regolamento>. (My translation).

17. Retrieved January 20 2016 from <http://www.luoghicomuni.org/portapalazzo/che-cos%C3%A8-la-residenza-temporanea>. (My translation)

Temporary residence wants to be a home for those who stay, even for short periods, promoting mutual understanding and exchange, involving the people in the care of the common areas and in planning activities, supporting those in need in the activation and in the development of its resources to achieve full autonomy housing¹⁸.

The building plan reveals *LuoghiComuni*'s goals: on the upper floors there are long stays apartments for singles and families, on the ground floor commercial activities and common spaces in which inhabitants can meet, show their team spirit, regulate their social contact and organize and discipline their workforce according to San Paolo demands. All the residents of this social housing must spend part of his time realizing the Foundation's projects, i.e. collaborate on small events in Porta Palazzo, promote activities sponsored by San Paolo bank and distribute leaflets on bank loans for young people or social microcredit. These activities can have a two-fold effect: fostering entrepreneurial mindsets in the intimate space of the home and turning a building into a force of contamination of the surrounding area, making it a San Paolo outpost, contributing to the gradual disappearance of traditional forms of neighbourhood social relations, replacing them with activities that are part of projects imposed from above, worked out beforehand, capable of generating profit. In this way, a dinner with neighbours in Via Priocca (one of the streets *LuoghiComuni* overlooks) becomes a food and beverage event sponsored by a food industry company, a screening of a film in Piazza della Repubblica (the most important square in Porta Palazzo, where a big market takes place) turns into sharing a promotional video about a project of urban renovation, an artisan market becomes an opportunity to chase peddlers away from the square.

Porta Palazzo is an area where historically indigent people from different backgrounds coexist, meeting place for legal and illegal attempts to make ends meet in the former working-class town. Now that strategic interests are moving from the huge factories of Mirafiori (Fiat headquarters) to hi-tech companies, international events and start-ups, the northern district of the city represent a fertile ground for implementing a social recovery and establishing new production centres. And now, in an area that has been long ignored by big business interests, urban planning, corporate headquarters, elite schools spring up like mushrooms together with San Paolo Foundation investments.

18. Ibid. (My translation)

LuoghiComuni seems, then, to be a device realized in Porta Palazzo to achieve the control of the area in terms of governance, spreading an entrepreneurial mentality, production oriented social relations and civic consciousness. Its rules, and the conducts pursued are not bottom-up as they could seem at first sight. All the activities taking place there are promoting profit motivated relations and a lifestyle suitable for attracting capital. Of course, this process cannot be immediate and needs to undo the ways in which people used to live in the neighbourhood and to improve, through pioneering places like *LuoghiComuni*, new opportunities to meet and new ways to interact, related to profit. The protection of capital invested implies the promotion of areas involved, as a first way to create value, not only real estate value. This is one of the governance features: the cooperation between public and private, that is, between banks and associations, institutions and agencies whose aim is the redevelopment and enhancement of the Turin northern district. All these urban regeneration agents and policies are intended to lay the foundation to boost productivity within a legal framework and avoid any type of illegal and ungovernable activities that are part of the traditional survival attempts in that part of the city.

A social housing project, then, attracts people in need, organizes the promotion of commercial activities, disciplines the workforce at no cost, but also imposes a precise social conduct. The latter is expressed not only by respecting the rules of the house, but also, by being able to develop a range of personal skills expendable after the short rental period, i.e. starting a business in the district by taking advantage of San Paolo microcredit, as advertised in *LuoghiComuni* spaces.

This is the promise of urban life that San Paolo offers through places like *LuoghiComuni*: *LuoghiComuni* is then a sort of hotel for professionals, moneyed workers and tourists, a service provider, and, on the other hand, gives some vulnerable social groups, in exchange for exploitation levels increasingly insidious and massive, a set of skills and small tools to live on the poverty line or slightly above it, in order not to sink into unproductiveness.

The metamorphosis of normativity

I shortly examined how a governance approach to urban regeneration is far away from a large-scale renovation through the reconstruction of housing and public works, as it was in the decades between the 1960s and 1980s, trying to focus on social housing as a normative apparatus.

Concerning similar topics, Antonio Tucci invites us to gain a “critical-deconstructive approach”¹⁹ to some traditionally effective categories, which nowadays are no longer exhaustive. But as Tucci warns us, older normative devices cannot simply be considered as an inadequate and outdated model, compared to up-to-date policies and devices. We can indeed talk about overlapping different logics that converge upon the same conceptual categories, expressing purposes and modalities in new and unusual power relations –those of the current governance–, within a framework that can be defined as “metamorphosis of normativity”²⁰. What can be defined as an “ambivalent space”²¹ between two opposite processes: the constitution of the norm that emerges in social practices and the normative impositions that are heteronomous and top-down.

Referring to the distinction made by Foucault between *normation* and *normalisation*²², we can state the release of the norm by a transcendence level (which connotes normative devices of sovereignty and discipline). *LuoghiComuni*’s inner normativity shows us that the norm is no more external, transcendental, heteronomous, but that it keeps some of those elements by being imposed from above, while its constitution comes from the autonormativity of the social fabric (a distinctive feature of current governance). The norm comes from the management of the space (both in the *LuoghiComuni* building and in the area external to it, changed by its presence) and its inherent normativity emerges through intervention and transformation techniques.

19. A. Tucci, “Crossing the Borders of Governance”, in *Soft power*, 1, 2014, p. 62.

20. A. Tucci, *Dispositivi normativi della governance*, Summer School: Vita, Politica, Contingenza, Erice, 8-12 giugno 2015. Retrieved January 18 2016 from <https://www.unipa.it/dipartimenti/beniculturalistudiculturali/content/documenti/relazioni-summer-school/Tucci.pdf>. (My translation)

21. Ibid.

22. Ibid.

EL DISPOSITIVO POPULISTA:

Pueblo, políticos de profesión y crisis de la representación

Fulvio Forte

Università degli Studi di Salerno

THE POPULIST DEVICE:

People, professional politicians and the crisis of representation

DOI: 1017450/160116

La cuestión populista entre la modernidad y la gubernamentalidad

Los estudios politológicos de la categoría *populismo* han interpretado durante mucho tiempo la vaguedad de esta etiqueta en términos exclusivamente negativos, relegándola a las filas de las patologías endémicas de las democracias occidentales. Indagando la naturaleza epifenoménica y los numerosos casos empíricos (desde el Partido Popular al peronismo argentino hasta los regímenes totalitarios), el populismo se inserta en las entradas del pensamiento político como fenómeno específico del advenimiento de la sociedad de masas y como crítica radical al liberalismo. Por ejemplo, los análisis de la psicología social¹ se centran en los procesos de identificaciones irracionales que unen las masas a un líder carismático fomentadas por ideologías antielitistas y peligrosamente antisistémicas. Esta dinámica irracional de la inversión radical interrumpe la racionalidad política moderna sobre la base de dispositivos jurídicos formales de la mediación y de la representación parlamentaria que debe asegurar la estabilidad institucional.

1. Cfr. G. Le Bon, *Psicología de las masas*, Morata, Madrid, 2005.

La figura del líder actúa aplicando una estrategia retórica dirigida a movilizar a la mayoría de un pueblo sugestionable contra la oligarquía de los gobernantes o, en los casos extremos, articula un pueblo-nación unido, paranoico y apoyado en las ideologías adversas a cualquier minoría étnica o política. En otros términos, con enfoque descriptivo², los estudiosos de la masa consideraban el estilo populista como un *síndrome* que golpea el corazón de la modernidad política para instrumentalizar la soberanía popular. El síndrome populista se arraiga en la sociedad civil y fuerza de los mecanismos excluyentes de la soberanía, hiperpolitizando y al mismo tiempo despolitizando la escena política al punto de subvertir los regímenes liberales democráticos.

En el paradigma de la modernidad, por tanto, la ola populista se manifiesta como “corrupción ideológica de la democracia”³ y como peligro demagógico-autoritario siempre al acecho en el interior de los regímenes democráticos. La denigración unánime del populismo⁴ y de la movilización de masas, en tal crisma, está motivada desde el impulso antiformalista que los fenómenos retóricos-populistas provocan contra las clases dirigentes, contra el gobierno de la élite, hasta la erosión de la lógica dualista de la representación moderna. Se trata de una lógica antagonica que hoy descubrimos coincidente con un relanzamiento de la política y una ambigua tentativa de construir un pueblo.

Mas, ¿en qué modo el populismo contemporáneo opera en el nuevo escenario de la *gobernanza* o, mejor, de la gubernamentalidad? ¿Qué cambios invierten el populismo ahora que parece consolidarse aquella “tendencia, la línea de fuerza que, en todo Occidente, no dejó de conducir, y desde hace mucho, hacia la preeminencia del tipo de poder que podemos llamar “gobierno” sobre todos los demás: soberanía, disciplina”⁵?

La gubernamentalidad, como el populismo, es desarrollada de modo antitético al liberalismo político, como alternativa para “superar la rigidez típica de la operatividad del Gobierno a lo largo del eje del control soberano”⁶. En otros términos, un Gobierno de prácticas y de estrategias administrativas se ha acompañado del dispositivo moderno de la soberanía “que, no obstante, sobrevive en muchos discursos

2. Para tal propósito cfr. P. Worsley, “El concepto de populismo”, en G. Ionescu, E. Geller, *Populismo: sus significados y características nacionales*, Amorrortu, Buenos Aires, 1969; M. Canovan, *Populism*, Junction Books, London, 1981; y P. A. Taguieff, *L'illusionne populista* (2002), Bruno Mondadori, Milano, 2003.

3. *Ibid.*, *L'illusionne populista*, p. 89.

4. Eso relegaba el término a un campo de imposibilidad analítica: los intelectuales que afrontaron el argumento caen, escribe Laclau, “cualquier actitud necesaria de condena ética –actitud que, como hemos visto, ha estado en la base de muchos análisis aparentemente objetivos”. E. Laclau, *La razón populista*, Fondo de Cultura Económica, México, 2006, pp. 28-29.

5. M. Foucault, *Seguridad, territorio y población. Curso en el Collège de France (1977-1978)*, Fondo de Cultura de Económica, Buenos Aires, 2006.

6. S. Vaccaro, “Governance e governo della vita”, p. 109, in A. Amendola, L. Bazzicalupo, F. Chicchi, A. Tucci, *Biopolitica, bioeconomia e processi di soggettivazione*, Quodlibet Studio, Macerata, 2008.

políticos contemporáneos, ya que se refiere a los conceptos y a las categorías formales, ciudadanía, derechos, identidad, que definen *marcos*, recintos normativos, esquemas rígidos [...]”⁷.

Tras la caída de las grandes ideologías de la década del noventa y con el surgimiento hegemónico del neoliberalismo, como señala Ernesto Laclau, la literatura populista ha caído en un *impasse analítico*, un estancamiento que el mismo filósofo argentino ha afrontado y superado para dar nueva vida al debate y abrir nuevos horizontes teóricos. De hecho, no es posible pensar hoy las razones del populismo descontextualizando el concepto desde la dimensión gubernamental y postfundacional o ignorando las transformaciones profundas de la lógica del poder soberano que ha entrado en el marco de la *gobernanza* y de la globalización. Precisamente, en esta discontinuidad y en tal contexto se mueve nuestro ensayo sobre el populismo.

El populismo del siglo XXI alterna, en sus varias formas y articulaciones políticas, actitudes pragmáticas típicas de la racionalidad neoliberal de resolución de problemas, una cierta retórica xenófoba que conforma el frente antieuropeísta, recuperando discursos identitarios muy preocupantes. De manera más precisa, la nueva derecha da lugar a un renacimiento de la política a través de la crítica del proyecto de la Unión Europea, en particular, manipulando la paranoia identitaria de los que se oponen a la apertura de las fronteras y a las políticas comunitarias de inmigración inclusiva.

Mas, la novedad de la nueva derecha está en evitar, con decisión, el uso de discursos xenofobos, en lo que ha aprendido a ser muy cautelosa. De hecho, anota Alfio Mastropaolo, “la nueva derecha evita generalmente revivir las viejas y desacreditadas teorías sobre la superioridad y la inferioridad de los otros”⁸, en cuanto considera el problema de la inmigración desde el punto de vista de la gobernanza para encaminar la lucha política sobre el plano de la gestión comunitaria y económica de la vida común. Las huellas de la xenofobia extrema van a esconderse en lo *no dicho*, en un cuerpo discursivo fantasmal, sobre todo si, oficialmente, la derecha radical acepta la tesis de la derecha liberal “según la cual la sociedad llega a una condición de equilibrio o dejando a cada plena autonomía perseguir su propio interés privado [...] o bien permitiendo que los más fuertes se impongan a los más débiles”⁹. Por tal razón, los *etnopopulismos*, para sobrevivir políticamente en el paradigma neoliberal, deben redimensionar en modo considerable su matriz racista, tenerla escondida en la profundidad de lo imaginario para no articular

7. A. Tucci, *Immagini del diritto. Tra fattualità istituzionalistica e agency*, Giappichelli Editore, Torino, 2012, p. 117.

8. A. Mastropaolo, “La mucca pazza della democrazia. La destra radical-populista e la politica italiana”, in *Meridiana*, 38-39, 2000, p. 49.

9. *Ibid.*, p. 49.

más cuerpos políticos totalitarios; es la única estrategia permitida para poder participar en el debate de la gestión de la gubernamentalidad neoliberal.

Las consecuencias políticas son profundas: el populismo en la era neoliberal recalca los modos de vida de un *demos* que ya no puede ser un sujeto totalizador y homogéneo, pero que se constituye en una pluralidad de pueblos contruidos según las situaciones contingentes y que dirige sus efectos a una población mediática de la que se pretende consentimiento y mínimo apoyo político.

Sin embargo, la fenomenología del neopopulismo produce hoy, junto a las manifestaciones antigubernativas y antiliberal demócratas, nuevos discursos que forman de manera paradójica “*populismos de gobierno*, que quieren *modernizar* y cambiar también radicalmente el orden jurídico y económico, y hacen palanca sobre el descontento contra la vieja clase dirigente que ha perdido, para administrar el consentimiento sin tener que contratar y mediar con las minorías”¹⁰. ¿De qué manera se estructura la copresencia de populismo gubernativo y antigubernativo? ¿Cómo explicar una ambivalencia similar que parece una aparente contradicción?

El populismo como dispositivo

Recientemente, Nadia Urbinati ha definido el populismo en términos de poder. La politóloga italiana dedica un capítulo entero de la *Democrazia Sfigurata* (democracia desfigurada) al “poder populista”¹¹, afirmando que el populismo representa una “desfiguración” de la esfera pública de la cual emergen fuerzas políticas antagónicas que miran a la obtención voraz del consenso popular, al desprecio de cada proceso democrático. Se presentan, pues, como inaceptables, por un poder similar, las opiniones individuales y las libertades de los individuos al disgregar la unidad del pueblo. En consecuencia, el líder o la formación política que detenta el poder populista encarna simultáneamente la verdadera voluntad popular y domina el espacio de la opinión pública.

En la teoría política elaborada por Nadia Urbinati, una concentración vertical de la voluntad política y del espacio económico, así como de la opinión pública, es inaceptable, en cuanto la politóloga considera una democracia que conversa, en línea con la tradición liberal democrática, aquellos procedimientos que garantizan la reversibilidad de cualquier decisión democrática. En la instalación *diarchica* de la democracia proce-

10. L. Bazzicalupo, “Come in uno specchio. Populismo e governamentalità neoliberale”, en *Cambio*, diciembre 2014, p. 27.

11. N. Urbinati, *Democrazia sfigurata. Il popolo fra opinione e verità*, EGEEA, Milano, 2014, cap. III, pp. 177-230.

dimental, según Urbinati, el populismo hegemoniza sin distinción ambos principios democráticos, la voluntad y la opinión, y cuando este poder logra “su objetivo de dominar el estado democrático”, destruye el pluralismo de las opiniones y la pluralidad representativa de la política parlamentaria, de manera que institucionaliza un “fundamento individual del derecho político”.¹²

El fundamento individual recalcado por la autora alude al proceso de unificación de las masas y el proceso de polarización de la escena política, un escenario donde una parte ambiciona la totalidad afirmando *nosotros la gente*, o bien nosotros somos el *pueblo*, el verdadero pueblo: el populismo es una estrategia “que simplifica las fuerzas sociales”. En efecto, según Urbinati, el populismo adopta dos principios estratégicos que determinan de modo decisivo el estilo populista y su naturaleza performativa, sus prácticas: *simplificación y polarización* de que, en cambio, no se desarrolla “una mayor participación en vez de una verticalización del consenso político”¹³. En esta perspectiva, sin embargo, el populismo reaparece en la lógica de la *reductio ad unum*, operación que hoy encuentra muchas resistencias y obstáculos al sintetizar los deseos cada vez más heterogéneos expresados por las subjetividades deseantes dentro de un espacio político que trabaja en incentivar la representación y formación de identidades colectivas.

El populismo es hoy una forma, un *modo de poder*, muy a menudo no solo político, que invade numerosos campos discursivos en un amplio espectro, decretando una espesa serie de *relaciones de poder* a todos los niveles de la sociedad; en otras palabras, hoy existe un aparato populista, operativo y fuertemente diseminado en todo el campo social.

Todo el espacio discursivo está impregnado de populismo y, por esto, puede ser interesante encuadrar el fenómeno populista como un *aparato de poderes* y cuyos efectos invierten la realidad de la política. Por ejemplo, Frederic Jameson habla del “triumfo del populismo estético” en su libro sobre lo *posmoderno*¹⁴, refiriéndose a la arquitectura y a la producción estético-cultural en general; o bien en las ciencias sociales a menudo aparece la etiqueta de “populismo mediático” o “populismo digital”¹⁵, entre otros, para definir una vasta gama de fenómenos.

Definir el populismo en cuanto dispositivo estratégico no significa, en tal sentido, retornar a un descriptivismo sociológico, pero permite revelar ampliamente sus efectos políticos y, sobre todo, las lógicas que atan este dispositivo a la gubernamentalidad y a la

12. Ibid., p. 230.

13. Ibid.

14. F. Jameson, *El posmodernismo o la lógica cultural del capitalismo avanzado*, Paidós, Barcelona, 1989, pp. 11-14.

15. U. Eco, *A paso de cangrejo. Artículos, reflexiones y decepciones*, Debate, Barcelona, 2007.

producción/gobierno de las subjetividades (singulares, colectivas), procesos que crean “el verdadero escenario de la política”.¹⁶

El dispositivo, o el aparato, tienen esencialmente una naturaleza estratégica, lo que significa dar por descontado que se trata de una cierta forma de manipulación de objetivos o fuerzas alcanzadas, desarrollándola en particulares direcciones, arrestándola, estabilizándola, utilizándola, etc.

El aparato es, por tanto, siempre inscrito en un juego de poderes, mas es también siempre vinculado a algunas coordenadas de saberes que nacen de ellos, en igual medida, lo condicionan. [...] Antes que analizar el poder del punto de vista de su racionalidad interior, se trata de analizar las relaciones de poder y el antagonismo de las estrategias¹⁷.

El dispositivo populista, pues, se introduce en una *economía de poderes* que se configura en la actualidad¹⁸ de reportes de fuerza de los cuales se producen prácticas, subjetividades y conflictividades sociales. De la difusión plurivectorial del dispositivo populista, es importante subrayar su estrecha relación con la gubernamentalidad neoliberal¹⁹; a nivel de comunicación política, el dispositivo populista es, sin otro, el estilo retórico más difuso en la era del neoliberalismo.

La política asume una tonalidad populista y anuncia lo “nuevo” para modificar las instalaciones constitucionales sedimentadas. Anunciando lo nuevo, de un lado, ataca a la casta política produciendo presiones antipolíticas²⁰ y, desde otro punto de vista, articula discursos políticos centrados en principios individualistas, desalentando la formación de organizaciones sociales antagónicas. Se trata, en resumen, de un ataque directo y preventivo a los peligros de un “exceso de democracia”²¹. En este registro de prácticas y discursos actúan populismos “paradójicamente de gobierno”. Después volveremos a este punto sobre el impulso desintegrador del dispositivo neopopulista.

La estrategia populista apunta a la simplificación del debate político y repudia cada instalación ideológica, prefiere la pragmática de los que saben responder de manera

16. L. Bazzicalupo, “Come in uno specchio”, p. 29.

17. M. Foucault, “The Confession of the Flash”, in N. Gordon (ed.), *Power/Knowledge: Selected Interviews and Other Writings 1972-1977*, Harvester Press, Brighton, 1980, p. 196 y p. 238.

18. “Pertenece a ciertos dispositivos y obramos en ellos. La novedad de unos dispositivos respecto de los anteriores es lo que llamamos su actualidad, nuestra actualidad. Lo nuevo es lo actual.” G. Deleuze, “¿Qué es un dispositivo?”, en varios autores, *Michel Foucault filósofo*, Gedisa, Barcelona, 1990.

19. “El populismo aunque, de una parte, se desarrolla en el camino cultural de la gubernamentalidad neoliberal reflejándose en el rechazo de los sistemas institucionales convencionales y el impulso antirrepresentativo, de la otra, en la práctica reconstruye una subjetividad del pueblo, un *nosotros* de carne y hueso, contra el *ellos* de la abstracta y burocrática casta política y contra el poder opaco e indeterminable que jerarquiza y margina”. En L. Bazzicalupo, “Come in uno specchio”, p. 32.

20. Cfr. A. Mastropaolo, *Antipolitica. All'origine della crisi italiana*, l'Ancora del Mediterraneo, Napoli, 2000.

21. Cfr. S. Huntington, “The Democratic Distemper”, in N. Glazer, I. Kristol, *The American Commonwealth*, Basic Book, New York, 1976.

pronta y discutir cualquier problemática contingente sin profundizar críticamente en las cuestiones de urgencia social. En otras palabras, la injerencia del dispositivo populista obliga a los políticos a ser competitivos en la carrera de los consensos mediáticos y en las encuestas, a formar el propio lenguaje político según las velocidades impuestas por las dinámicas discursivas de los salones mediáticos o de la rápida comunicación en red. La simplificación y polarización de las opiniones políticas producen, por lo tanto, manipulaciones demagógicas de la arena pública, apelando al sentido común o mediante desmitificaciones de los hechos políticos o de la crónica.

En tal sentido, el dispositivo populista connota, sea a la derecha o sea a la izquierda, de manera *fluctuante*, el espacio dialógico de la democracia de nuestros días, dictando el tiempo y la modalidad expresiva, alternando sin discriminación argumentos xenóforos, la retórica neoliberal de la austeridad o meras inventivas antipolíticas, en contraste con la aparente incapacidad de la política actual de organizar una visión y de formar sujetos políticos. Se trata de un efecto producto de la racionalidad estratégica de la gubernamentalidad que ha debilitado históricamente los dispositivos de la representación y de la participación política, poniendo en práctica en los campos sociales nuevas modalidades de gestión de las subjetividades, cada vez más orientadas a las instancias del autogobierno y al rechazo de cualquier mediación representativa. El resultado es que los individuos, por su cuenta, compiten singularmente en la sociedad gubernamental sin organizarse ni fiarse más de las instituciones, por lo que son más gobernados, más orientados en la conducta y menos representados en sus intereses.

En modo análogo, el populismo como dispositivo “gobierna, pues, sobre un público que es un sujeto de opinión”, administra una población de individuos sobre el plano del discurso y de la publicidad del debate político. Su objeto es “un público [que] escenifica sus deseos y se reconoce en ellos. Un público, en suma, visto no solo como sujeto de opinión, sino como un sujeto de deseo”²². La estrategia apunta, así, al consenso estadístico, superficial y mediático de cada liderazgo. El dispositivo populista se dirige a una población más que a un pueblo y, por tal razón, se presenta como técnica de captura del consenso y no más como adoctrinamiento ideológico. Foucault escribe al respecto de tal noción de público y mutación poblacional:

El público, noción capital en el siglo XVIII, es la población considerada desde el punto de vista de sus opiniones, sus maneras de hacer, sus comportamientos, sus

22. S.C. Gómez, *Historia de la Gubernamentalidad I. Razón de Estado, liberalismo y neoliberalismo en Michel Foucault*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2015, pp. 86-87.

hábitos, sus temores, sus prejuicios, sus exigencias: el conjunto susceptible de sufrir la influencia de la educación, las campañas, las convicciones. La población, en consecuencia, es todo lo que va a extenderse desde el arraigo biológico expresado en la especie hasta la superficie de agarre presentada por el público. De la especie al público tenemos todo un campo de nuevas realidades, nuevas en el sentido de que, para los mecanismos de poder, son los elementos pertinentes, el espacio pertinente dentro del cual y con respecto al cual se debe actuar²³.

En nuestro esquema de poderes, el público cambia su función y su significado político. De hecho, las instancias estratégicas del neopopulismo actúan con el objetivo de capturar las singularidades deseantes, las cuales, con las mismas variaciones, diferencias y regularidades comportamentales, componen el conjunto de la población mediática, la cual es vista como objeto de gobierno y, en consecuencia, no representa una formación política dotada de *praxis* o de actuar político.

El objetivo es gobernar la población, formular con táctica el discurso para que se recojan consentimientos cercanos a un porcentaje lo más vasto posible de la misma población. Un relanzamiento de la política sin un proyecto que constituya nuevos sujetos políticos representables. ¿Y entonces, el pueblo? ¿En un diagrama social en que el populismo se configura como dispositivo, qué posibilidades hay para construir un pueblo? ¿Y, además, si el público ha padecido transformaciones notables, qué cambios han invertido la problemática figura del líder político-populista? En los próximos párrafos, definiremos el dispositivo populista reexaminando algunos conceptos de la teoría política de Ernesto Laclau. Preferiremos, en efecto, evidenciar el componente estratégico del populismo para problematizar la tesis de Laclau que confía el fenómeno populista a la significativa centralidad en la “constitución ontológica del político”. En tal sentido, el dispositivo populista desencadena un abanico de estrategias comunicativas muy amplias y particularmente eficaces en la gestión de las crisis económicas y el consentimiento popular. Eso significa que el populismo en cuanto dispositivo encuentra su fuerza comunicativa y retórica justo en su vaguedad, en su ser un *modus* político *palíndromo*; en otras palabras, gracias a lo *significante flotante*, el discurso populista se disocia de las dicotomías derecha/izquierda, oscila entre tales extremidades para estructurar un lenguaje postideológico de perfecta compatibilidad, o mejor especular, con la gubernamentalidad neoliberal.

23. M. Foucault, *Seguridad, territorio y población. Curso en el Collège de France (1977-1978)*, p. 97.

Dispositivo populista y pueblo

No es simple definir o localizar los populismos de derecha y de izquierda, ya que precisamente el dispositivo populista obra por un estilo comunicativo falto de fondo ideológico. Es, de hecho, en la vaguedad de los contenidos, en la imprecisión de los programas populistas, que se forma el estilo con la especificidad populista de hoy. El populista organiza su discurso sabiendo cómo convencer más a una población que a un pueblo-nación o a una identidad colectiva bien constituida. Por demás, no está claro, a veces, qué capas o intereses de la colectividad tratarán de representar los líderes populistas, de cuáles batallas políticas se harán cargo, a cuáles pueblos apelarán. Jacques Rancière escribe:

[...] el término “populismo” no sirve para caracterizar una fuerza política definida. Por el contrario, saca provecho de las amalgamas que permite entre fuerzas políticas que van de la extrema derecha a la izquierda radical. No designa una ideología, ni siquiera un estilo político coherente. Sirve simplemente para esbozar la imagen de cierto pueblo. *Porque “el pueblo” no existe.* Lo que existen son figuras diversas, incluso antagónicas del pueblo [...] ²⁴.

Parafraseando a Rancière, *para el populista el pueblo no existe.* Despidiendo cualquier toma de posición, el dispositivo populista obra de manera *palíndroma*, puede construir solo representaciones parciales de un pueblo que, oscilando de manera indiferente entre derecha e izquierda ²⁵, no consolida una fuerza hegemónica coherente, pero da lugar a grupos y formaciones transitorias que fracasan continuamente apretadas por la contingencia. Ningún bloque histórico emerge del espacio político, el pueblo, para decirlo en términos de Gilles Deleuze, *no puede faltar* en la escena política populista; “esbozar la imagen de cierto pueblo”, de hecho, no significa articular o institucionalizar una fuerza popular ²⁶.

24. J. Rancière, “El inhallable populismo”, en A. Badiou et. al., *¿Qué es un pueblo?* (2013), Eterna Cadencia, Buenos Aires, 2014, p. 120.

25. “El populismo no es un programa político, ni una concesión del mundo, es así una ideología, dado que eso se combina con las concepciones y los programas más variados. Hay un populismo de derecha y existe otro de izquierda. Hay un populismo estatalista y existe otro liberal. Hay populismos autoritarios y otros demócratas. Ante todo, por tanto, *el populismo es un estilo* que, entre infinitas variantes, se basa en la retórica entrelazada alrededor del pueblo”. A. Mastropaolo, *La mucca pazza della democrazia*, p. 51.

26. Referencia a la nota frase “Escribir por ese pueblo que falta [...]”. Cfr. G. Deleuze, *Critica y clínica*, Editorial Anagrama, Barcelona, 1996, p. 11.

De otro modo, si se considera el pueblo como un *concepto-realidad* que puede manifestarse históricamente y al cual se intenta con desespero dar una *existencia política*²⁷, emerge el carácter de transitoriedad del populismo contra cada tentativa de representación y mediación del sujeto popular²⁸. Cuando hay populismo el pueblo falta, desaparece de la escena política, se pone irrepresentable y resiste al dispositivo moderno de la *reductio a unum*. En tal sentido, como teoriza Davide Tarizzo, a nivel simbólico un pueblo *muere*²⁹ a manos del populismo, su cadáver se vuelve masa despolitizada y pasiva, no muy diferente de un público televisivo³⁰ de fácil manipulación; se puede, pues, monitorear la vitalidad de un pueblo valorando las capacidades que una clase dirigente demuestra en representarlo y conducirlo sin recurrir a estrategias populistas.

Un político actúa de modo populista siempre que él decida adoptar estrategias comunicativas que hacen palanca justo sobre las ambivalencias del *demos*, constitutivamente invadido por una ambigüedad semántica y lingüística que parte su significación entre *plebs* y *populus*. No al azar Gregory Vlastos³¹ creyó que “la ambigüedad de *demos* (*plebs* o *populus*) es una ventaja” para “los adversarios de la democracia”, cuando ellos resaltan las características más bajas del pueblo, es decir, cuando hacen renacer el rostro atávico e irracional de la *plebs*, de la gentuza, de la multitud irracional y sugestionable que aclama al líder de turno.

Por fin, la ambigüedad semántica arraigada en una ulterior variante del arquetipo del *demos* (esta vez representada en la *ethnos*) se manifiesta en tal hipótesis como uno de los determinantes, precisamente, de los etnopopulismos, los que, como hemos visto, “forcluyen”, en términos del rechazo lacaniano, este mismo componente racista para participar en el juego político³².

27. Cfr. G. Agamben, “¿Qué es un pueblo?”, en G. Agamben, *Medios sin fin. Notas sobre la política*, Pre-Textos, Valencia, 2001, pp. 31-36.

28. “El pueblo en las sociedades pluralistas y postradicionales, las cuales son incluso resultado concreto de la apropiación desde abajo del orden político promesa de la soberanía popular, aparece hoy como un acervo de subjetividad en fragmentos”. G. Preterossi, “Genealogie del popolo”, p. 49 en M. Baldassari, D. Melegari (eds.), *Populismo e Democrazia Radicale: In dialogo con Ernesto Laclau*, Ombre Corte, Verona, 2012.

29. D. Tarizzo, “Massa e popolo: Freud e Laclau”, en *Populismo e Democrazia Radicale*, pp. 53-60.

30. I. Dominijanni, “Populismo Post-Edipico?”, en *Populismo e Democrazia Radicale*, p.165.

31. Cfr. G. Vlastos, “Isonomia Politikè”, en J. Mau, E. G. Schmidt (editado por), *Isonomia*, Berlín, 1964, pp.1-35.

32. A tal propósito, sería interesante profundizar, en otro lugar y momento, en la distinción conceptualizada por Nicolao Merker entre *eticismo* y *etnicidad*: “El etnicismo como ideología de las alteridades radicales entre grupos de individuos es en cambio, a la luz de sus consecuencias, una fácil vía a la que Hobbes llamó la guerra de todos contra todos. Lo enseñan las limpiezas étnicas que constelan nuestro pasado y presente. La *etnicidad*, que no es identidad ideológica, pero sí una comunidad real de lengua, tradiciones histórico-culturales localizadas y patrimonios de ideas históricamente sedimentadas constituye, al revés, un dato con el cual hace falta realizar cuentas en positivo”. N. Merker, *Filosofie del populismo*, Laterza, Roma-Bari, 2009, p. 174.

Y el juego político contemporáneo, en fin, no permite construcciones del pueblo que no sean parciales y contingentes, en cuanto, como bien ha intuido Laclau repensando el eslogan thatcheriano, *la verdadera sociedad no existe*. Hay individuos como, de hecho, hay preguntas distintas entre sí que deben ser articuladas y atadas de manera equivalente. La producción del vacío, del pueblo y, por lo tanto, el relanzamiento perpetuo de una política demócrata que sea radical no puede prescindir de esta imposibilidad de lo social, del hecho de que no se puedan cumplir más síntesis políticas superestructurales, por el simple motivo de que no hay estructuras, mas sí descentralizaciones, fronteras que se mueven y que modifican sin parar los frentes hegemónicos en un terreno político de *indecibilidad*, o bien, de una congénita “indeterminación estructural” que pospone a incansables negociaciones y luchas políticas; solo en un contexto similar se hace política o, mejor, populismo, según Laclau³³. Porque el pueblo no existe, como dijimos antes; pero de este vacío, de esta ausencia, puede articular una trascendencia parcial, una plenitud ausente, una identidad popular. Afirma, perentoriamente, Laclau:

La consecuencia es inevitable: la construcción de un pueblo es la condición *sine qua non* del funcionamiento democrático. Sin la producción de vacuidad no hay pueblo, no hay populismo, pero tampoco hay democracia. Si agregamos a esto que el pueblo [...] no está esencialmente limitado a ninguna matriz simbólica particular, hemos abarcado en todas sus dimensiones el problema del populismo contemporáneo³⁴.

La producción de la vacuidad es una *reductio ad unum* que se forma consciente de su parcialidad, de su contingencia, interpretando la elasticidad del populismo como una ocasión beneficiosa a fin de una renovación de la estrategia socialista³⁵. Al no poder confiar en una matriz simbólica fuerte, la operación de Ernesto Laclau trata rearticular la lucha, generando un cortocircuito en el impulso palíndromo del dispositivo populista a

33. Cfr. E. Laclau, *Nuevas reflexiones sobre la revolución de nuestro tiempo*, Nueva Visión, Buenos Aires, 2000.

34. E. Laclau, *La razón populista*, p. 213.

35. A tal propósito, escribe Yves Surel: “contra la idea según la cual el populismo representa un *trend*, relativamente estable y coherente, de la nueva derecha radical, queremos defender la idea de que eso no corresponda a una familia política, pero corresponde, si acaso, a una dimensión del registro discursivo y normativo adoptada por los actores políticos. El populismo es como un conjunto de recursos disponibles por una pluralidad de actores, de manera más o sistemática”. Ver Y. Surel, “Berlusconi, leader populiste?”, in O. Ihl, J. Chene, E. Vial, G. Wartelot (ed.), *La Tentation Populiste en Europe*, La Découverte, Paris, 2003, pp. 113-129. Además, en la necesaria reformulación de la estrategia socialista, Laclau y Chantal Mouffe escribieron: “La tarea de la izquierda no puede por tanto consistir en renegar de la ideología liberal-democrática, sino al contrario, en profundizarla y expandirla en la dirección de una democracia radicalizada y plural”. Cfr. E. Laclau, C. Mouffe, *Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia* (1985), Siglo XXI, Madrid, 1987, p. 291.

partir del propio discurso, de la comunicación y de la “mediaticidad”; nos encontramos frente a una operación teórica que vuelve a reactivar un antagonismo político sobre el plano del discurso, una acción política que reacciona de frente a la frontera institucional neoliberal que disgrega las preguntas populares, satisfaciéndolas de manera singular y manteniéndolas heterogéneas y desconectadas.

Magistralmente, Laclau renueva el análisis por pensar el populismo en cuanto *lógica política*, en un espacio discursivo en el que las solicitudes no son atendidas bajo la presión de los frentes más hegemónicos. Las identidades populares, por lo tanto, se vuelven más inestables en la medida en que se hacen más visibles las dificultades de un significativo vacío en la representación de una plenitud radical.

En este sentido, Laclau introduce la categoría de *significantes flotantes* para explicar la lógica del movimiento de las fronteras antagonicas en los períodos de crisis orgánicas³⁶. Un ejemplo proporcionado por el filósofo argentino es de suprema utilidad para comprender el funcionamiento concreto de significantes flotantes. Este es el caso en relación con el *Frente Nacional* francés de Marine Le-Pen:

Con el colapso del comunismo [...] la división entre izquierda y derecha se desdibujó cada vez más. Sin embargo, la necesidad de un voto radical de protesta permaneció, y como los significantes de la izquierda habían abandonado el campo de la división social, este campo fue ocupado por significantes de la derecha. La necesidad ontológica de expresar la división social fue más fuerte que su adhesión óptica a un discurso de izquierda. Esto se tradujo en un movimiento considerable de quienes fueran votantes comunistas hacia el Frente Nacional³⁷.

Esto quiere decir que, dentro de una sociedad cada vez más diversa e *imposible*, los lazos libidinales y el apego emocional no se expresan en la estructura ontológica de la realidad (el partido), sino en aquel significativo vacío, ese elemento que se despliega, representa y encarna la naturaleza ontológica de la política, la *plenitud ausente* en la que un sujeto popular *invierte radicalmente*. En este sentido, la categoría de los significantes flotantes explica a la perfección los casos aparentemente paradójicos de izquierda-lepenismo³⁸; en nuestra opinión, este es uno de tantos ejemplos notorios del carácter fluctuante-palíndromo del dispositivo neopopulista.

36. E. Laclau, *La razón populista*, p. 166.

37. *Ibid.*, p. 115.

38. A tal propósito, Cfr. Y. Mény, Y. Surel, *Populismo e Democrazia*, il Mulino, Bologna, 2001.

En última instancia, el populismo laclauniano es una lógica política que apunta, en primer lugar, a la subversión de un *statu quo* preexistente y, posteriormente, a la reconstrucción de un nuevo frente hegemónico en el que la *plebs* realiza a plenitud la identificación con su totalidad ideal, el *populus*. Por este motivo, la “razón populista” puede funcionar y operar solo en el caso en que el sistema institucional no presente “un mundo de prácticas sociales” en gran medida sedimentadas; solo para estas condiciones, “la reactivación implica la dimensión de la movilización”³⁹.

Por esta específica razón, Laclau sostiene que no solo “no hay pueblo” en Italia, sino “que hay poco populismo”⁴⁰. Según el filósofo argentino, la situación política italiana muestra cómo un uso demagógico de la retórica populista no se corresponde necesariamente con una profundidad hegemónica, en vez de ello: cuando el populismo se convierte en sinónimo de una “demagogia trivial”, la retórica conduce a una pasividad de la gente, que revela el carácter cínico y manipulador del discurso populista⁴¹.

En este contexto, los medios de comunicación tienen con facilidad razón de una política “autorreducida a mera técnica de gobierno”, solo porque (recordamos también el carácter “retórico” del populismo) “la política pierde su propio idioma y sus propias prácticas comunicativas específicas”. La función ineludible de la representación social se mueve, entonces, a los medios de comunicación, que no se limitan, sin embargo, a jugar un mero rol de sustitución, sino, en cambio, activan una profunda reconfiguración de las formas, de las prácticas y de los actores de la política.

Por lo tanto, la transformación progresiva del pueblo en público televisivo se desarrolla a través de algunos vehículos importantes, “el ágora televisiva en lugar de la participación, el entretenimiento –o, mejor dicho–, de *infotainment* (información y entretenimiento) de la ‘gente’ en vez de organizar la movilización popular, el líder-personaje en lugar del líder carismático, la feria de opiniones en lugar del conflicto político estructurado”⁴².

En el populismo de los medios masivos de comunicación, de particular interés, también aparece el cambio resultante de los términos de “conflicto hegemónico sobre la significación”, es decir, si bien de manera adecuada y administrado por los medios de comunicación, con las partes cada vez más tan pálidas como fantasmas, intelectuales orgánicos cada vez más confusos y componentes casi indistintos de una “audiencia del

39. En este caso, Laclau se refiere a dos distinciones de la fenomenología husserliana (sedimentación y reactivación). “Lógica y estrategia del pueblo. Entrevista a Ernesto Laclau”, en *Populismo e democrazia radicale*, p. 13.

40. *Ibid.*, p. 14.

41. E. Laclau, *La razón populista*, p. 238.

42. I. Dominijanni, *Populismo Post-Edípico?*, p. 165.

trabajo intelectual mucho más amplia y compleja”⁴³. Por lo tanto, no es absurdo imaginar que, en el origen de esta forma de populismo, no solo hay una crisis de la representación democrática, sino también una crisis de pueblo-intelectuales y de la dialéctica política en el sentido gramsciano.

Un análisis de las últimas dos décadas se perfila, por consiguiente, como otra posible génesis o clave de lectura de los fenómenos populistas. El populismo, en otras palabras, podría ser, en un contexto histórico determinado, el síntoma más evidente de una crisis temporal de los mecanismos de la democracia representativa, la crisis exacerbada por una relación inapropiada entre los intelectuales y el *pueblo-nación* teorizado por Antonio Gramsci:

El elemento popular “siente”, pero no siempre comprende o sabe. El elemento intelectual “sabe” pero no comprende o, particularmente, “siente”. Los dos extremos son, por lo tanto, la pedantería y el filisteísmo por una parte, y la pasión ciega y el sectarismo por la otra. [...] Si las relaciones entre intelectuales y pueblo-nación, entre dirigentes y dirigidos –entre gobernantes y gobernado–, son dadas por una adhesión orgánica en la cual el sentimiento-pasión deviene comprensión y, por lo tanto, saber (no mecánicamente, sino de manera viviente), solo entonces la relación es de representación y se produce el intercambio de elementos individuales entre gobernantes y gobernados, entre dirigentes y dirigidos; solo entonces se realiza la vida de conjunto, la única que es fuerza social. Se crea el “bloque histórico”⁴⁴.

Precisamente, el “vínculo de dependencia” se ha debilitado en el diálogo entre los ciudadanos y las instituciones, en la relación entre la clase política –siempre más corrupta y desinteresada por las necesidades sociales, así como incapaz de emprender la construcción de la vida en común (o, en términos gramscianos, de *la vida juntos*)– y el sustrato popular. Las razones de esta crisis de representación se encuentran no solo en los mecanismos disgregantes que están fragmentando las instancias sociales, sino también en algunas transmutaciones contemporáneas que han invertido la figura de los caudillos, de los líderes que, en una situación de *populismo postedípico*, mantienen un vínculo con las masas y con personas muy diferente al que se estaba instaurando –a veces también por el trámite de una modalidad inquietante– durante la modernidad.

43. Ibid., p. 166.

44. A. Gramsci, *El materialismo histórico y la filosofía de Benedetto Croce*, Nueva Visión, Buenos Aires, 1971, pp. 123-124.

En específico, veremos cómo la nueva clase de políticos populistas detonadores con las masas, mediáticas y no mediáticas usa procesos de identificación colectiva y consigue modificaciones en el rol del liderazgo y en las dificultades relevantes para la formación de uniones sociales.

El líder neopopulista y la disgregación del pueblo

Para ser aparato utilizable por el caudillo han de obedecer ciegamente, convertirse en una máquina, en el sentido americano, no sentirse perturbados por vanidades de notables y pretensiones de tener opinión propia. [...] Es este justamente el precio que hay que pagar por la dirección de un caudillo. Solo nos queda elegir entre la democracia caudillista con “máquina” o la democracia sin caudillos, es decir, la dominación de “políticos profesionales” sin vocación, sin esas cualidades íntimas y carismáticas que hacen al caudillo⁴⁵.

En esta profecía weberiana, es posible notar un deslizamiento ocurrido en las democracias occidentales a través de la persistencia del dispositivo populista. La de nuestros días, de hecho, es una democracia sin caudillo carismático, bajo el dominio de políticos de profesión o, más correctamente, la democracia actual está invadida y desmitificada por políticos *populistas de profesión*. En tanto que la nueva casta no es invertida por los procesos weberianos de burocratización, en el sentido de que en la actualidad no forman un aparato político-administrativo, incluso es verdadero que los populistas de profesión ya no viven más por una causa política o por un ideal, de ello no hay un ningún líder que encarne algún ideal. En efecto, para Max Weber: “Hay dos formas de hacer de la política una profesión. O se vive ‘para’ la política o se vive ‘de’ la política”⁴⁶. Vivir “de” la política en las democracias contemporáneas significa fijarse en la actividad política como una fuente estable de ingresos y, para este objetivo, el populismo parece una estrategia comunicativa eficaz, que ayuda a conservar “presencialidad” y popularidad, poder y estatus económicos envidiables.

De la casta de los políticos de profesión parece improbable que emerja una figura mesiánica, un líder idealizado, en cuanto un discurso político de tonos demasiado enfáticos, a menudo conduce a ridiculización de parte de la opinión pública, en especial en una sociedad mediática como la nuestra. Por esa razón, en Laclau la “singularidad”

45. Cfr. M. Weber, *El político y el científico*, Alianza Editorial, Madrid, 1979, p. 150.

46. *Ibid.*, p. 95. Y Weber continúa en p. 96: “Vive ‘de’ la política como profesión quien trata de hacer de ella una fuente duradera de ingresos; vive ‘para’ la política quien no se halla en este caso”. M. Weber, *El político y el científico*, p. 96.

del líder aparece indispensable para la construcción hegemónica del frente populista cuando esta “individualidad” funciona simbólicamente como “nombre del líder”, desencarnada de cada particularidad ontica, porque es elevada “a la dignidad de la Cosa”⁴⁷. Es a partir del lenguaje, de la resonancia de una palabra-significante que se articula a las fuerzas y reivindicaciones contrahegemónicas; sin embargo, “en el tiempo de la crisis del Nombre-del-Padre”⁴⁸, el mecanismo de sublimación e identificación política de la modernidad pierde su eficacia.

La desaparición del carisma del caudillo ya es testimoniada por el hecho de que los políticos contemporáneos no son intocables o eximidos de críticas y escarnios. Lo que caracterizó el liderato carismático fue el carácter sagrado de la figura paternal y monstruosa, imponente e inalcanzable⁴⁹. En tal sentido, el mecanismo de la delegación, del apoyo incondicional al caudillo de parte de las masas, ocurrió por procesos de identificación que se consolidaron en uniones libidinales fuertes o, en los casos totalitarios, casi fideístas. En efecto, Nicolao Merker escribe:

La mitología del Caudillo actuó en muchos niveles. Mientras tanto, la delegación de cada cosa al Caudillo expresó perfectamente la actitud de antipolítica conatural al populismo. Luego funcionó como antídoto al liberalismo europeo, sellado como negación mecánica de los valores verdaderos del espíritu. La delegación tuvo, por tanto, también presuntos contenidos de espiritualismo que le otorgaron *sacralidad*⁵⁰.

Con la desaparición de una cualidad de insustituible y una potencia mesiánica por parte del Caudillo, la consolidación progresiva del “dominio de los políticos de profesión” reduce la credibilidad del liderazgo a hechos periódicos de *responsabilidad* y de rendición de cuentas del obrador político, una prudencia que en la intuición populista no prevé tampoco comportamientos de extremado rigor y responsabilidad; el objetivo primario es, de hecho, el mantenimiento del cargo, de la posición profesional alcanzada. De otra parte, un liderazgo populista contemporáneo siempre es *reversible* y sus even-

47. E. Laclau, *La razón populista*, pp. 128-130.

48. D. Tarizzo, “Populismo: chi starà ad ascoltare?” en E. Laclau, *La ragione populista*, tr. it., Laterza, Roma-Bari, 2008, p. XXVII.

49. En términos freudianos: “El conductor de la masa sigue siendo el temido padre primordial”, todavía es aquella figura inatacable que domina de manera incontrastable sobre la “comunidad de hermanos”. S. Freud, “Psicología de las masas y análisis del yo” en Id., *Obras completas. Volumen 18 (1920-22). Más allá del principio de placer Psicología de las masas y análisis del yo y otras obras*, Amorrortu Editores, Buenos Aires, 1992, pp. 116-121.

50. N. Merker, *Filosofía del populismo*, pp. 132-133.

tuales quiebras políticas no son advertidas por los partidarios como derrotas históricas lacerantes. Además de eso, el líder neopopulista se ha enfocado en preservar cierta visibilidad mediática o en conservar una popularidad consensual que le permita perpetuar, precisamente, su profesión.

Por demás, no hace falta recordar que los mecanismos de identificación respecto a un líder carismático obraron por procesos inconscientes, como ha sido descubierto por Freud en *Psicología de las masas*. La teoría freudiana, en efecto, explicó la unión de una masa con el propio líder mediante un “análisis del yo”, subrayando cómo los individuos singulares, asociados en una masa, no estuvieron solo sugestionados y contagiados por una aclamación unívoca por el jefe/caudillo, sino que en realidad ellos experimentaron individualmente un enamoramiento simultáneo y una inversión libidinal respecto a una idealización del yo, en este caso el líder carismático.

Ahora, sobre esta dinámica inconsciente rara y al mismo tiempo colectiva, para explicar la unanimidad y la agregación de la masa en la aclamación, Freud utiliza un concepto de William Trotter: *el impulso gregario*. El impulso gregario, revisado teóricamente por el psicoanalista vienés, funcionó por un principio psíquico que obligó a los miembros, por egoísmo, a *agruparse entre ellos de manera igualitaria*, para elevar el tamaño sobresaliente del líder, para soportar la superioridad de otro modo aplastante del ideal del yo. Freud escribe:

La primera exigencia de esta formación reactiva es la de la justicia, *el trato igual para todos*. Conocidas son la vehemencia y el rigor con que esta exigencia se expresa en la escuela. Si uno mismo no puede ser el preferido, entonces ningún otro deberá serlo. [...] Pero no olvidemos que la exigencia de igualdad de la masa solo vale para los individuos que la forman, no para el conductor. Todos los individuos deben ser iguales entre sí, pero todos quieren ser gobernados por uno⁵¹.

¿Qué ocurre, en cambio, en la relación identificativa con un líder neopopulista? Los procesos de identificación no emergen por verticalización edípica, mas sí por “semejanza fraterna”; en cuanto al líder populista, Nietzsche diría que los individuos le reconocen, ya que él posee “[...] todas las cualidades del vulgo: cuanto menos se sonroje, más popular será”⁵². No vale una identificación por “ideal”, pero se establece una relación en que “los individuos mantienen el propio narcisismo, el justo imaginario

51. S. Freud, *Obras completas*, pp. 114-115.

52. F. Nietzsche, *Humano, demasiado humano*, Editores Mexicanos Unidos, México, 1986, p. 281.

de autorrealización y autogestión”; en la escena populista no triunfa la igualdad de las singularidades, sino las diferencias solitarias de una simple “suma de singularidad”⁵³.

El líder habla a las individualidades, ya no más a la colectividad, disgregando, de hecho, al pueblo, el cual *falta*, ya que en la inexistente sociedad neoliberal todos son, en el fondo, líderes o tienen que ambicionar la subjetividad del éxito, de ser objetivos, tanto en la actividad profesional como en la vida misma. Esta falta de pulsión de agregación es uno de los problemas más importantes del populismo contemporáneo.

El liderazgo populista, además, no tiene que escuchar, dado que en sí mismo está para crear, a través de los dispositivos de la gubernamentalidad, los deseos del pueblo, coincidentes a la perfección con los del líder, siendo inducidos a través de manipulaciones del *imaginario popular*. Para concluir, es oportuno llamar de nuevo a algunas incertidumbres, avanzando sobre las dudas. ¿Hablar de populismo en términos de dispositivo no lleva, en cierto sentido, a correr el riesgo de transformar un fenómeno particular en una categoría política demasiado vasta y excesivamente omnicomprendiva?

Además, ¿aunque el obrar del dispositivo populista se refleja en otros dispositivos de la gubernamentalidad, no es este el caso de reconocer que el populismo, bien o mal, reintroduce en la política la posibilidad de articular nuevas conflictividades sociales? Analizar la razón populista en cuanto dispositivo permite evidenciar las ambivalencias y las contradicciones, la incidencia que esta lógica reviste dentro de los discursos de poder y, por lo tanto, de producir análisis del presente.

Pero si consideramos el populismo como un dispositivo a nivel microfísico y a nivel hegemónico lo consideramos como una articulación, es también verdadero que esta estrategia puede favorecer la creación de nuevas subjetividades políticas que, habiendo comprendido las dinámicas y las ambivalencias, puedan ocasionar un cortocircuito en el dispositivo para utilizarlo justo en pos de sus ventajas. De otra parte, precisamente gracias a algunos elementos populistas, a la “dicotomización” del espacio político y a la radicalidad de sus propuestas, se ha logrado formar una agregación política de particular incomodidad.

Por tanto, es necesario curar y reactivar las capacidades creativas del imaginario popular, partiendo de un discurso hegemónico, de matriz populista o no, llevado adelante por una clase política tan novedosa como atrevida. La tarea urgente de la política que viene impone una organización del descontento y el malestar que articule nuevas fuerzas institucionales, nuevas prácticas que ensalcen al significante sin permitir ma-

53. L. Bazzicalupo, “Come in uno specchio”, p. 33.

yores vacíos. Si resulta imposible quitarse las camisas de la locuacidad, el nuevo frente hegemónico no puede entrar en conflicto sin representar a las minorías, o mejor, no puede participar en el conflicto hegemónico sin proponer un proyecto político contingente que intente rearmar una relación de representación condicionada por la necesidad de dar voz a las partes de la sociedad que han sido excluidas de la vida juntas, de la vida en común.

Traducido del italiano por G. E. Calderón Mendoza

SOBRE LA REVISTA

Soft Power es una revista que nace del trabajo conjunto de estudiosos del sur de Europa y de América Latina, con el objetivo de solicitar la investigación sobre el nuevo paradigma de poder gubernamental, que hoy organiza el mundo, con especial atención a la zona geopolítica.

En respuesta a la urgente necesidad de repensar las categorías jurídicas y políticas tradicionales de la modernidad, tiene como objetivo el análisis crítico y reflexivo, centrado en resaltar el carácter problemático de actualidad.

Soft Power es publicada semestralmente. Asume un lenguaje interdisciplinario para garantizar la pluralidad de puntos de vista sobre el enfoque temático elegido, dando espacio a las contribuciones de filósofos políticos y del derecho, politólogos e historiadores del pensamiento político, pero también economistas y sociólogos.

La revista también tiene una sección, un *forum* de discusión, que le abre paso a la lectura de un libro de gran resonancia y analiza su tema desde diferentes perspectivas.

ABOUT THE JOURNAL

Soft Power is a review born from the joint work of scholars of the South Europe-Latin America, with the aim of hastening the research on the new paradigm of governmental power, which organizes the world with particular attention to that geopolitical area. Responding to the urgency of a rethinking of the traditional legal and political categories of modernity, it intends its analysis as critical as reflective, focused as it is onto highlighting problems of the present time.

Soft Power is published semi-annually. It adopts an interdisciplinary language to ensure the plurality of perspectives on the theme proposed from time to time, giving room to the contributions of political and law philosophers, political scientists and historians of political thought, as well as economists and sociologists.

The review also has a section, a discussion forum, that moving from the reading of a book of great resonance and importance, and it analyzes its topic from different perspectives.

NORMAS PARA LOS AUTORES DE LA REVISTA

Los artículos deben ser enviados como archivo al correo electrónico softpower.journal@gmail.com, y deberán respetar los siguientes requisitos:

El texto no podrá tener una extensión superior a 40/50000 caracteres (tamaño DIN A4), a espacio 1,5 líneas, incluyendo resúmenes, breve *curriculum vitae* del autor y notas de pie de página.

Normas para los autores de la revista:

- El texto irá en letra Times New Roman tamaño 12, a espacio 1,5 líneas; las notas de pie de página irán en letra Times New Roman tamaño 10 a espacio sencillo.
- En la primera página debe figurar el título, centrado y en mayúsculas. Más abajo se escribirán, también centrados, el nombre y apellido del autor o autores, así como el centro o la institución a la que está(n) adscrito(s). Seguidamente debe figurar un resumen (*abstract*) de no más de cien palabras y una lista de palabras clave (*keywords*) de tres a cinco términos. Tanto el resumen como la lista de palabras clave deben tener una versión en español y otra en inglés para facilitar su inclusión en las bases de datos internacionales y en los repertorios bibliográficos.
- El artículo debe venir acompañado de los datos que permitan contactar al autor (dirección de correo electrónico), así como de un breve currículum indicativo (datos académicos, líneas de investigación y principales publicaciones). Se debe especificar número de líneas o renglones, o número de palabras o caracteres.

Las referencias bibliográficas se redactarán del siguiente modo y orden de citación:

Para citar libros:

- Inicial del nombre del autor y apellido(s), título del libro en cursiva, [eventual indicación de trad., pról., epíl.], editorial, lugar de edición, año de la edición, número de la edición [opcional], página o páginas citadas [abreviadamente p. y pp.]
- H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, London, 1961, p./pp.

Para citar capítulos:

- R. Dworkin, “On interpretation and Obiectivity”, en R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1985, p./pp.

Para citar prólogos y epílogos:

- L. Bazzicalupo, “Prefazione”, en J. Butler, E. Laclau, S. Žižek, *Dialoghi sulla sinistra. Contingenza, egemonia, universalità*, Laterza, Roma-Bari, 2010, p./pp.

Para citar ensayos de monografías colectivas:

- Inicial del nombre y apellido del autor, título del ensayo entre comillas, inicial del nombre y apellido del editor (ed./eds.), título del libro en cursiva, editorial, ciudad, año, indicar la extensión completa del ensayo y luego la página citada:
- J.N. Rosenau, “Governance, Order, and Chang in World Politics”, en J.N. Rosenau, E.O. Czempiel (eds.), *Governance without Government: Order and Change in World Politics*, Cambridge University Press, Cambridge, 1992, p./ pp.

Para citar artículos de revistas:

- Inicial del nombre y apellido del autor, título del artículo entre comillas, el nombre de la revista en cursiva, número del volumen, año, indicar la extensión completa del ensayo y luego la página citada:
J. J. Moreso, P. Navarro, “Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas”, en *Isonomia: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 5, 1996, p. /pp.

Para citar los textos citados se entrecomillarán al comienzo y al final del texto. Las citas que contengan un texto largo (más de tres líneas) deberán ir sangradas dejando una línea en blanco antes y otra después de la cita. No deberá ser así cuando el texto largo venga citado como nota o dentro de ella.

Eventual indicación del traductor irá al final del texto.

Traducción del italiano de M. Solinas.

Los artículos que no se adecuen a estas características serán devueltos.

Reseñas y ensayos bibliográficos:

- El texto, acompañado de los datos que permitan contactar al autor, deberá ser presentado a espacio sencillo, en letra Times New Roman, tamaño 12; las notas de pie de página en letra Times New Roman, tamaño 10. Las reseñas deben constar de máximo 15.000 caracteres.

GUIDELINES FOR AUTHORS

The articles shall be sent as an archive file to the mail softpower.journal@gmail.com
Articles submitted to the journal *Soft Power* must meet the following requirements:

- The text should be between 6,500 and 7,500 words, including footnotes.
- Font should be Times New Roman, size 12; line spacing should be 1.5. Font for footnotes should also be Times New Roman, size 10; single line spacing.
- The first page should contain the article title, centered and in capital letters. It should be followed by the author(s)'s name(s), affiliation(s) and contact details, including email address(es). The first page should include an abstract of no more than 100 words, a list of 3 to 5 keywords and the word-count (including footnotes).
- Abstracts and keywords must be in English as well as in Spanish in order to facilitate the inclusion in international databases and indexing services.

Quoting

Books:

- Initial of the author(s)'s first name(s) and surname(s); book title in italics; name of publisher; place of publication; year of publication; page number.
- e.g.: H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, London, 1961, p./pp.

Chapters in edited volumes:

- Initial of the author(s)'s first name(s) and surname(s); title of the chapter in inverted commas; initials of the editor(s)'s first name(s) and surname(s) followed by 'ed. or eds.'; book title in italics; name of publisher; place of publication; year of publication; page number.
- e.g.: J. N. Rosenau, "Governance, Order, and Change in World Politics", in J.N. Rosenau, E. O. Czempiel (eds.), *Governance without Government: Order and Change in World Politics*, Cambridge University Press, Cambridge, 1992, p./pp.
or
e.g.: R. Dworkin, "On interpretation and Objectivity", in R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1985, p./pp.

Forewords or epilogues in edited volumes:

- e.g.: L. Bazzicalupo, “Prefazione”, in J. Butler, E. Laclau, S. Žižek, *Dialoghi sulla sinistra. Contingenza, egemonia, universalità*, Laterza, Rome-Bari, 2010, p./pp.

Journal articles:

- Initial of the author(s)’s first name(s) and surname(s); title of the article in inverted commas; name of the journal in italics; volume number; year of publication, page number.
- e.g.: J. J. Moreso – P. Navarro, “Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas”, in *Isonomia: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 5, 1996, p. /pp.

Quotes should always be in inverted commas. Long quotes (more than 3 lines), should be indented, leaving a blank line before and after the quote. This does not apply to footnotes.

Any indication of a translator should be noted at the end of the text.

- e.g.: Translation by M. Solinas.

Articles that do not respect these guidelines will be rejected.

Reviews and bibliographic essays

- The text, with all the information needed to contact the author, must be submitted single-spaced, font Times New Roman, size 12; footnotes text font Times New Roman, size 10. Reviews should not exceed 2100 words.

CÓDIGO DE ÉTICA

Prevenir publicaciones negligentes es una de las importantes responsabilidades del Consejo y del Comité editorial. Este Código describe la política de *Soft Power* para asegurar el tratamiento ético de todos los participantes en la revisión entre pares y en el proceso de publicación. Editores, revisores y autores están invitados a estudiar estas directrices y dirigir cualquier pregunta o duda a los correos: vgiordano@unisa.it o softpower.journal@gmail.com

Esta guía se aplica a los manuscritos presentados a *Soft Power* a partir del 1° de enero de 2014 y podrán ser revisados en cualquier momento por el Editor y el Consejo Editorial.

Deberes del Editor

El Editor es responsable por el contenido de la revista y por garantizar la integridad de todo el trabajo que se publica en ella.

- **Las decisiones sobre la publicación:** El Editor tiene el derecho de tomar la decisión final sobre si aceptar o rechazar un manuscrito en referencia a la importancia, originalidad y claridad del manuscrito, y su relevancia para la revista.
- **Revisión de los manuscritos:** *Soft Power* sigue un proceso de revisión de “doble ciego”, por lo que los autores no conocen a los revisores, y viceversa. El Editor se hace responsable de obtener la revisión oportuna, independiente y anónima de revisores debidamente cualificados que no tienen intereses en competencia de descalificación, de todos los manuscritos enviados a la revista. El Editor se hace responsable de asegurar que la revista tenga acceso a un número suficiente de evaluadores competentes.
- **Justa revisión:** El Editor y el Comité editorial deben asegurarse de que cada manuscrito recibido por *Soft Power* sea revisado por su contenido intelectual sin distinción de sexo, género, raza, religión, nacionalidad, etc. de los autores.
- **Confidencialidad de la documentación presentada:** El Editor y el Comité editorial asegurarán adecuados sistemas de control para garantizar la confidencialidad y la protección contra el uso indebido del material enviado a la revista durante la fase de revisión; la protección de las identidades de los autores y evaluadores; además, se comprometen a adoptar todas las medidas razonables para preservar la confidencialidad de las identidades de los autores y revisores.

- **Divulgación:** El Editor debe garantizar que los manuscritos presentados se procesan de manera confidencial y que ningún contenido de los manuscritos será compartido con nadie más que al autor correspondiente o los revisores.
- **Conflictos de interés:** El Editor debería excluir de considerar manuscritos que tienen un real o potencial conflicto de interés que resulte de las relaciones o conexiones competitivas, de colaboración, financieras o de otro tipo con cualquiera de los autores, empresas o instituciones relacionadas con el manuscrito.
- **Autoridad:** Al Editor pertenece la decisión última y la responsabilidad de la revista. El Editor debe respetar los componentes de la revista (lectores, autores, revisores, equipo editorial), y trabajar para garantizar la honestidad e integridad de los contenidos de la revista y asegurar una mejora continua en la calidad de la revista.

Deberes de los revisores

- **Justa revisión:** Los revisores deben evaluar los manuscritos de manera objetiva, justa y profesional. Los revisores deben evitar prejuicios personales en sus comentarios y evaluaciones, y deben expresar sus opiniones claramente con argumentos de apoyo. Los revisores deben proporcionar revisiones fundamentadas y justas. Estos deben evitar ataques personales, y no incluir ninguna opinión que sea difamatoria, inexacta, engañosa, obscena, escandalosa, ilegal o de cualquier otra forma objetable, o que infrinja los derechos de autor de cualquier otra persona, derecho de privacidad u otros derechos.
- **Confidencialidad:** La información relativa a los manuscritos presentados por los autores debe ser confidencial y será tratada como información privilegiada. Los revisores no deben discutir del manuscrito con cualquier persona que no sea el editor, ni deben discutir cualquier información del manuscrito sin permiso.
- **Certificación de las fuentes:** Los revisores de los manuscritos deben asegurarse de que los autores hayan señalado todas las fuentes de datos utilizadas en la investigación. Cualquier tipo de similitud o coincidencia entre los manuscritos considerados con cualquier otro documento publicado de los cuales los revisores tienen conocimiento personal debe ser inmediatamente comunicada al Editor.
- **Puntualidad:** En el caso de que el revisor perciba que no es posible para él/ella completar la revisión del manuscrito en el plazo estipulado, debe comunicar esta información al Editor, de manera tal que el manuscrito pueda ser enviado a otro revisor.
- **Derecho de rechazo:** Los revisores deben negarse a revisar los manuscritos:
 - a) cuando el autor ha formulado observaciones escritas sobre el manuscrito o

sobre su versión anterior; b) cuando aparecen conflictos de interés que resulten de relaciones de colaboración, financieras, institucionales, personales o conexiones de otro tipo con cualquiera de las empresas, instituciones o personas ligadas a los artículos.

- **Quejas:** Cualquier queja relativa a la revista debe, en primera instancia, ser dirigida al Editor de *Soft Power*.

Deberes de los autores

- **Originalidad:** Los autores deben garantizar que ninguna parte de su trabajo es una copia de cualquier otro trabajo, ya sea escrito por ellos mismos u otros, y que el trabajo es original y no ha sido previamente publicado en su totalidad o en parte sustancial.
- **La autoría del artículo:** La autoría se limita a aquellos que han dado una contribución significativa a la concepción, diseño, ejecución o interpretación del estudio presentado. Otros que han hecho una contribución significativa deben estar inscritos como coautores. El autor debe asegurarse de que todos los coautores hayan avalado la versión definitiva del documento y acordado su publicación final.
- **El plagio y autoplagio:** El trabajo en el manuscrito debe estar libre de cualquier plagio, falsificación, fabricaciones u omisión de material significativo. El plagio y el autoplagio representan un comportamiento editorial poco ético y son inaceptables. *Soft Power* se reserva el derecho de evaluar los problemas de plagio y redundancia en una base de datos, caso por caso.
- **Reconocimiento de las fuentes y de los conflictos de intereses:** El autor debe indicar explícitamente todas las fuentes que han apoyado la investigación y también declarar cualquier conflicto de interés.
- **Puntualidad:** Los autores deben ser puntuales con la revisión de sus manuscritos. Si un autor no puede cumplir con el plazo establecido, debe escribir a los correos <vgiordano@unisa.it o softpower.journal@gmail.com> tan pronto como sea posible para determinar la posibilidad de prorrogar la entrega del artículo o su retirada del proceso de revisión.

El Código de Ética de la revista *Soft Power* se basa principalmente en las siguientes fuentes en línea:

- COPE - Committee on Publication Ethics, 2011. Code of conduct and best practice guidelines for journal editors. Accessed February 2014.
- Ethical-Guidelines, 2011. Ethical Guidelines for Educational Research, 2011. Accessed February 2014.

CODE OF ETHICS

The prevention of publication malpractice is one of the most important responsibilities of the Editorial Board. This Code describes *Soft Power's* policies for ensuring the ethical treatment of all participants in the peer review and publication process. Editors, Reviewers and Authors are encouraged to study these guidelines and address any questions or concerns to the vgiordano@unisa.it or softpower.journal@gmail.com

These guidelines apply to manuscripts submitted to *Soft Power* starting January, 1, 2014, and may be revised at any time by the Editorial Board.

Duties of Editor

The Editor is responsible for the content of the journal and for ensuring the integrity of all work that is published in it.

- **Publication decisions:** The Editor has the right to make the final decision on whether to accept or reject a manuscript with reference to the significance, originality, and clarity of the manuscript and its relevance to the journal.
- **Review of manuscripts:** *Soft Power* follows a double-blind review process, whereby Authors do not know Reviewers and vice versa. The Editor is responsible for securing timely, independent and anonymous peer review from suitably qualified reviewers who have no disqualifying competing interests, of all manuscripts submitted to the journal. The Editor is responsible for ensuring that the journal has access to an adequate number of competent reviewers.
- **Fair Review:** The Editor and their editorial staff must ensure that each manuscript received by *Soft Power* is reviewed for its intellectual content without regard to sex, gender, race, religion, citizenship, etc. of the authors.
- **Confidentiality of submitted material:** The Editor and the editorial staff will ensure that systems are in place to ensure the confidentiality and protection from misuse of material submitted to the journal while under review and the protection of authors' and reviewers' identities and will themselves take all reasonable steps to preserve the confidentiality of authors' and reviewers' identities.
- **Disclosure:** The Editor should ensure that submitted manuscripts are processed in a confidential manner, and that no content of the manuscripts will be disclosed to anyone other than the corresponding author, reviewers, as appropriate.

- **Conflicts of interest:** The Editor should excuse themselves from considering a manuscript in which they have a real or potential conflict of interest resulting from competitive, collaborative, financial or other relationships or connections with any of the Authors, companies or institutions connected to the manuscript.
- **Authority:** The Editor must have ultimate authority and responsibility for the Journal. The Editor should respect the Journal's constituents (Readers, Authors, Reviewers, Editorial Staff), and work to ensure the honesty and integrity of the Journal's contents and continuous improvement in journal quality.

Duties of reviewers

- **Fair reviews:** Reviewers should evaluate manuscripts objectively, fairly and professionally. Reviewers should avoid personal biases in their comments and judgments and they should express their views clearly with supporting arguments. Reviewers must provide substantiated and fair reviews. These must avoid personal attack, and not include any material that is defamatory, inaccurate, libelous, misleading, obscene, scandalous, unlawful, or otherwise objectionable, or that infringes any other person's copyright, right of privacy, or other rights.
- **Confidentiality:** Information regarding manuscripts submitted by authors should be kept confidential and be treated as privileged information. Reviewers should not discuss the manuscript with anyone other than the Editor, nor should they discuss any information from the manuscript without permission.
- **Acknowledgement of Sources:** Manuscript reviewers must ensure that authors have acknowledged all sources of data used in the research. Any kind of similarity or overlap between the manuscripts under consideration or with any other published paper of which reviewer has personal knowledge must be immediately brought to the Editor's notice.
- **Timeliness:** In the event that a reviewer feels it is not possible for him/her to complete review of manuscript within stipulated time then this information must be communicated to the Editor/Guest Editor, so that the manuscript could be sent to another reviewer.
- **Right of refusal:** Reviewers should refuse to review manuscripts: a) where they have provided written comments on the manuscript or an earlier version to the Author, b) in which they have any conflicts of interest resulting from collaborative, financial, institutional, personal, or other relationships or connections with any of the companies, institutions, or people connected to the papers.
- **Complain:** Any complaint relating to the journal should, in the first instance be directed towards the Editor of *Soft Power*.

Duties of Authors

- **Originality:** Authors must ensure that no part of their work is copied from any other work, either authored by themselves or others and that the work is original and has not previously been published in whole or substantial part.
- **Authorship of the paper:** Authorship should be limited to those who have made a significant contribution to conception, design, execution or interpretation of the reported study. Others who have made significant contribution must be listed as co-authors. The author should ensure that all co-authors have affirmed the final version of the paper and have agreed on its final publication.
- **Plagiarism and self-plagiarism:** All work in the manuscript should be free of any plagiarism, falsification, fabrications, or omission of significant material. Plagiarism and self-plagiarism constitute unethical publishing behavior and are unacceptable. *Soft Power* reserves the right to evaluate issues of plagiarism and redundancy on a case-by-case basis.
- **Acknowledgement of Sources and Conflict(s) of interests:** The author should indicate explicitly all sources that have supported the research and also declare any conflict(s) of interest.
- **Timeliness:** Authors should be prompt with their manuscript revisions. If an Author cannot meet the deadline given, the Author should contact to vgiordano@unisa.it or softpower.journal@gmail.com as soon as possible to determine whether a longer time period or withdrawal from the review process should be chosen.

The Code of Ethics of *Soft Power* draws heavily from the following on-line sources:

- COPE – Committee on Publication Ethics, 2011. Code of conduct and best practice guidelines for journal editors. Accessed February, 2014.
- Ethical-Guidelines, 2011. Ethical Guidelines for Educational Research, 2011. Accessed February, 2014.

